

Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51 § 7 Const.). Une déconstruction historique

Luc Heuschling

Docteur en droit public (Sorb.)
Professeur de droit constitutionnel
Université du Luxembourg
Membre de l'Institut grand-ducal

Introduction

Un discours dominant : son rapport antihistorique à l'histoire & son objet internormatif en voie de déliquescence 3
Un travail de déconstruction historique ou d'historicisation : la méthode 6

1^{ère} partie La période fondatrice de l'entre-deux-guerres (1919-1937) : les premiers jalons 9

Section 1 Les trois lois spéciales : ambivalence des textes, des discours et la thèse de la valeur consultative 10

§ 1 | La loi du 3 avril 1919 relative au référendum sur la monarchie 10

A | Une question non abordée directement dans le texte de la loi 10

B | Deux discours contradictoires au sein des débats parlementaires 11

C | L'énigme de l'articulation de ces deux discours : un discours internormatif *in nuce* ? 11

§ 2 | La loi du 4 juillet 1919 relative au référendum économique 14

A | Quel était l'objet exact du référendum ? Trois conceptions concurrentes 16

B | L'argument prédominant de la valeur consultative du référendum 17

§ 3 | La loi du 12 mai 1937 relative au référendum sur la « loi muselière » 19

A | Le silence absolu du texte de la loi quant à la nature et à la place du référendum 20

B | A la recherche des intentions du législateur : le retour en force d'un double discours 21

Section 2 La Suisse au Luxembourg. L'esprit du constituant de 1919 23

§ 1 | Constitution-moteur ou Constitution-trésor ? Modèle suisse ou référence à la pratique luxembourgeoise naissante ? 24

§ 2 | Un éclairage décisif, tombé dans l'oubli : les analyses de J. Bech (1919) et d'H. Clément (1935) 25

II ^e partie	De 1948 à la fin du XX^e siècle : atrophie & recadrage de la pensée constitutionnelle	27
III ^e partie	Le XX^e siècle, refondateur : discours de l'internormativité & malaise démocratique	30
Section 1	L'excacerbation du malaise démocratique par le projet de loi n°5132 de 2003	31
§ 1	La consécration explicite du caractère consultatif dans le projet de loi (art. 60)	31
§ 2	Les critiques acides des chambres professionnelles à l'égard du caractère consultatif	33
Section 2	La théorisation de la lecture dominante de l'art. 51 § 7 Const. : l'internormativité ou la double normativité, juridique et politique	35
§ 1	En droit strict : la projection dans l'art. 51 § 7 Const. de la thèse de la valeur exclusivement consultative des référendums	35
A	Le rôle clé du Conseil d'Etat dans l'élimination de l'art. 60 du projet de loi	35
B	Trois justifications de la nature consultative des référendums de l'art. 51 § 7. Une analyse critique	37
1°	Un argument ontologique erroné : l'impossibilité des référendums orientatifs d'être décisionnels	37
2°	Un canon d'interprétation inconnu : le degré de précision exigé des normes constitutionnelles établissant une source du droit	38
3°	L'argument le plus puissant : la lecture de l'art. 51 § 7 à la lumière de l'idéal néo-classique du régime représentatif (art. 51 § 1 Const.)	39
a)	Le point de départ du raisonnement : la référence au « système »	39
b)	Le système = art. 51 § 1 Const. (« démocratie parlementaire »)	39
c)	« Démocratie parlementaire » = régime représentatif	40
d)	Régime représentatif = exclusivité du pouvoir des élus (néo-classicisme à la belge)	40
e)	Art. 51 § 7 Const. : une exception à interpréter de la manière la plus stricte	41
§ 2	L'adjonction, en 2005, d'une norme politique à la norme juridique de l'art. 51 § 7 Const.	42
A	Sa raison d'être : l'internormativité en tant que réponse au malaise démocratique	42
B	Un engagement absolu, inconditionnel, des élus à respecter l'avis du peuple	43
Section 3	Une nouvelle interprétation minoritaire de l'art. 51 § 7 Const. : le discours en 2005 du député J.-Y. Henckes	47
Conclusion – Présent & avenir		48

Introduction

Après les quatre référendums de 1919, 1937 et 2005¹, le Luxembourg s'achemine à nouveau vers une nouvelle expérience de référendum. Si le contexte est moins survolté qu'en 1919 ou 1937, le référendum du 7 juin 2015² est loin de faire l'unanimité au sein de la classe politique. Déjà le recours à cet instrument a été, et reste, critiqué. Aux yeux du ADR, l'organisation d'un référendum, même consultatif, préalablement au premier vote parlementaire sur la révision (art. 114 Const.) constitue une violation de la Constitution, un détournement de l'article 51 § 7 Const.³ Le CSV, fort de ses vingt-trois élus à la Chambre des députés, cite également au scandale, sur le plan moral, et voit dans ce recours au peuple une tentative de la majorité de torde la main à l'opposition afin que celle-ci vote après le référendum, à la majorité des deux tiers, la révision constitutionnelle souhaitée éventuellement par la majorité (simple) des citoyens. Sur le fond, les trois questions soumises au référendum, en particulier celle sur l'introduction du droit de vote des résidents étrangers (UE et non UE) pour l'élection de la Chambre des députés, sont catégoriquement rejetées par les partis d'opposition CSV et ADR. Quant à la question de la valeur du résultat du référendum – en droit, et en-dehors du droit –, elle risque de mettre le feu à la poudre, une fois les résultats du référendum connus.

Un discours dominant : son rapport antihistorique à l'histoire & son objet internormatif en voie de déliquescence

Sur la question de la valeur du référendum s'est cristallisé au cours de l'histoire, plus précisément de 1948 jusqu'à ce moment crucial que fut le début du XXI^e siècle, un discours dominant qui, par certains aspects, a pris la forme d'un lieu commun et d'une doxa. C'est le discours sur la nature (consultative) du référendum de l'art. 51 § 7 Const. Sans surprise, le Conseil d'Etat, qui, dans les années 2003-2005 a puissamment contribué à la théorisation de ce discours et à son ancrage effectif en droit positif, s'en est fait le relais dans son avis récent du 13 janvier 2015 relatif au référendum du 7 juin 2015⁴. Ce discours peut être présenté sous deux angles (son statut épistémologique, son contenu), et sur chacun de ces plans ce discours est en train d'entrer en crise.

Un premier trait caractéristique de ce discours concerne sa façon de mobiliser l'histoire, tout en se situant hors de l'histoire. Ce discours proclame qu'il est, à l'heure actuelle et depuis toujours, le seul discours à exister (la thèse de son exclusivité historique) il n'y a pas, et il n'y a jamais eu d'autre interprétation alternative, soit radicalement soit sensiblement différente, à propos de l'article 51 § 7 Const., qui, autrefois (avant la révision de 1948⁵), était l'art. 52 al. 7 Const. Cette interprétation (dominante) a « toujours été admise » : il y a (et il y avait) « unanimité »⁶. L'histoire est ainsi mobilisée de manière forte pour suggérer, à propos d'une construction intellectuelle, l'existence d'une sorte de bloc monolithique qui aurait

¹ Ne sont pas évoqués des événements historiques qui, par certains aspects, se rapprochaient d'un référendum à l'instar de pétitions collectives (sur la pétition lancée en 1870 par le comité patriotique en vue d'empêcher toute cession du pays sans violation préalable du peuple luxembourgeois, cf. J. Jons, 1857-1872. Une page d'histoire du Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, Bernort, 1888, p. 326 ss) ou de recensements (sur la « Personensstandsaufnahme » prévue sous l'occupation nazie, cf., par ex., G. Trausch, Un passé resté vivant, Luxembourg, Lyons Club, 1984, p. 231-253 ; « Le référendum du 10 octobre 1941 »).

² Loi du 27 février 2015 portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution (doc. parl. 6738), *Mém. A*, n°35.

³ L. Heuschling, « Légal ? Consultatif ? Deux questions juridiques à propos de premier référendum constituant », *Foam*, n°346, novembre 2014, p. 6 ss. La critique a été relayée par le député Roy Reding (ADR) lors du débat à la Chambre des députés du 24 février 2015.

⁴ Avis du Conseil d'Etat du 13 janvier 2015 relatif à la proposition de loi portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution, doc. parl. n°6738-1, *Revisi*on constitutionnelle du 21 mai 1948, *Mém.*, n°35, p. 798. Cf. *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-48, col. 145 ss, col. 978 ss, Annexes, n°18, p. 175 ss.

⁵ Cette thèse d'ordre historique était dans l'air du temps depuis fort longtemps, à cause de cette qualité de lieu commun qu'a pris le discours sur la valeur consultative des référendums de l'art. 51 § 7 Const. Elle a été énoncée *expressis verbis* par le Conseil d'Etat dans son avis du 13 janvier 2015, doc. parl. n°6738-1. Une *Ibid.*, page 2 : « Le caractère purement consultatif des référendums sur base de l'article 51 (7) de la Constitution a toujours été admis, sans que la portée consultative résulte explicitement du libellé de l'article précité... ». Page 3 : « Depuis l'introduction du référendum dans la Constitution au moment de la révision du 15 mai 1919 et lors des applications que cet instrument a connues en 1919, en 1937 et en 2005, il y a eu unanimité pour considérer le

traversés les âges, sans évolution, ni fracture. De là, il n'est qu'un pas à penser qu'aucune autre lecture n'est, en soi, possible. Or, ce discours qui se veut historique, en ce qu'il s'appuie sur l'histoire pour faire avancer un argument en dogmatique juridique – il s'agit de savoir, à l'heure actuelle, quel est le sens exact de cet article de la Constitution – est, en vérité, profondément anhistorique et même anhistorique. Quant au fond du discours : à l'instar de nombre de doctes, il tend à essentialiser, naturaliser ou à extraire de l'histoire une construction intellectuelle qui, pourtant, y est ancrée. Quant à la méthodologie employée : ce discours dominant mobilise l'histoire alors qu'il ne s'appuie sur aucune étude sérieuse, scientifique, du passé. Dans son avis précité de 2015, le Conseil d'Etat, à son habitude, ne cite que ses propres avis, sans remonter d'ailleurs jusqu'en 1919. Durant la période allant de 1948 jusqu'en 2000, il n'a existé aucune étude historique sauf celles, de grande rigueur, de l'association *Bürgeraktion für direkt Demokratie* (ou *Direkt Demokratie asbl*). Editées à compte d'auteur à partir des années 1980, ses brochures⁹ restent toutefois assez confidentielles et ne furent jamais citées ou reconnues par la doctrine juridique. Les rares écrits à ambition historique généralement connus ne furent publiés qu'assez tardivement, en 2006 (l'échafaudage du discours dominant était déjà en place à ce moment). En outre, ils n'évoquaient que de façon très incomplète, voire pas du tout¹⁰ l'histoire des débats sur la nature du référendum.

La narration historique du discours dominant s'appuyait, en vérité – cela ressort en particulier de l'analyse des années 1948 à 2000 – tantôt sur des lieux communs (le consensus exempt de devoir argumenter et justifier cette position), tantôt sur des allégations péremptives, tantôt, si l'auteur était plus prudent, sur des hypothèses de travail qui, faute d'être vérifiées ensuite par un réel travail archéologique (une archéologie des chantiers de l'esprit), restaient suspendues, telles quelques dans la littérature et finissaient, par auto-conviction des auteurs et des lecteurs, à prendre de la consistance. L'hypothèse, à l'instar de l'allégation, se muait en vérité historique. C'est ce que constatait déjà l'association *Direkt Demokratie* dans les années 1990 à propos de « Dogma » entretenu par la « herrschende Lehre » : « Was oft genug wiederholt und von der Öffentlichkeit ohne Widerspruch hingenommen wird, kommt im endgültigen Geward der unumstößlichen Tatsachen daher – obwohl es doch nur zum Fundus der unbewiesenen Glaubenssätze gehört. So ist es auch den offiziellen Auslegungen des Artikels 51 Absatz 7 der Verfassung eingangen »¹⁰.

Le discours dominant a réussi ainsi à assooir son monopole dans la *Deutungshoheit* de l'art. 51 § 7 Const. Toutes les interprétations alternatives de l'article 52 al. 7 / 51 § 7 Const. – car il en a existé, plusieurs, dans l'histoire – ont non seulement été écartées en droit positif, mais leur existence même en tant que lecture antérieure ou minoritaire a été ignorée. Du point de vue de l'histoire du droit, on « réécriva » l'histoire ou plutôt on l'effaçait. Du point de vue de la dogmatique du droit, plutôt que de contredire la thèse adverse par des arguments étayés, on se contentait de l'ignorer. Or, si la présente étude a un mérite, c'est celui de montrer que ce discours dominant s'inscrit dans l'histoire, et que celle-ci est bien plus riche et complexe, étant traversée par une fracture qui sépare, schématiquement, le moment de 1919 et celui de 2003-2005. Entre les deux il y a un gouffre que le discours dominant, par oubli successifs (volontaires ou involontaires), a réussi à cacher.

Sur l'autre plan – celui de son objet –, le discours dominant entre également de nos jours dans une zone de perturbations dont l'issue est encore imprévisible. Quel est, en effet, le

⁹ Résultat de la consultation comme non contraignant sur le plan juridique, tout en n'en méconnaissant pas l'impact politique pour la Chambre des députés et le Gouvernement ».

⁷ Cf. les brochures « Auf dem Weg zur direkten Demokratie, Luxembourg 1789-1989 » (67 p.) et « Kann Artikel 51 (7) der Verfassung als Grundidee für eine sachgerechte Regelung eines direktdemokratischen Verfahrens dienen? » (1990, 14 p.) reprises dans le recueil *Direkt Demokratie, Fng Dokumentation / Wert d'Anerkennung von der Bürgeraktion für direkt Demokratie*, sans éditeur, Strassen, 1996 (Cote BNL : LB 20540).

⁸ B. Fayot, *Les quatre référendums du Grand-Duché de Luxembourg, Essai*, Luxembourg, Editions de la petite Amérique, 2006.

⁹ Létudé de V. Gillen, « Le Conseil d'Etat et le référendum » in *Le Conseil d'Etat face à l'évolution de la société luxembourgeoise*, Luxembourg, 2006, p. 223 ss, se contente de reproduire des extraits des divers avis du Conseil d'Etat sans mise en perspective.

¹⁰ *Direkt Demokratie, « Auf dem Weg zur direkten Demokratie*, Luxembourg 1789-1989 », op. cit., p. 51.

contenu de ce discours qui se veut le discours unique, exclusif, sur la nature du référendum de l'art. 51 § 7 Const. ? Son objet, que je propose de résumer par le terme de « l'internormativité » emprunté à la sociologie du droit de Jean Carbonnier¹¹, se décline en deux facettes, une facette juridique et une facette non-juridique. Ces deux facettes sont, en apparence, indépendantes, mais il y a en vérité un lien intime : la dernière facette, non juridique, est indispensable afin de soutenir, sur le plan de la légitimité démocratique, la première facette, juridique, qui, prise toute seule, serait sujette aux plus vives critiques. L'une amortit le choc de l'autre ; la seconde adoucit ce qui a de sévère, et de moralement scandaleux, la première. Voici la facette juridique : les référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const. sont, et ne peuvent être en droit que de nature consultative, alors même que la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national n'en souffle mot, silence qui n'est d'ailleurs pas fortuit (ce silence a été voulu et recherché, en 2004, par le Conseil d'Etat). Selon cette lecture qui, grâce au Conseil d'Etat et à la Chambre des députés, a pu se déployer et s'imposer pleinement au début du XXI^e siècle, c'est la Constitution elle-même qui, de manière implicite, à travers l'art. 51 § 7 combiné avec d'autres articles de la Constitution (pour l'essentiel : l'art. 51 § 1), impose cette solution de la valeur consultative du référendum. L'article 51 § 7 n'autorise qu'un seul type de référendum (d'où d'ailleurs l'utilisation du singulier : le référendum de l'art. 51 § 7 Const.) : le référendum consultatif, appelé plus exactement « consultation populaire »¹². Quant à la facette non-juridique : si en droit strict le résultat du référendum ne le pas, en revanche sur le plan politique, il va de soi, au vu de l'idéal démocratique, que les élus se doivent de respecter l'avis émis par le peuple. Ce point a été largement acté, certifié, proclamé et éprouvé en 2005, à l'occasion d'abord du vote de la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national, puis lors du référendum (consultatif en droit) du 10 juillet 2005 sur le traité constitutionnel pour l'Europe. Tout le monde politique s'est engagé en 2005 devant les citoyens que, *bien évidemment*, ils allaient se soumettre à ce qui, sur le plan rétorique, a été érigé dès lors en « verdict » populaire.

Or ces deux facettes du discours dominant de l'internormativité sont discutables et discutées. L'aspect juridique : depuis 1919 jusqu'à ce jour, d'autres lectures de l'art. 52 al. 7 / 51 § 7 Const. s'appuyant sur des arguments de poids, ont été défendues par des acteurs les plus vives (Joseph Bech en 1919, le député socialiste Hubert Clément en 1935, Alex Bonn en 1968, l'association *Direkt Demokratie* dans les années 1980-90, le député ADR Jacques-Yves Henckes en 2005, moi-même en 2014). L'aspect politique est encore davantage contesté à l'heure actuelle, et c'est ce qui risque de être le plus inquiétant pour l'avenir. Car l'ancien consensus entre partis de 2005, quant au nécessaire respect du résultat du référendum consultatif, a vite en éclat entre-temps. Face au référendum du 7 juin 2015, l'opposition actuelle ne se sent pas plus liée par ce qui, en 2005, relevait encore de « l'évidence » démocratique. Faut-il donc se préparer à ce qu'une partie des élus, lors du vote sur la nouvelle Constitution, allient à l'encontre du vœu exprimé par les citoyens ? Un tel phénomène est très rare dans l'histoire de l'humanité, mais il n'est pas inexistant¹³. Il ne

¹¹ J. Carbonnier, « Les phénomènes de l'internormativité » (1977) repris dans *Id.*, *Essais sur les lois*, 2e éd., Paris, Répertoire du notariat, Déferencé, 1995, il s'est servi de ce terme pour désigner les phénomènes de superposition ou d'imbrication de normes relevant de catégories différentes (droit, moral(e)s, règles de politesse, etc.) à propos d'une même conduite sociale.

¹² Dans son avis du 18 janvier 2005 sur la définition du corps électoral appelé à participer à un référendum dans le cadre de la procédure d'approbation du traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil d'Etat est allé jusqu'à critiquer la terminologie « impropre » employée par le consultant dans l'art. 51 § 7. Après avoir affirmé que cet article consacrait nécessairement la thèse de la valeur consultative, le Conseil d'Etat écrit (p. 4) : « Il faut toutefois reconnaître que la terminologie retenue audit article 51 est impropre. En effet, plutôt que d'employer le terme « référendum », il serait techniquement plus correct de recourir à la notion de « consultation populaire », suivant en cela d'ailleurs l'exemple concrétisé par l'article 41, alinéa 5 de la Constitution belge ». Pourtant, c'est bien le terme « référendum » qu'a inscrit le constituant de 1919 qui, sur ce point, ne s'est pas inspiré du droit belge. On pourrait donc renverser la critique : ne serait-ce pas l'interprétation du Conseil d'Etat qui serait inadéquately (l'impropre) par rapport au texte de l'article 51 § 7 Const. ?

¹³ Sous l'Ancien Régime, dans la République de Rome, les magistrats (doctes, sociologiquement, l'élite patricienne) n'étaient pas liés en droit par la volonté exprimée par les citoyens retournés en comices. Si l'issue du vote déplaçait au magistrat, il pouvait soit suspendre et ajourner le vote, soit refuser de proclamer le résultat. Cf. M. Hübner, *Institutions politiques et sociales de l'Ancien Régime*, Paris, Dalloz, 8e éd., 2003, p. 316 s., n°369. Plus proche de nous, dans un cadre véritablement démocratique (ce que Rome n'était pas), il y a très peu d'exemples. La littérature cite le cas de la Suède, en 1955, une très large majorité de citoyens s'étant prononcée, lors d'un

6 resterait du discours internormatif que la facette juridique, mais non la facette politique. Or celle-là peut-elle survivre sans celle-ci ?

Un travail de déconstruction historique ou d'historicisation : la méthode

Le présent article ne saurait répondre à toutes ces questions. Son objectif est plus modeste, mais néanmoins central : à travers une immersion dans les sources du passé, il vise à historiciser le discours dominant et à donner une image plus exacte, plus riche et plus complexe de l'histoire constitutionnelle du Luxembourg. La thèse selon laquelle les référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const. sont consultatifs n'est inscrite, *expressis verbis*, ni dans le texte de l'art. 51 § 7 Const. (à l'inverse de certains textes étrangers), ni d'ailleurs – un point qui est parfois malmené dans les souvenirs personnels des acteurs politiques – dans le texte des diverses lois intervenues sur ce sujet en 1919, 1937, 2005 et, maintenant, 2015. En l'absence d'une consécration textuelle explicite, cette thèse n'est que le fruit d'un certain travail d'interprétation, d'un certain montage intellectuel dont il convient d'identifier, à travers le temps, les précompréhensions théoriques (les *Vorverständnisse*), les modes de raisonnement, les acteurs, les dates clé.

Les sources historiques mobilisées à cet effet se limitent, pour l'essentiel, aux documents et débats parlementaires *latu sensu*, ce qui inclut, outre les *Comptes rendus des séances de la Chambre des députés*, certaines archives relatives à ces débats¹⁴. C'est un historique « interne », étroit, qui s'intéresse aux discours du monde politique sur la Constitution. Faute de temps et d'espace, il n'a pas été possible d'élargir le regard et de resituer les discussions parlementaires dans leur contexte intellectuel et social plus large (la vie des idées au Luxembourg et à l'étranger, l'attitude de la presse¹⁵, les débats au sein des partis¹⁶, les accords de coalition, l'impact déclenché par la création de ce nouveau parti que fut le ADR, les mutations de la société luxembourgeoise, l'action de certaines associations¹⁷, l'évolution des mécanismes de la société ouverte semi-directe et en particulier du référendum consultatif à l'étranger¹⁸, etc.). La seule ouverture opérée a été celle à l'égard de la doctrine juridique luxembourgeoise, si, toutefois, une telle existait. Relevons immédiatement que, du côté de la doctrine, les sources sont assez maigres, mais non dénuées d'intérêt (les propos sont, certes, souvent très succincts, mais il suffit de les approfondir pour en reconstituer la cohérence). La période historique concernée étant très longue (un siècle), il a fallu se concentrer sur les débats et les dates les plus connus (1919, 1935, 1937, 1948, 2001-2005). Dans cette histoire de la pensée juridique, il reste toutefois des « blancs », entre les moments analysés et à l'intérieur de ces moments (ex. l'objet exact du référendum économique de 1919, les modalités de la non publication de la « loi muselière », etc.). Le passé est, en partie, indéchiffrable, incertain, car les sources accessibles (ou du moins celles que j'ai consultées) ne dévoilent pas tout et il arrive que l'historien, qui est aussi un interprète, se trouve face à de délicates questions de mise en perspective de ce qu'il « voit », de ce qu'il lit.

¹⁴ référendum consultatif, à l'exception du changement du sens de la circulation routière (de gauche à droite). Le gouvernement a immédiatement renoncé à la réforme. Huit ans plus tard, en 1963, les partis au parlement ont voulu le principe de la peine. Cf. U. Rommelfanger, *Das konsultative Referendum. Eine verfassungstheoretische, rechtliche und –vergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p. 176 s.

¹⁵ Dans les archives du Conseil d'Etat, j'ai consulté trois dossiers : M02192 Projet de loi pour la défense de l'ordre politique et social, dissolution du parti communiste et référendum du 6 juin 1937 ; M02181 Projet de loi concernant l'organisation d'un référendum – maintien de la Souveraineté respectivement de la dynastie régnante ; M02191 Projet de loi instituant un référendum sur l'union économique à conclure par le pays ; je remercie le secrétaire général du Conseil d'Etat Marc Bessch pour l'accès aux archives qui sont en voie de digitalisation. Aux Archives nationales, j'ai consulté, à propos de la loi d'ordre et du référendum de 1937, les dossiers CAD 2581, CAD 2582, AE-00300, ET 284, ET 265, J-053-094 et, à propos de la proposition de loi d'H. Clément de 1935, ET 261 et CAD 2663.

¹⁶ Pour quelques aperçus quant aux années 1970 à 1990, cf. les extraits de la presse dans Direkt Demokratie, *Eng Dokumentation Iwert d'Aarbecht vun der Biergeraktion fir direkt Demokratie*.

¹⁷ Quelques indications dans B. Fayot, *op. cit.*, p. 7 ss.

¹⁸ Voir la riche étude d'Ulrich Rommelfanger, *Das konsultative Referendum. Eine verfassungstheoretische, rechtliche und –vergleichende Untersuchung*, *op. cit.*

Avant d'entamer ce retour en arrière, il reste à souligner une dernière question d'ordre méthodologique, qui est la signification du mot « consultatif ». A observer les usages de ce mot, il s'avère que ce terme n'a pas toujours exactement la même signification chez tous les locuteurs. Il faut donc, à la fois, clarifier ce que soi-même on entend par ce terme, mais aussi ce que les autres (à tort ou à raison) ont pu entendre, afin de ne pas sur-interpréter ou mal-interpréter leur propos. Tantôt l'auteur du passé a livré sa propre définition, mais parfois ce n'est pas le cas. Le doute s'installe alors.

Dans l'actuelle science du droit constitutionnel, l'on distingue d'habitude deux cas de figure en ce qui concerne les effets, en droit, d'un référendum : d'un côté le référendum décisionnel (d'aucuns disent aussi « décisif », « contraignant », « normatif », « qui lie juridiquement » donc : « obligatoire », etc.) ; de l'autre, le référendum dit « consultatif » (en anglais : « non binding » ou « advisory referendum », plus familièrement : « straw-vote »¹⁹). En allemand, de nos jours, on distingue très nettement entre « *Volksabstimmung* » (décisionnel) et « *Volksbefragung* » (consultatif)²⁰. Pour ma part, je souscris entièrement à cette distinction binaire, mais il faut noter que d'aucuns ont proposé une classification en trois catégories. Ainsi, Francis Hamon distingue entre : 1. un référendum « consultatif » dont « le résultat ne constitue qu'un élément d'appréciation pour les gouvernants » ; 2. un référendum « orientatif » qui « fixe aux gouvernants un objectif tout en leur laissant le choix des moyens pour l'atteindre » et, 3. le référendum « décisionnel » qui « produit un effet juridique immédiat »²¹. Cette typologie est intéressante en ce qu'elle attire notre regard sur une catégorie, celle des référendums dits « orientatifs », qui est souvent oubliée ou mal rangée dans les typologies, et qui est au cœur de la problématique du référendum du 7 juin 2015²². Dans ce type de situation, le peuple statue sur un principe, une idée générale (en Suisse on parle de « *alignement Arrangung* »²³), bref sur la *ratio legis*, mais non sur un projet de texte juridique entièrement ficelé et rédigé sous forme de règles techniques (loi, révision, traité, règlement).

S'agissant du triptyque de F. Hamon, il convient en vérité de relever que cette typologie s'attache davantage au degré d'implication du peuple dans le processus de création de normes juridiques qu'à ses effets juridiques. Du point de vue des effets, la catégorie intermédiaire des « référendums orientatifs » peut être parfaitement fondue, au sein de la logique binaire, soit dans la classe des référendums consultatifs (le peuple ne s'exprime que sur un principe, et sa réponse a valeur d'avis), soit dans la classe des référendums décisionnels (le peuple ne s'exprime que sur un principe, et sa volonté crée une norme juridique : en cas de vote positif, les élus sont désormais obligés de transcrire, en une loi, ce principe qui a valeur de norme juridique ; en cas de vote négatif, il est interdit aux élus d'adopter une loi allant dans le sens de ce principe, puisque celui-ci a été récusé)²⁴. En soi, au niveau conceptuel, rien ne s'oppose à ce que ce cas relève du référendum décisionnel, contrairement à ce qui est souvent affirmé dans la littérature un peu ancienne et dans le débat luxembourgeois²⁵. Le rattachement à l'une ou l'autre classe (décisionnel / consultatif)

¹⁹ *Ibid.*, p. 28 s.

²⁰ Voir, par ex., F. Kola, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, Manz, 1993, p. 89 ; P. Bernharter, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, 2e éd., Wien, Springer, 1996, p. 178 s. ; A. Gampel, *Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre*, 2e éd., Wien, Facultas, 2010, p. 220 ss. ; P. Neumann, *Sachunterrichtliche Demokratie im Baden*, 2009, p. 176.

²¹ F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 18.

²² Une hypothèse identique s'est posée dans les deux référendums de 1919 ; les cas de 1937 et de 2005 ont été différents.

²³ P. Schömann, *Staatsrecht der Schweizenschen Eidgenossenschaft*, 3e éd., Bern, Stampfli, 2011, p. 652, 678 s., en référence à la terminologie utilisée par l'art. 139 Const. fédérale dont l'alinéa 2 énonce : « Die Volksinitiativen zur Teilrevision der Bundesverfassung haben die Form der allgemeinen Arrangung oder des ausgearbeiteten Entwurfs haben ». Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé ». Voir aussi U. Rommelfanger, *op. cit.*, p. 45 s.

²⁴ Je n'écris pas « mais » Car il n'y a pas, en soi, de contradiction.

²⁵ Sur le plan technique, diverses questions se posent à propos de ce modèle. En cas de vote positif : Dans quel délai le législateur doit-il transcrire dans une loi ou dans une norme constitutionnelle le principe retenu par le peuple ? Qui peut contrôler la fidélité de la transcription : le parlement lui-même (autocontrôle), les citoyens ou un organe juridictionnel ? En cas de vote négatif : Pendant combien de temps vaut l'interdiction émise par le peuple : dans un délai déterminé ou jusqu'à un nouveau référendum positif (parallélisme des formes) ?

depend du droit positif. En droit espagnol, ce type de référendum est consultatif en vertu de l'article 92 de la Constitution de 1978²⁷. En Suisse, dans le cadre de l'article 139 de la Constitution fédérale de 1959, il est à l'inverse décisionnel²⁸. Aussi le droit suisse reconnaît-il, dans ce contexte, un «Anspruch auf getreue Umsetzung einer allgemeinen Anregung durch den Ausführgesetzgeber», droit subjectif qu'un citoyen peut faire valoir le cas échéant devant le juge (Bundesgericht)²⁹. Il ne faut donc pas déduire aussitôt du fait qu'un référendum porte sur un «principe», une idée, le caractère consultatif du résultat.

Du point de vue de la théorie générale du droit constitutionnel, il est aisé de cerner ce cas de figure, un peu déroutant, si l'on considère : a) que, dans une logique binaire, un référendum est «consultatif» s'il ne produit pas une norme juridique (il produit un avis, un vœu, une invitation, une information) et qu'à l'inverse, un référendum est dit «décisionnel» s'il produit une norme juridique³⁰ ; b) que la norme produite lors d'un référendum décisionnel peut prendre deux formes : soit la forme d'une norme juridique primaire (une norme conduite adressée à la société), soit la forme d'une norme juridique secondaire (une norme portant sur la création de futures normes primaires), pour reprendre la célèbre distinction de Herbert Hart. Pour le dire encore autrement : la participation du peuple au processus de création des normes du droit peut être étendue (forte) ou restreinte (faible). La forme forte : c'est le peuple lui-même qui fait entrer en vigueur une nouvelle norme primaire (ex. un référendum législatif ou constituant à l'instar du référendum de l'art. 114 Const. lux.) ou qui abroge une norme primaire existante (le référendum abrogatif tel qu'il existe, par exemple, en Italie, en Suisse, etc.). Le parlement n'a plus besoin d'intervenir. Le processus de création ou de destruction de la norme de conduite (norme primaire) est parfait du seul fait de l'intervention du peuple. Ce dernier participe, de manière décisive, à l'élaboration de normes juridiques relevant de la typologie classique («loi», «révision constitutionnelle», «Constitution», «loi autorisant la ratification d'un traité», etc.). La forme faible : ce n'est pas le peuple qui, directement crée ou supprime une norme primaire ; il ne fait qu'adresser une

²⁶ Il est arrivé souvent dans le passé, voire encore de nos jours, que ce cas de figure soit rangé de prime abord dans la catégorie des référendums consultatifs, comme si, par nature, de par leur objet, il était impossible de concevoir le référendum orientatif en tant que référendum décisionnel, c'est-à-dire créant une norme. Sur la présence de cet angle mort dans le débat luxembourgeois contemporain voir par ex., Ch. Burro, «Consultatif oder verbindlich? Ein Hauch von Kontroversen», *Luxemburger Wort*, 16 mars 2015, p. 2. Au titre de la science juridique plus ancienne, voir par ex., Adhemar Estren, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6e éd., revue par J. Barthélemy, Paris, Sirey, 1914 (6e éd.), Editions Pantheon-Assas, 2001), p. 402 : «L'intervention directe du peuple dans la législation se conçoit aussi sous une autre forme qu'on appelle parfois le référendum consultatif ou de consultation. Le législateur, perplexe sur une réforme très discutée, soumet et combattra par des partis divers, en soumettant directement le principe au vote populaire dans une formule claire et simple, quoiqu'il soit, fortement générale et compréhensive». Similaire : Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, Boccard, t. 2, 1928, p. 619, à propos du «référendum consultatif» : «Ce n'est plus une loi faite que l'on soumet à la ratification populaire ; c'est une loi à faire dont on soumet le principe au peuple, pour éclairer le parlement et, si le principe de la loi est adopté, pour donner plus d'autorité à la loi qui sera faite...». Laterrère, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, 1947, p. 432. Dans sa thèse, U. Rommelinger, op. cit., p. 33, p. 44 ss., a également été consacré à cette erreur lorsqu'il a rangé de tels référendums (en Suisse, aux USA) dans la catégorie des succombés à cette erreur lorsqu'il a rangé de tels référendums (en Suisse, aux USA) dans la catégorie des référendums consultatifs alors que, selon le droit du pays, il s'agissait de référendums décisionnels.

²⁷ Art. 92 al. 1er Const. esp. : «Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos / Les décisions politiques d'une importance particulière pourront être soumises à tous les citoyens par la voie d'un référendum consultatif».

²⁸ Art. 139 (initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution), Const. suisse : «(1) 100.000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote peuvent, dans un délai de 18 mois à compter de la publication officielle de leur initiative, demander la révision partielle de la Constitution. (2) Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé. (3) ... (4) Si l'Assemblée fédérale approuve une initiative et des cantons. Si elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Si elle rejette l'initiative, elle la soumet au vote du peuple, qui décide s'il faut lui donner suite. En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative.» (italique ajoutée).

²⁹ P. Ischermann, op. cit., p. 652 (avec renvoi à la jurisprudence) et p. 678 s.

³⁰ J.M. Darguin, «Référendums consultatifs», *Panorama*, n°77, 1996, p. 84 : «Un référendum est décisionnel si la consultation est suffisante pour modifier le droit positif». Le référendum est donc une source de droit : par ce procédé, il est possible d'ajouter une norme (une interdiction, une obligation ou une habilitation), voire plusieurs normes, au stock de normes juridiques déjà en vigueur dans un système de droit positif donné. Asses proche, quoique moins axée sur le concept de norme, la définition de P. Malerius, *L'Etat luxembourgeois*, 6e éd., mise à jour par M. Malerius, Esch-sur-Alzette, Edipress, 1990, p. 135 : «Le référendum sert simplement à dégager l'opinion du peuple sur une question déterminée. Au point de vue juridique, la décision finale reste en toute liberté au pouvoir législatif (...)» quelle que soit l'opinion émise par le peuple. Le référendum de décision par contre fait trancher définitivement par le peuple les questions qu'il lui soumet».

norme juridique à une instance étatique qui, elle, est censée créer ou abroger la norme juridique primaire. Le meilleur exemple est lorsque le peuple fixe un principe, la grande orientation d'une législation, par un référendum décisionnel, législation qu'il appartient toujours au parlement d'élaborer et de voter, en respectant le cadre normatif (juridique) tracé par la volonté populaire. Le parlement se trouve ainsi, à l'égard du peuple, dans la même position que le parlement d'un Etat membre de l'UE à l'égard d'une directive européenne ou un parlement que le parlement d'un Etat membre de l'UE à l'égard d'une directive européenne ou qu'est la Constitution. Dans le cas de figure de la forme faible, le référendum constitue une source de droit (les «normes référendaires») distincte des sources de droit classiques à l'instar de la «révision constitutionnelle», de la «loi», du «règlement», alors que, dans le cas précédent de la forme de participation forte, le référendum s'insère dans la typologie classique des sources du droit (le peuple, par la voie de référendum, produit une «loi», une «loi autorisant la ratification d'un traité», une «révision», etc.).

Le cadre analytique étant précisé, plongeons à présent dans le passé du Luxembourg que je vais présenter de manière chronologique, en distinguant deux «pics» dans l'histoire de la pensée constitutionnelle sur la valeur du référendum : d'une part 1919-1937 (1^{re} partie), d'autre part le début du XX^e siècle (3^e partie). Entre ces deux pics, qui sont des moments d'intenses réflexions sur la valeur du référendum, s'est intercalée une longue période caractérisée par des transformations silencieuses (2^e partie). Durant cette phase intermédiaire (1948-2000) s'est opérée, à force de silences, d'oublis, d'erreurs et de glissements, une césure avec le passé, en même temps que commençaient à s'esquisser les traits d'une autre vision qui allait être approfondie, consacrée et complétée au début du XXI^e siècle. La rupture est alors consommée : l'interprétation de l'art. 51 § 7 Const. théorisée en 2003-2005 s'oppose diamétralement à celle imaginée par les constituants de 1919.

1^{re} partie – La période fondatrice de l'entre-deux-guerres (1919-1937) : les premiers jalons

C'est durant la courte, mais intense période allant de 1919 à 1937 que l'institution du référendum a vu le jour au Luxembourg. Les trois seuls référendums nationaux du XX^e siècle, au Luxembourg, ont été réalisés durant ces années. Fondatrice, cette période a été le théâtre de débats politiques parfois très vifs, dans lesquels furent posés également les premiers jalons relatifs à la valeur juridique des référendums. Encore faut-il cerner de près ces réponses ou ébauches de réponse. Parfois, le discours est, jusqu'à un certain point, «informel», lorsque les énoncés des textes du droit positif sont peu clairs et que la lecture des débats parlementaires ne fournit pas de clé décisive, les propos des acteurs politiques étant lacunaires, ambigus, ou contradictoires. La prudence est donc de mise sur le plan méthodologique. A ce titre, il faut étudier chaque débat en soi. Déjà, les trois lois spéciales de 1919 et de 1937³¹, et les débats qui les ont entourées, ne se présentent pas de manière totalement identique. Surtout, par égard à la hiérarchie des normes, il faut se garder d'opérer une sorte d'amalgame entre, d'un côté, ces textes à valeur législative et, de l'autre, le texte à valeur constitutionnelle qu'est le nouvel article 52 al. 7 Const. introduit par la révision du 15 mai 1919³². Car, sur le fond, si, au niveau des lois, la thèse de la valeur consultative semble avoir prévalu – encore que les discours de l'époque ont été, à ce sujet, parfois d'une grande complexité et ambivalence, spécialement dans le cadre du référendum de 1919 sur la forme de l'Etat et du référendum de 1937 –, l'analyse des débats relatifs à l'art. 52 al. 7 de la Const., montre que le constituant avait voulu ouvrir la voie à deux types de référendum : le référendum décisionnel suivant le modèle suisse, la simple consultation populaire suivant la pratique luxembourgeoise de 1919. Etudions donc d'abord les débats entourant les trois lois spéciales (section 1) avant de nous intéresser plus particulièrement à l'art. 52 al. 7 Const. (section 2).

³¹ La loi du 3 avril 1919 portant institution d'un référendum sur la question dynastique et la forme de l'Etat. *Mém., n°2* ; loi du 4 juillet 1919 portant institution d'un référendum sur l'union économique à conclure par le pays. *Mém., n°4* ; loi du 12 mai 1937 portant organisation du référendum du 6 juin 1937. *Mém., n°36*.

³² *Mém.*, 1919, n°33.

ce rapport rédigé par le leader libéral Robert Brasseur, l'un des membres de la minorité « se déclar[ai]t contre tout référendum, tant que cette institution n'aurait que la valeur très problématique d'une simple consultation, dépourvue de toute sanction et tant qu'elle ne pou[rait] être mise en mouvement dans toutes les questions importantes qui intéressaient le pays »⁴⁶. Le rapport poursuivait : « Il lui est objecté [à ce membre, par la majorité, donc par le parti de la droite] que pareille portée ne pourrait découler que d'une disposition constitutionnelle, à quoi le membre dissident [à l'assemblée] que la Constituante actuelle devait prendre l'initiative d'inscrire le référendum dans le nouveau pacte fondamental [à cette date, aucun projet d'inscrire le principe du référendum dans la Constitution n'était sur la table] ». Les réticences de ce député de la gauche⁴⁷, qui n'ont d'ailleurs pas été contredites par la majorité, éclairent en creux qu'aux yeux de la majorité, le référendum ne devait avoir qu'une valeur consultative. Mais, curieusement, la thèse de la valeur consultative n'a jamais été approfondie. Elle était tout au plus avancée de manière incidente, à travers le registre sémantique mobilisé. Ainsi, lorsqu'ils évoquaient le référendum, un certain nombre d'acteurs parlaient de « simple consultation »⁴⁸, de « simple avis »⁴⁹, de « consultation populaire », « d'apprendre le sentiment » du peuple, de sonder ses « desirs », de faire en sorte que le peuple soit « entendu sur le sort du pays »⁵⁰.

En même temps, l'on observe aussi fréquemment la présence de propos s'inscrivant dans une autre logique. Il est question de « vider » un problème⁵¹, de « mettre le sort du pays entre les mains du peuple », de « verdict » du peuple, « d'arbitrage », d'« expression de la « volonté » de la nation. Ce qui est remarquable est que ce sont souvent les mêmes acteurs qui, au sein d'un même écrit ou discours, font appel à ces deux registres contradictoires. Une première illustration peut être trouvée dans le message de la grande-duchesse Marie-Adélaïde du 19 novembre 1918, dans lequel elle a reconnu au peuple le « droit de disposer librement de ses destinées », tout en prônant une solution rapide afin de pouvoir « consulter » ce même peuple (italique ajouté)⁵². Autre mélange frappant, le propos du député Pierre Prüm, chef du parti national : « Et quant à la forme du gouvernement, ce serait au peuple, à consulter par le référendum, de décider cette question »⁵³. Du côté du parti catholique (parti de la droite), si ses dirigeants se sont référés à de multiples reprises à l'idée de simplement « consulter » le peuple⁵⁴, ils se sont évertués aussi, à des occasions non moins nombreuses, à mettre en avant le caractère décisionnel du « verdict » ou de « l'arbitrage » du peuple. Ainsi, le 12 novembre 1918, le ministre d'Etat Emile Reuter a rappelé à la tribune de la Chambre des députés la déclaration que son gouvernement avait adressée la veille aux protagonistes du *Arbeiter- und Bauernrat* : « Die Regierung ist entschlossen die zukünftige Regierungsform Luxemburgs in jeder Beziehung einem regelrechten, auf breiterer Grundlage veranstateten Volksreferendum zu unterwerfen. Damit wird das Ständesal des Landes in die Hände des Volkes gelegt. Die Grossherzogin teilt denselben Standpunkt, entsprechend den allgemeinen anerkannten Grundsätzen des freien Selbstbestimmungsrechtes der Völker »⁵⁵. Sous les vivats des bancs de la droite, Reuter, au nom de son gouvernement, a réitéré ce propos plus tard : « Des questions d'une envergure et d'une gravité pareilles ne doivent pas être tranchées dans le Grand-Duché libre et indépendant par une assemblée, aussi nombreuse soit-elle, mais ces questions sortent à soumettre au seul juge compétent, qui est le peuple luxembourgeois dans son intégralité »⁵⁶. Le peuple a été érigé en « tribunal », le seul tribunal

⁴⁶ Rapport de la minorité de la section centrale du 18 février 1919, *Ibid.*, p. 606.

⁴⁷ Son identité n'a pas été indiquée. A en croire Ben Fayot, *op. cit.*, p. 15, il y a de fortes chances qu'il s'agisse du député socialiste Jacques Thilmany.

⁴⁸ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-1919*, vol. II, p. 130 (Reuter), vol. II, p. 88 (Auguste Thom), vol. V, p. 55 (Conseil d'Etat), vol. V, p. 61 (avis minoritaire du Conseil d'Etat), etc.

⁴⁹ L'avis de la majorité du Conseil d'Etat du 5 décembre 1918 affirme que « la question du régime monarchique doit être résolue par un référendum », qu'elle doit « incontestablement être votée par un référendum ». *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, 1918-19*, vol. II, p. 53, respectivement p. 54.

⁵⁰ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, 1918-19*, vol. II, p. 148.

⁵¹ Voir, par ex., les discours de Reuter (*Compte rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-19*, vol. II, p. 130) et de Thilmany (*Ibid.*, vol. II, p. 83).

⁵² *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-19*, vol. II, p. 39.

⁵³ *Ibid.*, vol. II, p. 40.

compétent » à pouvoir trancher cette question⁵⁴. C'était à lui seul, et non aux députés, à des puissances étrangères ou à des réunions populaires dans la rue, de « décider cette question »⁵⁵. Reuter a dérangé ceux qui voulaient réduire le peuple à un mineur incapable. Bien au contraire, selon lui, la volonté du mandant devait prévaloir sur celle du mandataire : « En définitive, les députés ne peuvent parler dans cette question qu'en leur qualité de mandataires du peuple luxembourgeois, et je ne vois pas pourquoi la volonté personnelle ou la conviction personnelle des mandataires devrait l'emporter sur les convictions des mandants »⁵⁶.

Ce discours de Reuter sur le caractère décisionnel du référendum a été repris par divers représentants en vue de la fraction parlementaire du parti de la droite. Citons par exemple le député Pierre Schiltz qui, invoquant le nouveau principe de l'auto-détermination des peuples, s'est adressé comme suit à ses collègues libéraux et socialistes : « Wenn das Volk sagt: Ich will einen Dynastiewechsel, so beugen wir uns und die Großherzogin wird sich mit Würde zu beugen wissen. Wenn aber das Volk, woran ich nicht zweifle, in seiner großen Mehrheit sagt: Wir sind zufrieden, wir wollen keinen Dynastiewechsel, werden auch Sie soviel Opfersinn und Liebe zum Volk haben, daß auch Sie sich beugen und sagen: Die Mehrheit hat entschieden, wir wollen uns beugen. Ich danke, das ist recht demokratisch »⁵⁷. Ainsi, à travers la bouche de Schiltz, la droite a lié le principe d'une révision constitutionnelle (maintenir l'article 3 Const. tel quel ou le modifier) à la volonté du peuple. Dans le même esprit, s'inscrivait la question théorique du député de droite Auguste Thom face à l'opposition : « Redoutez-vous donc le jugement du peuple, ou le peuple ne compte-t-il pour rien lorsqu'il s'agit de ses droits les plus sacrés ? »⁵⁸.

Pris au piège, les libéraux et socialistes étaient mal à l'aise, eux qui, déjà auparavant, avaient plaidé la cause du référendum. Le 20 novembre 1917, lors de la présentation à la Chambre des députés de leur ambitieux programme de démocratisation de la Constitution (souveraineté nationale, suffrage universel, élargissement des prérogatives de la Chambre des députés, élection des membres du Conseil d'Etat pour un mandat de 6 ans, etc.), les libéraux avaient également, à titre de « couronnement de l'édifice démocratique », proposé à ce que, suivant le modèle suisse (donc, suivant l'idée d'un référendum décisionnel), le peuple puisse par référendum « ratifier ou désapprouver l'action du législateur »⁵⁹. En 1919, ce furent les socialistes qui ont poussé à ce que le référendum soit consacré dans la Constitution. Face à la proposition de Reuter d'organiser un référendum sur la monarchie (avec octroi du droit de vote aux femmes), les libéraux et socialistes ont surtout critiqué les modalités du référendum. Leur critique s'est portée sur l'impossibilité matérielle d'organiser dans l'immédiat un référendum, son inopportunité (le risque de division du peuple en deux camps, le contexte international difficile) et son inconstitutionnalité de *lege lata*⁶⁰. Ils ont surtout essayé de précipiter la décision sur l'abolition de la monarchie au sein de la Chambre des députés. Le 13 novembre 1918, au lendemain même de l'annonce du référendum par Reuter, les députés libéraux, avec leurs alliés socialistes, ont proposé à la Chambre des députés une

⁵⁴ *Ibid.*, vol. II, p. 42. Voir aussi, par ex., vol. III, p. 2225. Le registre terminologique de la justice, qui décide, qui rend un « verdict » (ici un « verdict populaire ») a également été mobilisé par divers députés. Voir par ex. le discours de Pierre Prüm (« renvoi du grand litige de la forme de l'Etat devant le juge souverain, le peuple luxembourgeois tout entier »), *Ibid.*, vol. III, p. 2193.

⁵⁵ *Ibid.*, vol. II, p. 129. Voir aussi *Ibid.*, vol. II, p. 99 s (P. Prüm), vol. II, p. 123 (A. Thom : « Le peuple décidera »).

⁵⁶ Discours du 6 mars 1919, *Ibid.*, vol. III, p. 1879.

⁵⁷ *Ibid.*, vol. II, p. 83.

⁵⁸ *Ibid.*, vol. II, p. 89.

⁵⁹ Cf. le point n°9 de leur proposition de déclaration de révision, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, session 1917-18*, vol. I, p. 39 ss, vol. II, Annexes, dossier n°10, p. 123. L'histoire de la démocratie semi-directe au Luxembourg remonte même au-delà de cette date : en 1897, le député C.M. Spoo avait revendiqué que la réforme de la loi scolaire, renforçant l'impression de l'église catholique, soit soumise à un référendum ; en 1912, ce furent à l'inverse les catholiques qui, à travers la bouche du député Antoine Kayser, revendiquèrent un référendum sur la loi scolaire libérale de 1912. Cf. *Direkt Demokratie, Auf dem Weg zur direkten Demokratie*, *op. cit.*, p. 9, 61 ss.

⁶⁰ Cf. les discours des députés libéraux Maurice Pescatore (*Compte rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-19*, p. 45 ss, p. 362 s, p. 1777 ss) et Robert Brasseur (*Ibid.*, p. 48 ss, 123 s, p. 1772 ss) et du socialiste Jean-Pierre Probst (*Ibid.*, p. 63 ss, p. 73 ss). Sur l'argument de l'inconstitutionnalité, voir supra les notes 34 et 35.

résolution invitant la grande-duchesse Marie-Adélaïde à abdiquer en son nom et au nom de toute la dynastie. L'entreprise échoua de peu : lors du vote, 19 députés s'exprimèrent en faveur de la résolution, 21 à l'encontre, et 3 se sont abstenus⁶¹. Mais, au final, une fois que le principe du référendum était acquis de manière irréversible, si certains députés libéraux et socialistes ont eux-mêmes parlé de « consultation », d'autres ont admis ouvertement la force impérative de cet arbitrage ultime du peuple. C'est le peuple qui « décidera », et non les députés, disait Maurice Pescatore, l'un des deux leaders du parti libéral⁶². Tout aussi net le discours du député socialiste Jacques Schack le 18 mars 1919 : « Approuvert das Volk die Majorität; darn ist der Fall erledigt. Triff das Gegenteil zu, dann ziehen Dynastie und Regierung die Konsequenzen und die Opposition führt die republikanische Regierungsumform ein »⁶³.

C | L'énigme de l'articulation de ces deux discours : un discours internormatif *in nuce* ?

La présence de ce second discours relatif à l'autorité décisionnelle du vote populaire interpelle de prime abord. Il n'est pas aisé à concilier, tel quel, avec le discours sur la valeur consultative du référendum, à plus forte mesure si l'on estime que celle-ci est consacrée dans le texte de la loi via l'article 1^{er} ou l'article 6. Les acteurs de l'époque n'ont pas expliqué ce double discours. L'observateur contemporain est tenté d'y voir les prémices du discours actuel de l'internormativité : si, en droit strict, le résultat du référendum a la valeur d'un simple avis, sur le plan politique, moral, il lie en revanche. Il s'agit d'une hypothèse de travail intéressante, peut-être plausible, mais il faut noter qu'à une exception près – un discours du député libéral Robert Brasseur, lors du débat ultérieur sur le référendum économique –, les acteurs de l'époque n'ont jamais théorisé un tel mode d'articulation.

Ce que l'on peut dégager, en revanche, de la lecture des débats de l'époque est la cause profonde qui pousse les acteurs de l'époque à tenir un tel double discours. Car, pourquoï ne se sont-ils pas contentés du caractère consultatif du référendum, d'autant que cette lecture était beaucoup plus facile à concilier avec le texte de la Constitution de l'époque ? La raison tient aux visées stratégiques de ceux qui ont été à l'origine du recours au référendum, i.e. la droite emmenée par le ministre d'Etat Emile Reuter. Si, au moment le plus chaud de 1918, au début du mois de novembre⁶⁴ – la guerre venait de cesser : en Allemagne et en Autriche les trônes furent emportés par une vague révolutionnaire : à Luxembourg, à son tour, l'agitation républicaine emporterait les esprits, que ce soit dans la rue, au sein de l'armée et dans certains milieux politiques de gauche⁶⁵ –, la grande-duchesse Marie-Adélaïde et le gouvernement Reuter ont décidé de recourir à cet instrument absolument inconnu qu'était le référendum et de revenir en arrière sur leurs positions antérieures quant aux fondements de la monarchie luxembourgeoise⁶⁶, c'était pour sauver celle-ci de la critique de trois acteurs : de la part de la rue, de la part de l'opposition parlementaire et, enfin, de la part des Pays de l'Entente. Dans les rues, une partie de la population s'opposait virtuellement au régime établi : au début du

⁶¹ Compte rendu des séances de la Chambre des députés, *La Constituante 1918-19*, vol. II, p. 54, 65, 134 et 145. La résolution soumise par les libéraux et socialistes disait : « La Chambre exprime la volonté que la dynastie renonce, dans l'intérêt du pays, au trône du Grand-Duché ».

⁶² Discours du 27 février 1919, *ibid.*, vol III, p. 1789.

⁶³ *Ibid.*, vol. III, p. 2215.

⁶⁴ Compte rendu des séances de la Chambre des députés, *La Constituante 1918-19*, vol. II, p. 36 ss (séance du 12 novembre 1918).

⁶⁵ Voir l'exposé de L. Hommel, *Quarante-huit heures de République à Luxembourg*, Bruxelles, Editions de la Revue générale, 1927 ; N. Weiler, *Im Dienste. Erinnerungen aus verwohnenen Zeit*, Luxembourg, Saint-Paul, 1926 ; E. Ettes, *Die revolutionäre Bewegung in Luxemburg 1918-19. Einmengen*, Luxembourg, Belfort, 1933 ; A. Collet, *Sturm um Luxemburgs Thron 1907-1920*, 1^{re} éd. 1999, 2^e éd. 1999 ; Ch. Calmes, 1919. *L'étrange référendum du 28 septembre*, Luxembourg, Saint-Paul, 1979 ; les articles de n°112 de 1989 (thème : 1918-19) de la revue *Forum*.

⁶⁶ Comme le note Michel Dornal dans sa thèse de science politique *Politische Repräsentation und vögelliche Gemeinschaft. Die Entwicklung des Luxemburgischen Parteiensystems und der Parlamentarismus und ihr Beitrag zur Nationalentwicklung*, Université du Luxembourg à Université, thèse, 2014, p. 303, le caractère « moult » (Ungeheuerlichkeit) de cette décision doit être évalué non seulement à l'aune de l'absence de toute tradition référendaire au Luxembourg, mais aussi à la lumière du fait que jusqu'alors la cour grand-ducale et la droite avaient toujours argué que la monarchie, du fait de son ancrage dans les traits mentaux (acquisés primaires) tout comme de droit national, n'était pas, et ne pouvait être à la disposition du peuple luxembourgeois et de ses élus.

mois de novembre 1918, suivant le modèle de l'Allemagne, un Conseil des ouvriers et paysans (*Arbeiter- und Bauernrat*) a vu le jour et a appelé à l'abolition de la monarchie. La compagnie militaire luxembourgeoise s'est rebellée. Plus tard, les 9 et 10 janvier 1919, un Comité de salut public a lancé un mouvement insurrectionnel pro-républicain qui n'a pu être maté que grâce à l'intervention de l'armée française. Côté opposition parlementaire : en 1918/1919, la Chambre était encore émue au suffrage censitaire : les libéraux, les plus farouches opposants à Marie-Adélaïde, constituèrent encore une force politique menaçante, ainsi que le prouva le vote sur leur résolution du 13 novembre 1918, « invitant » la grande-duchesse et la dynastie à renoncer au trône. Enfin, sur le plan international, le Luxembourg se trouvait en position de faiblesse. Le 23 décembre 1918, à Paris, le ministre des affaires étrangères français avait refusé de recevoir les ministres de la grande-duchesse Marie-Adélaïde, accusée d'avoir fait preuve d'une attitude trop germanophile durant la guerre. La Belgique avait des visées annexionnistes à l'égard du Luxembourg et cherchait à faire avancer sa cause en affaiblissant la dynastie des Nassau. Un nouvel ordre international allait être établi à Versailles, sans que le gouvernement du Luxembourg n'y fut associé.

Dans l'esprit de Reuter et de la droite catholique, l'objectif poursuivi à travers le référendum était de couper court à chacune de ces critiques en mettant en avant le vote populaire au suffrage universel, masculin et féminin (l'extension du droit de vote aux femmes a d'abord été votée dans la loi du 3 avril 1919 sur le référendum politique, avant d'être généralisée à travers la réforme de la Constitution et de la loi électorale⁶⁷). Le but de Reuter était de désamorcer les antagonismes avec l'argument, imbattable, de l'expression directe du peuple. L'opposition libérale et socialiste pouvait difficilement, sauf à se contredire, réfuter la légitimité d'un vote populaire, puisqu'elle s'était elle-même revendiqué de l'idéal du référendum. De même, les agitateurs de la rue pouvaient difficilement contester le référendum, sauf à admettre que la révolution était en vérité l'œuvre d'une minorité. Quant aux Alliés, depuis la proclamation du droit d'autodétermination des peuples par le président W. Wilson, les pays de l'Entente pouvaient difficilement décider à leur guise du sort du Luxembourg, si le peuple luxembourgeois avait exprimé sa volonté par la voie du référendum (faute de pouvoir s'opposer au principe d'un tel référendum, les Alliés ont exigé que la date de celui-ci soit reportée au lendemain de la conclusion du traité de Versailles⁶⁸).

Eu égard à ce triple contexte, l'annonce par le ministre d'Etat Reuter, le 12 novembre 1918, d'un recours au référendum était stratégiquement un « coup habile »⁶⁹. Or, pour que ce coup puisse réussir, il fallait reconnaître à la voix du peuple, s'exprimant par la voie des urnes, la qualité non pas d'un simple avis (cela aurait été contre-productif), mais d'une véritable *décision*, s'imposant à ces trois acteurs hostiles ou réticents. C'est ce qui fait que, peut-être, le flou du texte de la loi n'était pas involontaire.

§ 2 | La loi du 4 juillet 1919 relative au référendum économique

Le texte de la loi du 4 juillet 1919 portant institution d'un référendum sur l'union économique à conclure par le pays, disposait en son article unique, alinéa 1^{er} : « Il sera institué un référendum sur la question de savoir si le peuple luxembourgeois désire entrer dans une union économique, soit avec la France, soit avec la Belgique ». On retrouve ainsi le verbe « désirer », présent aussi sur les bulletins de vote, ainsi que le terme de « consultation populaire ». L'alinéa 2, *in fine*, de l'article unique de la loi disposait en effet : « Les deux consultations populaires auront lieu le même jour qui, par dérogation à l'article 5 de cette loi, pourra être discrétionnellement fixé par le gouvernement ». Cette phrase, qui avait trait à la question délicate de la date du référendum, contenait-elle aussi la réponse quant à sa

⁶⁷ A la date d'entrée en vigueur de la loi sur le référendum, l'extension du droit de vote aux femmes était du coup inconstitutionnelle, comme l'avait relevé à juste titre le député libéral R. Brasseur (discours 12 mars 1919).

⁶⁸ Pour être efficace, le référendum devait intervenir très vite. La loi du 3 avril 1919 avait imposé au gouvernement d'organiser le référendum « sans retard » (art. 1). La date a été fixée par l'exécutif au 4 mai 1919 (arrêté grand-ducal du 10 avril 1919, *Mém.*, n°23, p. 357). Or cette date a été annulée par l'arrêté grand-ducal du 30 avril 1919 (*Mém.*, n°28, p. 421). La date finale (celle du 28 septembre 1919, presque un an après les événements de novembre 1918) n'a été fixée que par un arrêté du gouvernement du 13 septembre 1919 (*Mém.*, n°60, p. 1039). Sur le contexte historique, cf. à ce sujet l'ouvrage de Christian Calmes.

⁶⁹ B. Fayot, *Les quatre référendums du Grand-Duché de Luxembourg*, p. 22.

nature ? En tout cas, ainsi qu'il ressort de l'alinéa 2, première phrase, de l'article unique de la loi du 4 juillet 1919 (« Les dispositions de la loi et du règlement d'exécution concernant le référendum politique seront applicables au référendum économique »), le législateur voulait un régime commun, et uniforme, pour les deux référendums du 28 septembre 1919.

A l'inverse des débats sur la loi du 3 avril 1919, les débats sur le référendum économique ont abordé de front, et à plusieurs reprises, la question de la valeur juridique du référendum. L'argument du caractère simplement consultatif, ou « informatif », du référendum a été mis en exergue à de nombreuses reprises. Mais si le discours sur la valeur décisionnelle du référendum fut beaucoup moins présent que dans le débat précédent, il ne fut pas pour autant totalement absent. Le débat était aussi complexe en ce que, à l'inverse du référendum politique, pour lequel l'objet de chaque question était relativement clair, l'objet du référendum économique prêtait à confusion. Commentaires d'abord par ce dernier point car, avant de savoir quelle pouvait être l'éventuelle autorité attachée à la réponse du peuple, il faut d'abord définir l'objet de la question du référendum et savoir si, en soi, cet objet était susceptible de donner lieu soit à un avis, soit à une norme, soit « à autre chose ».

A | Quel était l'objet exact de ce référendum ? Trois conceptions concurrentes

L'article 1^{er} de la loi du 4 juillet 1919 définissait l'objet du référendum comme suit : « savoir si le peuple luxembourgeois désire entrer dans une union économique soit avec la France, soit avec la Belgique ». Or, ainsi qu'il ressort des débats parlementaires, l'objet n'était pas perçu de la même façon par tous les acteurs. Trois conceptions peuvent être distinguées rétrospectivement.

Celle que je voudrais présenter en premier ne surgit qu'à la toute fin du débat, comme s'il s'agissait d'un non-dit qui ne se dévoilait qu'au fur et à mesure que les interrogations se faisaient plus insistantes⁷⁰. Le jour du vote sur le projet de loi, le 4 juin 1919, Reuter admit en effet que *l'un des buts du référendum était d'exprimer, par la voix du peuple lui-même, un appel (une invitation) à l'égard de la France en vue d'engager des premières discussions sur un éventuel accord*⁷¹. A cette date, tous les acteurs savaient déjà – avant même la réponse bien connue des autorités de la France au résultat du référendum du 29 septembre 1919 – que la République française, vers laquelle allaient les préférences de la majorité des élus, des citoyens et des lobbies, refusait toute discussion avec le gouvernement luxembourgeois. A l'inverse, la Belgique faisait preuve d'un intérêt réel puisque, bien avant le référendum, elle avait accepté d'ouvrir des pourparlers. Si le but du référendum était d'envoyer un message à la France, le peuple luxembourgeois ne pouvait exprimer au mieux qu'un vœu, qu'une invitation. A l'égard des autorités françaises, le peuple luxembourgeois n'était pas en position de pouvoir formuler une norme juridique. A l'aune de ce but, le référendum ne pouvait avoir que la valeur d'une simple « information » à l'égard de la France. Parler, à ce sujet, de valeur « consultative » n'est pas même adéquat : la France n'avait pas à « consulter » les citoyens luxembourgeois avant de prendre une décision unilatérale la concernant. Il s'agissait donc, pour le dire en termes familiers, d'un appel du pied : l'on voulait, comme le résuma Robert Brassard, « forcer la main »⁷² à une France, qui se dérobait pour des raisons peu claires (souhaitait-elle, comme le supputaient maints acteurs luxembourgeois, laisser le champ libre aux velléités annexionnistes de la Belgique ?).

Dans le débat était toutefois aussi présente, et ce de manière répétée, une autre conception de l'objet de la question soumise au peuple : celui-ci aurait eu à se prononcer, à l'égard des autorités luxembourgeoises, si celles-ci devaient conclure un accord avec l'un ou l'autre pays (état présupposé que chacun des deux pays était d'accord pour nouer des relations, seules les conditions pourraient varier). En soi, une telle expression de volonté de la part du peuple pouvait se voir reconnaître – à l'égard de la Chambre des députés et du

⁷⁰ Lire les débats du 4 juin 1919, jour du vote de la loi, in *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. IV, p. 3542-3555.

⁷¹ *Ibid.*, vol. IV, p. 3544 : « Mais Messieurs, vous savez et tout le monde l'a reconnu à la séance d'hier, comme encore à la séance d'aujourd'hui, que l'un des buts poursuivis par le référendum sera précisément celui d'obtenir des ouvertures de la part de l'un des deux pays [la France] auxquels nous nous sommes adressés ».

⁷² *Ibid.*, vol. IV, p. 3546.

gouvernement – soit le statut d'une véritable norme juridique, soit le statut d'un simple vœu. C'est cette définition de l'objet du référendum que retenait Bech le 10 avril 1919, lorsqu'il a affirmé que la Chambre des députés n'était pas liée par le résultat du vote populaire. Selon lui, la Chambre pouvait autoriser le gouvernement à arrêter les négociations engagées avec le pays désigné lors du référendum, si ces négociations s'avéraient en fin de compte défavorables à l'intérêt du Luxembourg⁷³.

Il y avait enfin une troisième conception, plus restreinte, de l'objet du référendum : l'enjeu du référendum économique était non pas de désigner le pays avec lequel les autorités luxembourgeoises devaient conclure un accord d'association, mais celui avec lequel l'exécutif devait, *en premier, entamer des négociations*. Dans cette logique, l'objet de la question soumise au peuple était plus restreint : il s'exprimait, par la voie d'une norme ou valeur de norme juridique, elle ne préjugeait pas de l'issue finale : l'exécutif pouvait discuter d'abord avec le pays désigné par le peuple, pour ensuite conclure avec l'autre, si, par exemple, les conditions proposées par le premier pays s'avéraient préjudiciables au Luxembourg (au moment du référendum, le peuple, par définition, ne les connaissait pas encore). Selon Reuter, « la décision du référendum, malgré toute l'autorité dont elle est revêtue, n'empêcherait en aucune façon [le gouvernement et la Chambre] de rebrousser chemin et de s'adresser à un autre pays pour entamer de nouvelles négociations. (...) Le référendum ne peut pas nous lier en ce sens : il ne peut lier ni le gouvernement ni la Chambre dans le cas où d'importants faits nouveaux se produiraient au cours des négociations » (italique ajoutée)⁷⁴. Reuter aboutissait donc à la même conclusion que Bech, mais à partir d'une prémisse différente. A l'inverse de Bech, Reuter ne faisait pas découler cette liberté des autorités étatiques du caractère simplement consultatif du référendum ; il ne dissolvait pas ce qu'il appelait « l'autorité » de la « décision » du peuple. Il en réduisait l'objet⁷⁵.

B | L'argument prédominant de la valeur consultative du référendum

C'est à la lumière de ce premier débat sur l'objet du référendum qu'il faut lire ensuite les débats sur la nature du résultat du référendum (avis ? décision ? information ?). Parmi les documents parlementaires, si les deux avis du Conseil d'Etat ont été muets sur ce point crucial⁷⁶, en revanche le rapport de la majorité de la section centrale du 8 avril 1919, rédigé par le député Joseph Bech, le futur ministre d'Etat, a abordé directement la question. Dans ce rapport, après avoir estimé que l'article 52 al. 7 de la Constitution laissait au législateur le choix entre un référendum consultatif et un référendum décisionnel⁷⁷, Bech concluait que, dans le cadre du référendum économique, il était question d'une simple « consultation », d'un « avis »⁷⁸. Lors du débat, le 10 avril 1919, Bech a insisté sur ce point en distinguant nettement entre un « référendum décisif » et ce qu'il appelait un « référendum d'information »⁷⁹, une expression assez inhabituelle qui mérite d'être notée. Que le référendum économique fut conçu dans l'esprit de la très large majorité des acteurs de l'époque comme une simple consultation, sans valeur impérative en droit, ressort d'une multiplicité de sources dont la dépêche du ministre d'Etat Reuter au Conseil d'Etat⁸⁰, l'avis du Conseil d'Etat⁸¹ et les interventions de nombreux députés de divers bords politiques à l'instar de Nicolas Kellen⁸², Adolphe Krieps⁸³, Joseph Thonn⁸⁴, Nicolas Meyers⁸⁵, Robert Brassard et Pierre Pridm. Ces

⁷³ *Ibid.*, vol. III, p. 2653.

⁷⁴ *Ibid.*, vol. III, p. 2647.

⁷⁵ Lire ses explications *Ibid.*, vol. III, p. 2649.

⁷⁶ *Ibid.*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 196 ss.

⁷⁷ Voir *infra* p. 25 ss.

⁷⁸ Rapport de la section centrale du 8 avril 1919, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, dossier n°13, p. 200 ss.

⁷⁹ *Ibid.*, vol. III, p. 2653.

⁸⁰ Dépêche du 22 février 1919 (« consultation populaire »), *Ibid.*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 196.

⁸¹ Avis du 1^{er} avril 1919, *Ibid.*, vol. V, p. 196 ss (l'expression « consultation populaire » y revient fréquemment).

⁸² Bien que très favorable à titre personnel à l'institution du référendum décisionnel, Kellen la réduisit en l'espèce à l'expression d'un simple « Wunsch (désir) » (*Ibid.*, vol. III, p. 2744).

⁸³ *Ibid.*, vol. III, p. 2653 et p. 3007 (« Le référendum a un but consultatif »).

députés ont soit défendu directement ce caractère consultatif (ou informatif), soit ils ont critiqué de l'extérieur le projet de loi à cause de cet aspect (c'est le cas notamment de Brasseur et de Prüm).

Aux yeux du leader de l'opposition libérale Robert Brasseur, la thèse de la valeur consultative était trop courte. Elle oubliait, en-dehors de l'analyse juridique, le contexte politique et moral. *De facto*, en vertu de la force de l'idéal démocratique, le vote aurait une autorité morale : « On répète et on va en répétant que le référendum ne serait qu'une consultation, un avis. Mais lorsque le peuple se sera prononcé à une certaine majorité pour tel pays, je voudrais bien voir le gouvernement qui trait se tourner vers un autre pays, pour entrer en pourparlers avec celui-ci. Le peuple par le référendum décidera donc la question. Il dira : nous voulons traiter avec tel pays et alors le pays avec lequel nous devons traiter le saura et le gouvernement est moralement forcé, à la suite du référendum, d'entrer en négociations avec lui »⁸⁶. Robert Brasseur est ainsi le premier à théoriser ce que j'appelle le partisan de l'institution du référendum à valeur décisionnelle. Il s'est abstenu lors du vote sur la loi et l'a justifié en avançant son incompréhension face à un référendum en « trompe l'œil »⁸⁷ : « Cette consultation, on veut qu'elle ne soit pas décisive. Je comprendrais un référendum sur notre orientation économique en ce sens que la voix du peuple serait écoutée dès qu'elle se serait prononcée. Mais je ne comprends pas que, sur une question de cette importance, on consulte le peuple et qu'après que le pays, dans son ensemble, aura dit son opinion, on soit libre de passer outre »⁸⁸.

Dans le débat se font toutefois aussi entendre quelques rares voix qui reconnaissent une véritable « autorité » à l'expression du peuple sans, là encore, s'appesantir sur la nature (morale ? juridique ?) de cette autorité. Déjà le 2 avril 1919, avant même le début de la discussion générale sur le projet de loi, le ministre d'Etat Emile Reuter avait vanté le caractère décisionnel du vote populaire. Sur cette grave question touchant à l'existence économique du pays, son gouvernement ne voulait rien faire sans s'être assuré au préalable « s'il marchait d'accord avec la Chambre des députés et s'il [était] appuyé par la grande majorité du peuple luxembourgeois »⁸⁹. « C'est le peuple qui décidera »⁹⁰ disait-il le 10 avril, lors de son discours inaugurant la discussion générale du projet de loi. C'est « entre les mains du peuple tout entier » qu'il convenait de « remettre la solution de cette question »⁹¹. Il est vrai que, eu égard aux divergences des intérêts particuliers en place et des incertitudes liées à l'avenir, la question était à proprement discutée dans le pays. En plus, la Chambre élue était mal placée pour prendre une décision aussi grave : sa représentativité était discutable car elle était encore élue selon les règles du suffrage censitaire et, lors de son élection, la question de l'orientation économique n'avait pas été discutée (car le problème ne se posait pas encore). Selon l'opinion exprimée par Reuter le 10 avril 1919, l'enjeu du référendum était, d'une part, de connaître le véritable intérêt général du pays, qui, à ses yeux, n'était que l'adoption des intérêts particuliers de tout un chacun et, d'autre part, de faire connaître à l'étranger la véritable volonté du peuple luxembourgeois⁹². Pour Reuter, le vote avait donc – et vertu du projet de loi ? en vertu de l'idéal moral démocratique ? – une certaine « autorité ». Mais, comme déjà vu, il réduisait l'objet de cette décision : selon Reuter, le peuple décidait non pas avec quel pays il fallait conclure, mais seulement avec lequel il fallait débattre les

⁸⁶ *Ibid.*, vol. III, p. 3008 (« Nous voulons un référendum consultatif qui ne décide pas la question », ce qui, *ibid.*, p. 3008, provoquera la réplique du député Auguste Thion : « En bien, alors, c'est une question qui est en l'air »).

⁸⁷ *Ibid.*, vol. III, p. 3008 (« on me bindende Kart »).

⁸⁸ Discours du 15 avril 1919, *ibid.*, vol. III, p. 2740.

⁸⁹ Discours du 4 juin 1919, *ibid.*, vol. IV, p. 3559.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, vol. III, p. 2477. Cf. aussi p. 2483 et 2640.

⁹² *Ibid.*, vol. III, p. 2635.

⁹³ *Ibid.*, vol. III, p. 2643.

⁹⁴ *Ibid.*, vol. III, p. 2484 : « Nous connaîtrons enfin d'une façon définitive – et l'étranger surtout connaîtra enfin d'une façon authentique – la véritable volonté du peuple luxembourgeois ». L'idée est redite p. 2628, 2640, 2644. La référence quelque peu mystérieuse à l'étranger sera clarifiée lors du débat du 4 juin 1919 (cf. *supra*, p. 16, la première conception de l'objet du référendum).

négociations. A son tour, le député du parti catholique Pierre Schiltz estimait que le référendum liait : selon lui, il liait même quant à la conclusion de l'accord⁹⁵. Aussi Schiltz était-il, en l'espèce, contre un tel référendum ; sa position était toutefois marginale au sein du parti de la droite et au sein de la Chambre. Globalement, c'est la thèse de la valeur consultative qui prévalait très largement dans le débat parlementaire sur le référendum économique.

§ 3 | La loi du 12 mai 1937 relative au référendum sur la « loi muscellaire »

Suite à la contestation soulevée à gauche par le projet de loi sur la défense de l'ordre politique et social déposé par le gouvernement de Joseph Bech, et visant à interdire le parti communiste et d'autres partis similaires⁹⁶, la Chambre des députés avait décidé à la fois d'adopter ce projet – le 23 avril 1937 elle l'a approuvé grâce aux voix de la coalition formée par le parti de la droite et le parti radical-libéral : 34 voix pour, 19 contre, 1 abstention, et une absence sur les 54 députés – et d'organiser un référendum sur ce texte. Cette mesure complémentaire avait été suggérée par la section centrale dans son rapport sur la loi d'ordre du 16 avril 1937, rédigé par le député Eugène Reichling. Ce rapport se concluait comme suit : « Finalement et pour bien démontrer à quel point le projet de loi correspond aux idées de la grande majorité du peuple luxembourgeois, la section centrale n'hésite pas à proposer à la Chambre et au gouvernement l'organisation d'un référendum consultatif devant permettre à tous les Luxembourgeois, le projet de loi voté, de se prononcer pour la défense de la Constitution à l'encontre de tous mouvements révolutionnaires et subversifs »⁹⁷. Le ton adopté par la section, dominée par la coalition conservatrice-libérale, était tendancieux : il s'agissait, pour le peuple (dans sa « grande majorité »), de confirmer le bien-fondé de la décision de la Chambre, représentant du peuple. L'idée que le peuple puisse désavouer ses représentants – ce qui allait finalement arriver, à une courte majorité (le 6 juin 1937 le non l'emporta sur le oui avec un écart de 1.929 voix)⁹⁸ – n'a pas été évoquée, du moins pas de façon explicite, ni à ce moment, ni plus tard dans les débats. L'idée d'un référendum à été reprise par le gouvernement Bech et a donné lieu à la loi du 12 mai 1937 portant organisation du référendum du 6 juin 1937⁹⁹.

Nombre d'acteurs de l'époque et d'observateurs ultérieurs ont affirmé qu'il ne s'agissait que d'un référendum à valeur consultative. Or sur quoi pouvaient se fonder, en droit, de telles allégations ? Relevons immédiatement qu'aucun des acteurs du débat (gouvernement, députés, pas même le Conseil d'Etat de l'époque, à l'inverse du Conseil d'Etat du début du XXI^e siècle) n'a développé l'idée, selon laquelle le caractère consultatif découlerait de la Constitution (art. 52 al. 7 Const.). En vérité, sur ce point, l'argumentation d'ordre constitutionnel a été totalement inexistante dans le débat de 1937. L'article 52 al. 7 Const. n'a pas même été cité. Il n'y avait donc que la loi. Or celle-ci, curieusement, était silencieuse sur ce point.

⁹⁵ Discours du 17 avril 1919, *ibid.*, vol. III, p. 2796 : « Ich bin ebenso überzeugt, dass das Referendum entscheldet, dass wir später nach jener Richtung hin Vorträge schliessen müssen, für welches das Volk sich im Referendum aussprechen wird ».

⁹⁶ Pour une contextualisation historique, cf. les divers articles parus dans le numéro 97 (1987) de *Forum consacré à la loi muscellaire* : les articles réunis dans la publication *50 Jöer Mäulkeren*, Luxembourg, Edipress, 1987 ; G. Trausch, *Un passé resté vivant*, op. cit., p. 207 ss (« Une loi de répression, Le "Mäulkeren" de 1937 ») ; L. Beau, « 6 Juin 1937 : Nein ! Vor 68 Jahren lenkten die Luxemburger das Ordnungsgesetz ab », *Tagblatt*, 4/5 juin 2005, p. 14-17 ; H. Koch-Kent, *Ils ont dit non au fascisme. Rêve de la loi muscellaire par le référendum de 1937*, Luxembourg, 1982 ; B. Fayot, op. cit. ; Dieck Democratie, *Auf dem Weg ...* ; M. Dommal, op. cit., p. 435 ss.

⁹⁷ Rapport du 16 avril 1937 rédigé par Eugène Reichling, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, session ordinaire 1936-37, Annexes, n°40, p. 237.

⁹⁸ Les seuls résultats officiels publiés par les autorités de l'Etat furent ceux publiés par la Chambre des députés, à un endroit peu accessible et assez surprenant, à savoir la table alphabétique des matières du *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, session ordinaire 1936-37, volume unique, sub verbo « Réferendum », col. VIII. Bulletins déposés : 153,486. Bulletins blancs (7.124 et nuis (3.697). Bulletins valides : 1.426.671, dont 70.371 voix en faveur du oui, 72.300 voix en faveur du non. Voir pour des chiffres plus détaillés (communes, cantons) les résultats se trouvant dans les dossiers AE 00300 et CID 2583 aux Archives nationales. Dans la presse de l'époque circulaient également des chiffres parfois légèrement différents. Cf. B. Fayot, op. cit., p. 36.

⁹⁹ *Mém.*, n°36, p. 325.

A | Le silence absolu du texte de la loi quant à la nature et à la place du référendum

Le caractère consultatif n'était pas inscrit, noir sur blanc, dans le texte de la loi du 12 mai 1937⁹⁸. C'est été, pourtant, la voie logique et indispensable si l'on admettait – et c'était la thèse défendue par le député Joseph Bech en 1919⁹⁹ – que le caractère consultatif découlait non pas de la Constitution, mais d'une décision du législateur qui avait le choix entre deux types de référendum. Or l'adjectif « consultatif » ne figure nulle part dans le texte de la loi du 12 mai 1937. Pourquoi ? Il aurait été simple de rajouter dans l'article 1^{er} après le mot « référendum » : « Le gouvernement organisera un référendum pour poser aux électeurs... »). La loi ne précisait pas non plus la nature du référendum de façon incidente, à l'inverse de 1919. Le terme de « consultation populaire », présent en 1919, était absent en 1937. Dans la loi de 1937, il n'était question, dans la version française, que de « référendum » et, dans la version allemande, de « *Referendum* » (ces termes étaient utilisés systématiquement). Autre infélicite du discours législatif qui mérite d'être noté : le verbe « désirer » (*wünschen*) a également disparu, et pour de bon. Des archives provenant de l'administration directement soumise au ministre d'Etat Bech¹⁰⁰, il ressort que le verbe « désirer » figurait dans une première ébauche (manuscrite) du projet de loi, mais il a été rayé (par qui ? on l'ignore) pour être remplacé par la formule figurant en fin de compte dans le projet déposé par le gouvernement et adopté par la Chambre des députés. Le verbe « désirer » a été remplacé ainsi, en 1937, par le verbe « être d'accord » (*Sind Sie damit einverstanden...*)¹⁰¹. En 2005, sera employée l'expression « être en faveur » (*Sind Sie für... / Sied Dir für...*)¹⁰². En 2015, c'est le verbe « approuver » qui figure dans la loi et sur les bulletins. L'objet du référendum de 1937 a été défini comme suit par l'article 1^{er} de la loi du 12 mai 1937 :

« Le gouvernement organisera un référendum pour poser aux électeurs luxembourgeois la question suivante: Etes-vous d'accord (*Sind Sie damit einverstanden*) à voir entrer en vigueur la loi qui décrète la dissolution du parti communiste et des groupements et associations qui, par violences ou menaces, visent à changer la Constitution ou les lois du pays ? »

La nature du référendum n'a pas non plus été définie à travers des règles techniques définissant l'articulation entre le vote parlementaire (favorable à la « loi muselière ») et le vote populaire. Cette relation, des plus complexes, ne fut abordée nulle part dans la loi. Car où, et comment, s'insérait ce référendum dans le processus législatif ? Dans le régime ordinaire de la procédure législative, un tel événement n'était pas prévu. Le projet de loi sur la défense de l'ordre politique et social, déposé par Bech, a été voté par la Chambre le 23 avril 1937. La Chambre a voté aussi, à cette occasion, la dispense du 2nd vote constitutionnel¹⁰². Quel devait être, à partir de ce moment, l'impact du référendum sur la suite de la procédure législative : la procédure devait-elle se poursuivre normalement, ou devait-elle être ralentie, voire arrêtée, dans l'attente du résultat du référendum ? L'article 1^{er} de la loi du 12 mai 1937 disait, à propos de la question soumise aux électeurs : « Etes-vous d'accord à voir entrer en vigueur la loi qui décrète la dissolution du parti communiste... ». Donc, la loi sur le référendum présupposait que le projet de loi de défense de l'ordre politique et social n'était pas déjà entré en vigueur et ne devait pas entrer en vigueur avant le référendum. La procédure législative relative au projet de loi de défense de l'ordre ne s'était pourtant pas arrêtée : après le vote de la Chambre des députés du 23 avril, le Conseil d'Etat en a été officiellement informé par une dépêche du ministre d'Etat du 26 avril et, alors même que l'idée d'un référendum était déjà politiquement acquise (le 28 avril Bech envoya le projet de loi en ce sens au Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat a accordé sa dispense du second vote constitutionnel le 30 avril¹⁰³.

⁹⁸ Contrairement à ce que d'aucuns pensent parfois. Voir, par ex, en 2005, les souvenirs erronés de Colette Flesch ou d'Alex Bodry (Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés, session 2004-2005, 20e séance, début du 20 janvier 2005, dossier parl. n°5132, p. 202).

⁹⁹ Voir *infra* section 2.

¹⁰⁰ Archives nationales, Dossier AE 00300, document n°0123.

¹⁰¹ Loi du 14 avril 2005 portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, article unique, *Mém.*, A, n°48.

¹⁰² Compte rendu des séances de la Chambre des députés, session 1936-37, col. 1574.

Dès lors, à cette date, la phrase parlementaire de la production de la loi était close. Il ne restait plus au gouvernement qu'à présenter la loi, déjà contresignée par un/des ministre(s), à la sanction de la grande-duchesse Charlotte et, après la signature de celle-ci, à publier la loi dans le Mémorial. Or, c'est à ce stade, quelque part, que la loi a été stoppée. L'on observe en effet que ni dans la période précédant le référendum (du 30 avril, après la dispense, jusqu'au 6 juin), ni après le référendum du 6 juin, n'a été publié au Mémorial le texte de la loi relative à la défense de l'ordre politique et social. A vrai dire l'usage même du terme « loi », à propos de la « loi muselière » ou « loi d'ordre » était et est, en droit, problématique. A l'époque, un texte n'acquiescrait valeur de « loi » qu'une fois sanctionné par le grand-duc/la grande-duchesse (jusqu'à cette étape ultime, il y avait lieu de parler de « projet de loi », conformément à la terminologie officielle utilisée à l'époque par les autorités de l'Etat¹⁰⁴). Les deux opérations de la sanction et, en amont, du contresigning ministériel ont-elles eu lieu ? Dans la littérature juridique, ce point crucial n'est guère évoqué. Les archives nationales ne fournissent aucun indice¹⁰⁵. Nous ne saurons donc jamais si, en l'espèce, la procédure législative a été arrêtée, en droit, parce que – 1^{re} hypothèse – le gouvernement n'a pas contresigné le projet de loi dûment adopté par la Chambre, avec dispense du second vote ; 2^e hypothèse, parce que la grande-duchesse Charlotte a refusé, avant ou après le référendum, de signer ce texte, ce qui constituerait l'unique exemple d'un refus de sanction grand-ducale au XX^e siècle (à en croire Henri Koch-Kent, cette hypothèse correspond à la réalité historique¹⁰⁶) ; 3^e hypothèse, la moins glorieuse, les deux acteurs avaient signé le texte, mais, après le référendum, le gouvernement a préféré en empêcher la publication (la publication devait intervenir, à l'époque, dans un délai de 6 mois, sous peine de caducité).

Ces questions techniques n'ont, à aucun moment, été abordées par les divers acteurs dans les documents parlementaires publiés. Comme la majorité parlementaire s'attendait à un vote favorable de la part des citoyens, elle n'a jamais discuté ouvertement l'hypothèse d'un vote négatif du peuple. En même temps, il y a eu des débats *en off* : si les archives ne donnent pas la clé de la fin de l'histoire, elles fournissent toutefois un tout petit aperçu des discussions qu'il y a eu en amont au sein de l'exécutif et de la Chambre à propos de l'articulation de la loi d'ordre avec le référendum. Dans le dossier des Archives nationales AE 00300 du ministère des affaires étrangères (ministère de J. Bech), figure un petit papier (doc n°0131) à en-tête de la Chambre des députés, sur lequel une personne anonyme a noté d'une fine écriture l'information suivante : « Une loi peut être votée avec une clause suspensive quant aux effets de sa promulgation. E. Pierre, Traité de droit parlementaire, n°510 »¹⁰⁷. C'est assez curieux qu'une telle notice se trouve encore dans les archives car souvent les dossiers officiels, sur des textes de lois, se résument à des documents publiés dans les *Comptes rendus* de la Chambre, dans le Mémorial ou dans la presse. Etait-ce la piste creusée par Bech ? Quoi qu'il en soit, le texte de la loi n'en souffre mot.

B | A la recherche des intentions du législateur : le retour en force d'un double discours

Il faut donc admettre que le texte de la loi de 1937 était absolument silencieux sur le caractère consultatif du référendum. Ne faudrait-il pas alors interpréter ce silence à la lumière des intentions du législateur ? La loi sur le référendum a été votée le 7 mai à la majorité de 50 voix contre 4, avec les voix notamment du parti de la droite, du parti radical-libéral et du parti

¹⁰³ Voir le dossier M02192 dans les archives numérisées du Conseil d'Etat.

¹⁰⁴ Cf. *ibid.*, le formulaire (standardisé) de la dépêche du ministre d'Etat au Conseil d'Etat du 26 avril 1937 et la décision du Conseil d'Etat du 30 avril 1937 accordant la dispense qui parlent de « projet de loi ».

¹⁰⁵ Le fond « lois et règlements » des Archives nationales, contenant les originaux signés des textes normatifs, ne comporte aucun dossier relatif à la loi sur la défense de l'ordre politique et social. Les seuls dossiers existants portent sur l'élaboration de la loi et le contexte politique avant et après le vote de la loi. J'ai consulté : CDD 2581, CDD 2583, AE-00300, ET 264, ET 265 et J-053-094.

¹⁰⁶ Henri Koch-Kent, « Retrospective historique » in *50 Jöhr Maukuern*, Luxembourg, Edipress, 1987, page 5 de son article (non paginé) affirmait ainsi : « Grâce à la consultation populaire du 6 juin, la Grande-Duchesse ne fut pas contrainte d'apposer sa signature sur un document attentatoire à la Constitution. Serait-il inexact d'envoyer la possibilité qu'elle aussi exprima le désir de soumettre la décision finale à l'électorat ? ». Mais cette affirmation n'est pas étayée davantage.

¹⁰⁷ Diverses éditions du célèbre traité d'Engène Pierre peuvent être consultées sur le site de Gallica (Enl). Cette solution n'a pas été retenue au final car le texte du projet de loi sur la défense de l'ordre ne contient aucune clause suspensive.

socialiste. Or, à la lecture de l'ensemble des documents et débats parlementaires, il ressort que les intentions du législateur étaient contradictoires. Au début, dans le rapport précité de Reichling, la section centrale avait envisagé un « référendum consultatif », formule que l'on retrouve également, par la suite, dans la dépêche du ministre d'Etat Joseph Bech au Conseil d'Etat du 28 avril 1937¹⁰⁸ dans l'avis du Conseil d'Etat du 4 mai 1937 (« référendum à caractère purement consultatif »)¹⁰⁹ et, enfin, dans le rapport du 5 mai 1937 rédigé par le député Auguste Thorn au nom de la commission parlementaire spéciale chargée d'aviser le projet de loi organisant le référendum¹¹⁰. Mais ces allégations tranchées, péremptories – elles ne sont étayées par aucune explication juridique supplémentaire – sont contrebalancées par des affirmations contraires qui – ce point doit être souligné – proviennent quasiment des mêmes acteurs.

Ces deux discours n'étaient pas véhiculés par deux catégories d'acteurs clairement délimitables, situation que l'on pourra observer plus tard, en 2005, avec l'opposition entre, d'un côté, la thèse dominante défendue par la quasi-totalité des acteurs et, de l'autre, la thèse minoritaire défendue par le député Jacques-Yves Henckes. En 1937, ce sont pour ainsi dire les mêmes personnes et institutions qui, d'abord parlent de « consultation », puis d'un résultat qui lierait, d'un « verdict », d'une « décision », etc. L'on glisse de l'un à l'autre, sans qu'il ne soit indiqué non plus qu'il s'agit de deux qualifications se situant sur deux registres ou plans distincts (l'une serait une qualification « en droit », l'autre une qualification « non-juridique », « politique », « morale »). Cette distinction (le discours de l'informativité n'a été théorisée, ni simplement évoquée, par *persone*. La seule délimitation qui ressort du débat de 1937 est, à la limite, d'ordre chronologique : la thèse du caractère consultatif est apparue dès le début, et surtout au début : à l'inverse, la thèse adverse a surgi avant tout lors du débat en séance plénière de la Chambre des députés, le 7 mai 1937, débat dans lequel l'argument du caractère consultatif a été étrangement absent. Mais, mis à part cet écart dans le temps, le discours de 1937 était, en quelque sorte, « informe », sans contours nets, c'était un magma indifférencié. Des qualifications contraires ont été avancées à tour de rôle par les mêmes acteurs, sans que ces glissements et contradictions ne soient relevés et, à plus forte mesure, critiqués. Et comme ces discours, contraires, tournaient tous autour d'un projet de loi, il est raisonnable de penser (sauf à accuser les/des acteurs de l'époque de machiavélisme) que ces discours, contraires, traduisaient les intentions contradictoires du législateur. Elles avaient trait à cet objet – juridique – qu'était le projet de loi instituant un référendum sur la loi d'ordre.

Déjà le rapport de la commission spéciale, rédigé par Auguste Thorn (parti de la droite), et qui énonçait dès la première phrase le caractère consultatif du référendum, suggérait en même temps que le sort de la loi d'ordre était lié à « l'adhésion du peuple » : « La loi soumise au corps électoral, si elle trouve l'adhésion du peuple, est appelée à exercer une influence considérable et salutaire sur le développement économique et social du pays »¹¹¹. N'était-ce pas sous-entendre que, si la loi ne trouvait pas l'adhésion du peuple, elle n'allait exercer aucune influence car elle n'allait pas entrer en vigueur ? En séance plénière, lors du débat du 7 mai 1937, le même Auguste Thorn indiquait qu'il s'agissait de permettre au corps électoral « d'exprimer, en toute indépendance et en toute liberté, son opinion »¹¹². Était-ce donc un

¹⁰⁸ Dépêche du 28 avril 1937, soumettant le projet de loi instituant un référendum à l'avis du Conseil d'Etat. *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, session ordinaire 1936-37*, Annexes, n°41, p. 239. « Le projet de loi sur la défense de l'ordre politique et social vient d'être voté par la Chambre des députés. Dans son avis du 16 avril 1937, la section centrale de ce projet propose d'organiser un référendum consultatif devant permettre à tous les Luxembourgeois et subversifs. Cette proposition a trouvé l'approbation unanime de la Chambre. Le gouvernement n'hésite pas à s'y rallier ».

¹⁰⁹ Avis du Conseil d'Etat du 4 mai 1937, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés, session ordinaire 1936-37*, Annexes, n°41, p. 240. L'analyse juridique du Conseil d'Etat, en ce qui concerne la nature du référendum, se limitait à une phrase : « Le projet soumis au Conseil a pour objet l'organisation de ce référendum à caractère purement consultatif ». Il se contentait de reprendre la qualification qui avait été mise en avant, sans autre explication, dans la dépêche du ministre d'Etat Bech et dans le rapport Reichling.

¹¹⁰ Rapport de la commission spéciale du 5 mai 1937 rédigé par Auguste Thorn, *ibid.*, Annexes, n°41, p. 241 : « D'un commun accord, la Chambre des députés et le gouvernement ont décidé de soumettre la loi sur la défense de l'ordre politique et social à un référendum consultatif ».

¹¹¹ Rapport de la commission spéciale du 5 mai 1937, *ibid.*, Annexes, n°41, p. 241.

simple sondage ? Pourtant, dans la phrase qui suivait, il parlait de « volonté nationale » et du « respect » de la volonté nationale en démocratie : « Cette mesure, respectueuse de la volonté nationale, est conforme aux principes démocratiques du pays », pour évoquer ensuite à nouveau, de façon incidente, une « consultation »¹¹³. Thorn passait ainsi, sans s'y attarder, du registre d'un référendum consultatif à celui d'un référendum liant les pouvoirs publics. Les autres orateurs, appartenant à divers partis, ont souligné encore d'avantage cette dernière idée.

S'exprimant au nom du parti socialiste, Jean Fohmann se disait entièrement d'accord à ce qu'un « *Volksentscheid* » (donc une *décision* du peuple) intervenir sur ce sujet. Il affirmait en effet en ces termes sans ambiguïté : « Dem demokratischen Sinne unserer Verfassung entsprechend ist der Volkswille oberstes Gesetz und haben alle wahren Demokraten sich dem Volksentscheid zu fügen »¹¹⁴. Il n'était pas question chez lui, ni d'ailleurs chez les orateurs suivants, d'un référendum « consultatif » : cette idée était, comme déjà indiquée, étrangement absente du débat en séance plénière. Ainsi, le député Nicolas Matheiu, par ailleurs partisan de la loi d'ordre, évoquait l'idée d'un appel au peuple – peuple souverain – pour juger définitivement en appel, après le vote de la Chambre, de la question de cette loi : « Lors du vote de la loi sur la défense de l'ordre politique et social, il a été décidé d'en appeler au peuple par la voie du référendum inscrit dans la Constitution. J'approuve entièrement cette façon de procéder qui consiste à recourir à cette méthode claire et loyale de consultation directe du peuple souverain. En effet, le peuple, préservé de tout ce qui peut sophistiquer son esprit, est mieux à même que la Chambre de juger cette loi. Et il la jugera, j'en suis certain, dans un sens favorable. Quand alors le peuple, dans sa probité naturelle et avec son bon sens, aura fait entendre sa voix, soit en approuvant la loi, soit en la rejetant, alors il faudra s'incliner »¹¹⁵. De son côté, le député Gaston Diderich, l'un des leaders du parti radical-libéral, évoquait également l'idée de « faire appel au juge le plus haut placé, c'est-à-dire au peuple » : « au peuple souverain »¹¹⁶. Et celui-ci rendait à la fin sa « décision »¹¹⁷ qui, aux yeux de Diderich, partisan de la loi, ne faisait pas de doute. Citons enfin le ministre d'Etat Joseph Bech qui, sous les applaudissements de sa majorité, concluait le débat en affirmant : « Nous avons mis la cause du peuple entre ses propres mains »¹¹⁸.

On connaît la suite : le référendum du 6 juin 1937 a abouti à un résultat négatif : le vote massif des élus et des autres institutions (gouvernement, Conseil d'Etat) en faveur du projet de loi d'ordre a été désavoué par les citoyens. Le texte n'est pas entré en vigueur et Bech, à titre personnel, a tiré ses conséquences en démissionnant du poste de ministre d'Etat.

Section 2 – La Suisse au Luxembourg.

L'esprit du constituant de 1919

Il reste à présent, au titre de cette première période (1919-1937), à étudier le débat relatif à l'art. 52 al. 7 (aujourd'hui 51 § 7) de la Constitution. En réalité, ce débat a été extrêmement bref. Cette disposition nouvelle a été présentée le 1^{er} avril 1919 par le député Auguste Thorn (parti de la droite) et a été adoptée aussitôt, à l'unanimité, par les 47 députés présents, sans qu'il n'y ait eu de débat sur le fond ou analyse des termes de l'amendement¹¹⁹. Quel en était le sens, dans l'esprit du constituant ? Si l'on remonte le débat – car le vote (instantané) du 1^{er} avril s'inscrivait dans le sillage de discussions autour d'une proposition antérieure des socialistes –, il est possible de trouver quelques propos dont le sens n'est toutefois pas entièrement univoque (§1). En revanche, quelques jours après le vote du 1^{er} avril 1919, la

¹¹² Débat du 7 mai 1937, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1936-37, col. 1650.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, col. 1652. Même discours chez un autre socialiste, Nicolas Biever, *ibid.*, col. 1678 : « Die Arbeitpartei wird das Projekt stimmen, weil sie der Auffassung ist, dass in letzter Linie das Volk entscheiden soll ».

¹¹⁵ *Ibid.*, col. 1663 (souligné par moi).

¹¹⁶ *Ibid.*, col. 1664 et 1665.

¹¹⁷ *Ibid.*, col. 1665.

¹¹⁸ *Ibid.*, col. 1671.

¹¹⁹ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. III, p. 2454 s.

question de la signification du nouvel art. 52 al. 7 a été thématisée de manière directe et franche par Joseph Bech : sa lecture, totalement ignorée de nos jours, est à l'opposé de la lecture actuellement dominante (§2).

§ 1 | Constitution-moteur ou Constitution-trésor ? Modèle suisse ou référence à la pratique luxembourgeoise naissante ?

Quel était le but du constituant de 1919 en adoptant le nouvel article 52 al. 7 : voulait-il seulement consacrer, c'est-à-dire consolider, la pratique législative nouvelle des référendums consultatifs ou avait-il, au-delà de cet objectif plus étroit, un objectif plus large, celui d'ouvrir la voie à des solutions qui n'avaient pas encore connu un début de réalisation au Luxembourg, mais qui, à l'étranger, en Suisse, étaient chose courante, à savoir les référendums décisionnels ? Pour le dire avec les termes de la science d'aujourd'hui, le constituant s'était-il, pour cet article, inscrit dans la logique de la Constitution-trésor ou dans celle de la Constitution-moteur ?¹²⁰ S'était-il orienté exclusivement par rapport à la pratique en gestation au Luxembourg ou avait-il regardé plus loin, plus haut, du côté des Alpes suisses ?

Les débats antérieurs semblent d'abord s'orienter vers la Suisse pour, après, se focaliser davantage sur la pratique luxembourgeoise. Mais je dis bien « semblent » car les sources écrites disponibles sont maigres et le danger d'une surinterprétation d'un propos, de surcroît d'un propos incident, est grand. La discussion sur un éventuel amendement à la Constitution, portant sur le référendum, a débuté le 11 mars 1919. Ce jour, le député socialiste Adolphe Krieps, avec d'autres membres du parti ouvrier (Edouard Léon, René Blum, Emile Mark, Joseph Thorn), a déposé à la Chambre des députés une motion appelant « pour le cas où pour une question secondaire, de dynastie, la voie extraordinaire et instuée du référendum est adoptée, que l'institution du référendum en général et la consultation directe du peuple pour toutes les questions vitales soient inscrites dans l'article 52 de la Constitution ».¹²¹ De la lecture de ce texte se dégage l'idée que les députés socialistes, partisans d'un référendum décisionnel selon le modèle suisse, voulaient inscrire dans la Constitution à la fois le référendum et la consultation qu'ils distinguaient. Nous sommes clairement dans la logique d'une Constitution-moteur : il s'agit d'innover.

La motion n'a pas donné lieu à débat. La question soulevée a rebondi toutefois à la fin du mois de mars. Le 27 mars 1919, c'est le député (socialiste) Joseph Thorn qui, dans le sillage de la motion de Krieps, dont il était l'un des cosignataires, a relancé l'idée d'ancrer la démocratie semi-directe au niveau de la Constitution, en proposant une nouvelle version de l'intégralité de l'article 52 Const. Dans cette version de l'article 52 figurait, *in fine*, la phrase : « L'institution du référendum sera organisée par la loi ».¹²² Que voulait dire ici « référendum » ? Les explications fournies à cette occasion par Joseph Thorn sont très succintes : la définition du système électoral – sujet controversé – préoccupait bien davantage les esprits des députés. Thorn s'est contenté de dire : « Enfin, nous voulons que l'institution du référendum soit organisée par la loi ; nous avons donc décidé que le pays soit consulté sur la dynastie par voie de référendum. C'est, comme on a dit ici, une question secondaire. Nous avons déposé un ordre du jour sur le bureau de la Chambre, qui s'est égaré et qui n'a pas vu le jour, mais j'ai le sentiment, que si pour une question secondaire, comme on dit, on veut consulter le pays par voie de référendum, il faut également pour des questions économiques pouvoir consulter le pays par voie de référendum. Dans ces conditions, nous avons voulu également que cette institution démocratique soit inscrite dans la Constitution ».¹²³ On trouve ici à la fois un renvoi à la motion de Krieps (logique de la Constitution moteur, modèle suisse) et un renvoi à la réalité luxembourgeoise du référendum consultatif.

¹²⁰ Sur ces deux idéaux-types, cf. L. Heuschling, « La Constitution formelle », in M. Tropper, D. Chagnonlaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 294 et « Débats et non-débats constitutionnels au Luxembourg. Une topologie critique », *Forum*, n°321, 2012, p. 40 s.

¹²¹ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. III, p. 1999.

¹²² *Ibid.*, vol. III, p. 2345.

¹²³ *Ibid.*, p. 2346.

Suivait alors un débat qui a tourné exclusivement autour de la représentation proportionnelle dont le principe était également consacré dans l'art. 52 proposé par Joseph Thorn. A un moment, le 27 mars, la discussion parlementaire a été suspendue un instant, afin que la section centrale puisse se réunir d'urgence pour étudier dans la précipitation, le texte de Joseph Thorn. A la reprise du débat, le rapporteur de la section centrale, le député Auguste Thorn (parti de la droite) s'est contenté, dans son exposé oral, du propos suivant concernant le référendum : « Messieurs, relativement au référendum, la section centrale est d'accord, à l'unanimité, à voir introduire le référendum dans l'art. 52 ».¹²⁴ Il a évoqué ensuite la question de savoir si la Constituante avait le droit, eu égard à la déclaration de révision, d'introduire le référendum, ce à quoi il a répondu par l'affirmative. L'article 52 avait été déclaré révisable. Or le référendum n'était, selon lui, qu'une extension des droits des électeurs visés dans cet article. « De même que les électeurs sont appelés aux urnes tous les six ans pour élire les députés de même aussi les électeurs auront le droit de donner leur avis sur telle ou telle loi, d'après les modalités à déterminer par le législateur futur ».¹²⁵ Il a cité l'exemple du référendum sur la dynastie et a conclu : « Nous pouvons également être d'accord avec l'introduction du référendum dans notre loi fondamentale, quitte à ce que le législateur plus tard élabore une loi pour dire dans quels cas le peuple sera consulté ».¹²⁶ Ici, c'est la logique de la Constitution-trésor qui semble plutôt prédominer. Par la suite, aucun intervenant n'a repris le thème du référendum.

Celui-ci n'a resurgi que le 1^{er} avril 1919, lorsqu'à la fin du processus de vote sur les différents alinéas de l'article 52 proposé par Joseph Thorn, la Chambre dut se pencher sur le dernier alinéa. A cet instant, le député Auguste Thorn reprit la parole afin de proposer une rédaction différente de cet alinéa. Il proposa l'énoncé suivant, qui est encore l'actuel énoncé de l'art. 51 § 7¹²⁷ : « Les électeurs pourront être appelés à se prononcer par la voie du référendum dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi ». Joseph Thorn a donné aussitôt son accord (« Je n'y vois qu'un changement de rédaction, rien de plus. Au fond c'est absolument la même chose et ce texte rencontre une observation qui a été faite il y a deux ou trois jours au sein de la section centrale ».¹²⁸). Or sur quoi, exactement, y avait-il consensus à ce moment : sur la seule pratique du référendum consultatif ou, en plus, sur le modèle suisse ? Le compte rendu ne permet pas de le savoir. En effet, une minute après, sans débat ni rapport d'une section,¹²⁹ l'amendement à la Constitution rédigé par Auguste Thorn fut soumis au vote et adopté à l'unanimité des voix des 47 députés présents.¹³⁰

§ 2 | Un éclairage décisif, tombé dans l'oubli : les analyses de J. Bech (1919) et de H. Clément (1935)

S'il y a eu ainsi un consensus instantané et total sur les mots, sur les termes du nouvel article 52 al. 7 Const., le sens précis de cet énoncé – donc la norme juridique – est resté dans la pénombre.

Or, sur cette question délicate, intervint ensuite un débat qui y a répondu de façon directe. Le protagoniste en fut Joseph Bech qui, les 8 et 10 avril 1919 (à peine une semaine après le vote), d'abord par un écrit, puis à l'oral, d'abord au sein de la section centrale, puis en séance plénière, défendit de manière nette, appuyée et tranchée, la thèse de la Constitution-moteur. Pour lui, il n'y avait aucun doute quant aux intentions des auteurs de la proposition et quant aux intentions du constituant qui avait adopté cette proposition¹³¹ (et il est vrai qu'aucun député ne l'a contredit, ce qui vient corroborer son affirmation). Selon Bech, le but

¹²⁴ *Ibid.*, p. 2359.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 2360.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Ibid.*, p. 2454.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 2455.

¹²⁹ L'avis ultérieur du Conseil d'Etat du 14 avril 1919 s'est contenté, à propos de l'art. 52 al. 7, d'exprimer son accord (« Le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de se prononcer en faveur du principe du référendum »). *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°8, p. 83.

¹³⁰ *Ibid.*, vol. III, p. 2455. La révision de l'article 52 sera sanctionnée par la grande-duchesse Charlotte le 15 mai 1919. *Mém.*, n°33, p. 531.

du constituant était de consacrer « le principe de l'intervention directe du peuple dans la législation ».¹³² La révision équivalait « ni plus ni moins [à] l'introduction en notre appareil législatif du référendum tel qu'il est en usage en Suisse ».¹³³ Or la Suisse est, et était, connue surtout pour ses référendums décisionnels. « Le régime de l'art. 52 nouveau » est identifié, par Bech, au « régime du référendum décisif ».¹³⁴ Or qui peut le plus peut le moins : une simple consultation populaire serait donc aussi incluse dans cette habilitation. « En accordant au futur corps électoral le pouvoir de légiférer directement, l'assemblée constituante a implicitement reconnu au peuple l'aptitude de trancher sans l'intermédiaire de ses représentants les points les plus contestés et les plus embarrassants de notre législation ; a fortiori lui doit-elle reconnaître le droit et la compétence de donner un simple avis sur toutes ces questions, fussent-elles aussi complexes que celle que nous avons l'intention de lui soumettre par le présent projet ».¹³⁵ Cette affirmation de l'un des participants les plus en vue de cette réforme – affirmation du reste validée par la section centrale¹³⁶ et qui n'a pas été contredite par aucun membre de la Constituante lors de la discussion en séance plénière le 10 avril 1919¹³⁷ – a le mérite de la clarté. L'article 52 al. 7 Const. marquant ainsi, comme le relevait Bech, une nette et importante césure (« une grave atteinte ») par rapport à l'esprit de l'ancien système exclusivement représentatif¹³⁸. Il y a eu un inflechissement : désormais, le droit constitutionnel luxembourgeois se nourrit de deux logiques, celle de la démocratie représentative et celle de la démocratie semi-directe.

Cette lecture de l'art. 52 al. 7 telle que défendue par Bech sera corroborée ensuite à deux reprises. D'abord immédiatement en 1919, lorsque le gouvernement Reuter a proposé à la Constituante d'adopter une déclaration de révisibilité de l'article 114 Const. A cette occasion, le projet qui proposait le recours à un référendum décisionnel dans le cadre d'une révision (afin d'éviter la procédure lourde de la « dissolution de plein droit ») établissait une équivalence entre référendum décisionnel et le référendum de l'article 52 al. 7¹³⁹. Mais, au-delà de cette prise de position marginale, incidente, de Reuter, il faut surtout évoquer la prise de position ultérieure du député socialiste Hubert Clément. En 1935, celui-ci a déposé sur le bureau de la Chambre une proposition de loi « concernant la réglementation du référendum ».¹⁴⁰ Le régime légal qu'il proposait englobait à la fois le mécanisme de la « consultation populaire par voie de référendum » (art. 4 de sa proposition), mais aussi, et surtout, à la lumière du modèle suisse, un mécanisme très sophistiqué de référendums décisionnels où il appartenait au peuple, saisi de manière automatique (art. 1) ou à la suite d'une requête de 20.000 citoyens (art. 2), de ratifier ou d'invalidier une loi votée par les élus. Le même procédé pouvait s'appliquer à des traités (art. 2). Dans ces cas, en vertu de l'article

¹³¹ Voir sa position très ferme à ce sujet lors de son intervention orale du 10 avril 1919 *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. III, p. 2650 (« Dans la pensée des auteurs de cette disposition et de la Chambre qui l'a votée, elle ne peut avoir une autre signification... »)

¹³² Rapport de la section centrale du 8 avril 1919. *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 200.

¹³³ *Ibid.*, vol. III, p. 2650.

¹³⁴ *Ibid.*, vol. III, p. 2651. Discours du 10 avril : « Dès lors il est permis de dire que si nous vivions déjà aujourd'hui à cette date la révision n'était pas encore sanctionnée par la grande-duchesse Charlotte) sous le régime de l'art. 52 nouveau, c'est-à-dire sous le régime du référendum décisif... »

¹³⁵ *Ibid.*, vol. V, p. 200.

¹³⁶ La minorité (2 membres sur 6) a émis un rapport séparé rédigé par Robert Basseur (*Ibid.*, vol. V, p. 204 ss.), mais celui-ci ne comporte aucune prise de distance par rapport à l'interprétation de l'art. 52 al. 7 Const.

¹³⁷ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, p. 2650 ss.

¹³⁸ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 203 (« L'inscription du référendum dans la Constitution, en ouvrant la porte à la législation directe, a porté une grave atteinte au régime de la démocratie représentative qui repose sur la délégation du pouvoir »). Voir aussi vol. III, p. 2651.

¹³⁹ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°15, p. 214, dépêche du ministre d'Etat au Conseil d'Etat du 23 juin 1919 («... à la seule condition que la décision des facteurs législatifs fut soumise à la ratification populaire conformément au principe nouvellement inscrit dans notre Constitution »). Pour la suite, voir CR, session 1920-21, vol. IV, Annexes, p. 746 ss.

¹⁴⁰ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1934-35*, vol. unique, Annexes, p. 307. La proposition, signée également par L. Weirich, J.-P. Mochel, V. Hilggen et J. Schroeder, a été lue, prise en considération, et envoyée au Conseil d'Etat. Elle n'a pas connu de suite. Les archives du Conseil d'Etat ne comportent pas de dossier. Les dossiers dans les Archives nationales sont quasi vides (ET 261, COD 2863).

3 de la proposition, le vote exprimé par le peuple avait valeur normative. Or, cette proposition de Hubert Clément n'était concevable qu'à supposer que l'art. 52 al. 7 Const. prévoyait deux types de référendum, i.e. la thèse de Bech. Selon Clément, la souveraineté nationale pouvait être exercée directement par les citoyens et indirectement par les élus. C'était ce régime mixte (« gouvernement semi-représentatif ») qui, en 1919, de l'avis de Clément, avait été proposé par le groupe socialiste et accepté par le parti de la droite¹⁴¹. Il faisait donc désormais partie de la Constitution luxembourgeoise.

Or cette analyse de Bech et de Clément qui, sur le fond, était très progressiste – déjà à l'époque et, a fortiori, à l'aune des conceptions prévalant actuellement –, n'a plus connu d'échos par la suite. En 1937, à l'occasion du débat sur le référendum sur la loi muselière, l'article 52 al. 7 Const. n'a été à aucun moment cité ni analysé. Les rares écrits doctrinaux portant sur le droit constitutionnel luxembourgeois de cette époque (années 1920-30) se sont tus totalement sur la question du référendum¹⁴². Durant toute la seconde moitié du XX^e siècle, le « Majerus » – le manuel de référence de tout acteur politique et fonctionnaire en matière de droit public luxembourgeois – ne souffrait mot de l'éclairage fourni par Bech. Il en allait de même des autres manuels¹⁴³ et des rares écrits portant directement sur le référendum¹⁴⁴. Paradoxalement, c'est le commentaire de la Constitution rédigé par des membres du Conseil d'Etat qui a cité, en partie, le rapport de Bech, pour aussitôt l'ignorer¹⁴⁵. Mais, de manière générale, des années 1930 jusqu'à nos jours, la lecture développée par Bech a été ignorée ou occultée. C'est une illustration, parmi d'autres, des mutations que connaît la pensée constitutionnelle sur le référendum durant la période s'ouvrant après la guerre.

II^e partie – De 1948 à la fin du XX^e siècle : Atrophie & recadrage de la pensée constitutionnelle

Après 1937, et ce jusqu'à la fin du XX^e siècle, l'institution du référendum a connu dans la pratique institutionnelle une traversée du désert. Sans vouloir aborder ici les causes de ce phénomène¹⁴⁶, et sans approfondir les diverses initiatives de députés (du parti ouvrier¹⁴⁷, puis, plus tard, du nouveau parti ADR¹⁴⁸) ou d'acteurs de la société civile¹⁴⁹ afin de revigorer cet instrument, il suffit de constater, comme l'a dit Alex Born en 1992, que l'institution du référendum faisait « bonne figure dans l'arsenal national des droits du citoyen », mais, de

¹⁴¹ Lire l'exposé des motifs de la proposition, *Compte rendu*, session 1934-35, p. 307.

¹⁴² Dans R. Fraenkel, J. Brucher, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-duché de Luxembourg*, 4e éd., Luxembourg, Sirey, 1937, l'institution du référendum n'est pas même évoquée.

¹⁴³ P. Schmit, *Précis de droit constitutionnel*, Luxembourg, Sirey-Paul, 2009, p. 41 ss, 65 s.; M. Feyselien, B.L. Pochon, *l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg*, Promoculture-Larcier, 2015 (à en juger d'après le plan et l'index, cet ouvrage ne semble aborder nulle part la question du référendum).

¹⁴⁴ A. Huss, « L'accentuation des dispositions constitutionnelles visant le référendum », in Institut grand-ducal (dir.), *Réflexions sur la réforme de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, 1988, p. 25 ss.; A. Born, *La Constitution oubliée*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1968, p. 25-31; A. Born, « Démocratie parlementaire et démocratie directe », *Zeitschrift für Rechtswissenschaften*, 20 novembre 1992, p. 6; T. Biever, « Le référendum et ses succédanés », *Faillie de liaison de la Conférence Saint-Yves*, n°75, mars 1990, p. 43 ss.; B. Fayot, *op. cit.*, *Direkt Demokratie*, *op. cit.*, n°évoque non plus l'intervention de Bech.

¹⁴⁵ *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 213, subd art. 51 § 7 Const.

¹⁴⁶ Cf. les explications avancées par B. Fayot, *op. cit.*, p. 79 ss.; A. Born, *La Constitution oubliée*, p. 28 ss et par *Direkt Demokratie*, Eng Dokumentation, ... *op. cit.*

¹⁴⁷ En 1948, dans le cadre de la révision de la Constitution, la fraction socialiste souhaitait voir préciser et élargir les modalités de déclenchement du référendum (un référendum décisionnel obligatoire en cas de révision, possibilité de déclencher un référendum sur initiative des citoyens, référendum obligatoire en cas de révis de la section d'une loi par le grand-duch). Cf. *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-48, col. 148 ss., col. 1054 ss., Annexes, n°16, p. 193 ss. Ces propositions ont été rejetées par la droite au motif que « l'introduction du référendum dans la vie politique luxembourgeoise sera de nature à causer des dangers et à susciter des difficultés » (rapport du député Fernand Loesch, *GSV, Ibid.*, p. 184).

¹⁴⁸ Cf. la proposition de loi du député Robert Mehlen (dossier part. n°3762) déposée le 10 mars 1993, qui, à cause du blocage du Conseil d'Etat, ne fut discutée et rejetée que plus de 12 ans après, en 2005 (dossier part. n°5132). Voir aussi la proposition de révision de la Constitution du ADR de 1994 (dossier 3881) et les diverses propositions de référendums (dossiers 5648, 6111, 6665, 6699). En 1994, les verts ont également proposé de réviser la Constitution afin de développer le référendum (dossier 3881).

¹⁴⁹ Cf. supra notes 7 et 17.

facto, cette institution était reléguée au « musée des institutions politiques »¹⁵⁰. Elle faisait partie de la « Constitution oubliée ». Ce qui m'intéresse davantage ce sont les mutations que connaît à ce moment la pensée constitutionnelle. Tout un pan, identifié à l'esprit de 1919, s'est effondré. Oubli ? Désintérêt des élus et des partis ? Méfiance à l'égard de la démocratie semi-directe, après le désaveu cinglant (pour la droite) de 1937 ? Apologie de la démocratie représentative dont le principe est réaffirmé, à partir de 1948, dans le nouvel article 51 § 1^{er} Const. (« Le Grand-Duché est placé sous le régime de la démocratie parlementaire ») ? Influence (négative) de la pensée constitutionnaliste belge ?¹⁵¹ Absence d'une science juridique universitaire ? Tous ces facteurs ont certainement joué.

Cet assèchement de la théorie luxembourgeoise sur le référendum et, en particulier, sur la valeur juridique de celui-ci, s'observe à divers endroits. Il y a le silence, par exemple, de Pierre Pescatore. Ce dernier n'a abordé ni dans sa riche étude « Essai sur la notion de la loi » de 1957, ni dans son manuel *Introduction à la science du droit* (1960/1978), l'institution du référendum, alors même qu'avec le précédent de 1937, se posait une question intéressante sur la relation entre la loi et le référendum. L'idée du référendum en tant que source du droit n'a pas non plus été évoquée. Les rares écrits d'autres membres de la doctrine juridique sur le référendum ont été, le plus souvent, très courts (1 page, 3 ou 4 pages, maximum 7 pages), et n'ont comporté en général aucun appareil scientifique (notes de bas de page, bibliographie), tout à l'inverse des brochures de Direkt Demokratie. On observe un nombre important d'erreurs matérielles sur des points somme toute basiques : A. Huss a affirmé que le référendum de 1937 s'était joué à « 40 voix »¹⁵² ; dans le « Majerus », la date du célèbre référendum de 1919 a été indiquée de manière erronée (« 29 » au lieu de 28 septembre) de la 1^{re} édition jusqu'à la dernière¹⁵³ ; certains élus croyaient se souvenir que le caractère consultatif était inscrit, *expressis verbis*, dans la loi de 1937 (alors que, des trois lois spéciales, c'était la loi la moins loquace sur ce sujet).

En plus, ce qui a existé dans cette littérature en tant que réflexion un peu plus sophistiquée sur la valeur du référendum a souvent été ignoré par les autres. Il en a été ainsi des écrits de l'association Direkt Demokratie qui, au soutien de son action en faveur de l'initiative citoyenne combinée avec un référendum décisionnel, a développé une analyse alternative et équilibrée en droit de l'article 51 § 7 Const.¹⁵⁴ Plus surprenant : même la pensée d'un pilier du système comme Pierre Majerus a été ignorée, dès lors qu'elle s'écartait un tant soit peu de la doxa ambiante. Alors que, d'habitude, son manuel énonçait les vérités du droit public luxembourgeois sur un ton qui ne laissait place ni au débat ni au doute, en ce qui concerne l'article 51 § 7, Pierre Majerus émettait pour une fois une certaine hésitation. Il osa même aller à l'encontre des lieux communs. A propos de l'article 51 § 7 Const., Majerus a commencé en effet par écrire, au vu d'une interprétation littérale du texte : « Le texte de l'article 51 de la Constitution ne tranche pas la question de savoir si le référendum qu'il prévoit est un référendum de consultation ou un référendum de décision »¹⁵⁵. Voilà une phrase marquante, ferme, qui, pourtant, n'a été quasi jamais citée dans les débats politiques¹⁵⁶, dans les avis du

¹⁵⁰ A. Born, « Démocratie parlementaire et démocratie directe », *Diezburger Land*, 20 novembre 1992, p. 6.

¹⁵¹ L'observateur venant de France est frappé à quel point la pensée constitutionnelle luxembourgeoise, sur ce point névralgique, s'est décalée après la deuxième guerre mondiale dans l'orbite de la doctrine constitutionnelle belge, très hostile à toute démocratie semi-directe à l'inverse de la France (à partir de 1959) et de maints autres pays. L'aura du modèle suisse ne joue plus.

¹⁵² A. Huss, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵³ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, Luxembourg, Belfort, 1^{re} éd., 1948, p. 94 ; 6^e éd., mise à jour par M. Majerus, Esch-sur-Alzette, Edipress, 1990, p. 135. Le propos de Pierre Majerus sur le référendum n'a pas varié d'un iota d'une édition à l'autre.

¹⁵⁴ « Kann Artikel 51 (7) der Verfassung als Grundlage für eine sachgerechte Regelung eines direkt-demokratischen Verfahrens dienen ? » (1990, 14 p.) repris dans *Eng Dokumentation...*, *op. cit.*

¹⁵⁵ P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 1948, p. 94 ; 6^e éd., 1990, p. 135. A noter : un observateur externe comme le professeur français Jean-Marie Derruyn, spécialiste de la démocratie semi-directe, était de son côté arrivé à la même conclusion. Cf. son étude comparative « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 85 : « Par sa généralité, cette formule [art. 51 § 7 Const. lux.] rend d'ailleurs possible une délégation de compétence au profit du peuple et permet donc le référendum décisionnel tout comme le référendum consultatif ».

¹⁵⁶ Le seul, à ma connaissance, à avoir cité l'analyse de Majerus dans le passé fut Alex Rodry en 2005, lors du débat sur la loi de 2005 sur le régime du référendum. Cf. *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, session 2004-2005, 20^e séance, 20 janvier 2005, dossier parl. n° 5132, p. 202.

Conseil d'Etat ou dans quelque autre écrit¹⁵⁷. Si, au final, Majerus a souscrit à la thèse dominante, quoique sur un ton toujours étonnamment hésitant et prudent (« on pourrait penser de l'avis que le référendum est un référendum de consultation... » ; italique ajoutée), ce n'est qu'au terme d'un raisonnement sinueux et fragile¹⁵⁸. De même ce qu'Alex Born a pu dire en 1968 à propos du caractère ouvert de l'art. 51 § 7¹⁵⁹ ne sera plus repris par ce même auteur dans ses écrits ultérieurs.

Le seul savoir qui s'est maintenu durant cette période est l'idée – le lieu commun – que le référendum, en droit luxembourgeois, en droit constitutionnel luxembourgeois, était consultatif. Sous-entendu : il était nécessairement consultatif. S'est opérée ainsi une contraction, un amalgame : ce qui était su à propos des trois lois spéciales de 1919 et 1937 (savoir, en vérité, caduc car ces trois lois étaient obsolètes depuis que leur objet s'était réalisé), a été projeté, hissé, et donc sauvé, au niveau de l'art. 51 § 7 Const. Le plus souvent, cette translation d'un étage à un autre, supérieur, de la hiérarchie des normes s'est faite de manière inconsciente. On affirmait simplement que le référendum, en vertu de l'art. 51 § 7 Const., était de nature consultative : « Les avis concordent que le référendum introduit par le constituant de 1919 est à caractère consultatif »¹⁶⁰. Le consensus valait argument juridique. Une ébauche de théorisation de ce processus d'élévation d'un sens normatif de la loi à la Constitution a été fournie par Tony Biever lorsqu'il a affirmé que « la disposition constitutionnelle [art. 51 § 7 Const.] n'était en somme qu'un rappel d'une institution qui a été considérée en 1919 [par le constituant] comme préexistante »¹⁶¹. Il a assumé ainsi, sans aucune preuve historique – il n'a effectué aucune étude des travaux parlementaires de l'époque –, que le but du constituant de 1919 était seulement de consacrer le type de référendum (consultatif) établi précédemment dans la loi du 3 avril 1919. Or cette allégation manque de fondement. Au vu de cet état d'esprit général, il n'est donc guère surprenant que, lorsque le référendum a été ancré en 1988 dans la nouvelle loi communale, il le soit sous la forme d'un référendum consultatif (voir les articles 35 et 36, très explicites sur ce point, de la loi du 13 décembre 1988).

Cette période s'ouvrant au lendemain de la deuxième guerre mondiale apparaît, rétrospectivement, comme une période de transition. L'ancien paradigme s'est effondré. Il a été relégué à coup d'oublis, de raccourcis, d'illogismes et de contre-vérités historiques. Le débat théorique au sein de la doctrine juridique s'est appauvri et s'est aussi réduit à un pur

¹⁵⁷ Le seul dans la littérature à s'en faire, implicitement, l'écho est Luc Frieden, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, Bill, 1987, p. 46.

¹⁵⁸ S'appuyant sur un « cours de droit public luxembourgeois » du constitutionnaliste parisien Julien Laterrrière, dont il ne resta aucune trace publiée, Majerus a invoqué l'issue du référendum économique de 1919 (dont un fait pour indiquer, en droit, le caractère consultatif du référendum de l'art. 51. Lire P. Majerus, *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 94 S ; 6^e éd., p. 135. Parce que le gouvernement avait conclu en 1921 un accord avec la Belgique, « alors que le résultat du référendum de 1919 avait été défavorable pour ce pays », Majerus en a induit le caractère consultatif du référendum de 1937 et de tous les référendums. Or ce raisonnement est fragile sur deux plans. 1^{er} Sur le plan de la dogmatique juridique, il n'est pas certain que l'objet du référendum économique de 1919 était d'éliminer l'un des deux pays. Dans ce cas, le gouvernement n'aurait dû conclure aucun accord, avec quelque pays, après le refus de la France. Or, il est possible d'arguer que ce référendum servait seulement à hiérarchiser les préférences du peuple (en premier lieu la France, en second lieu la Belgique) ou à exprimer un vœu à l'égard de la France. Si tel était le cas, la volonté du peuple n'a pas été méconnue par le gouvernement en 1921. 2^e Sur le plan logique, Majerus comment l'erreur d'interpréter d'un fait (le gouvernement a conclu en 1921 un accord avec la Belgique) le sens de la norme (l'art. 51 ne peut prévoir qu'un référendum consultatif). Cela revient à dire que, puisque le gouvernement l'a fait, cela a dû être légal, et donc la norme n'a pu avoir que cette signification. Or tout ce que fait le gouvernement n'est pas forcément légal, sauf à confondre le droit et le fait, le *Sollen* et le *Sein*. Pour un raisonnement analogue, cf. L. Frieden, *op. cit.*, p. 46.

¹⁵⁹ A. Born, *La Constitution oubliée*, p. 27 : « Les constitutants ne prirent pas attitude sur la nature de la nouvelle institution, ils ne déclarèrent pas si la consultation populaire devait être faite avant le vote d'une loi (référendum proprement dit, référendum consultatif) ou après celui-ci, pour empêcher la loi d'être prononcée (référendum de ratification, « veto populaire... ») ».

¹⁶⁰ A. Born, « Démocratie parlementaire et démocratie directe », *op. cit.*, p. 6. Autre exemple : C. Hemmer, *Gedenktage zur Verfassungsgeschichte in Luxemburg*, Luxembourg, Elnstedt, 1988, p. 43.

¹⁶¹ T. Biever, « Le référendum et ses succédanés », *op. cit.*, p. 44. De façon similaire, A. Born, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1978, p. 46 : « On sait comment ? à cette révision constitutionnelle était destinée à consacrer l'institution d'un double référendum par la loi ordinaire sur la question organisationnelle et sur le problème de l'union économique ». Plus prudent, le même Alex Born a écrit dans « L'évolution de la pensée démocratique dans la Constitution luxembourgeoise », in *La science luxembourgeoise de 1839 à 1989*, Luxembourg, Publications mosellanes, 1989, p. 41, que l'art. 51 § 7 a été « apparemment inscrit [dans la Constitution] en vue d'une consultation populaire envisagée » (italique ajoutée).

débat d'école, faite d'un véritable enjeu pratique immédiat. En même temps, de ces ruines, une nouvelle lecture a émergé, par petits bouts, en s'appuyant sur un consensus entre acteurs et doctrine. Ce nouveau paradigme sera propulsé sur le devant de la scène, et renforcé, voire radicalisé sur le plan théorique, lorsque, dans la pratique, s'est posée à nouveau la question du référendum. Le début du XXI^e siècle a marqué en effet, en droit positif, un retour de la problématique du référendum national¹⁶². A cette occasion la question de sa valeur a refait l'objet de débats dont sortira l'actuel discours dominant.

III^e partie – Le XXI^e siècle, refondateur : discours de l'internormativité & malaise démocratique

De 2001 jusqu'en 2005, le débat sur la nature du référendum a été relancé par trois textes successifs : la révision, en 2003, de la procédure de révision (art. 114), la loi du 4 février 2005 définissant le régime général des référendums et, enfin, la loi du 14 avril 2005 organisant un référendum sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Un premier catalyseur a été la réforme, lancée en 2001 et promulguée en 2003, de la procédure de révision (article 114 Const.).¹⁶³ La nouvelle procédure a consacré la possibilité d'un référendum dont la valeur, en droit, avait été envisagée de trois façons radicalement différentes au cours des discussions parlementaires. La proposition initiale déposée par Paul-Henri Meyers prévoyait une valeur décisionnelle partielle du référendum, en cas de victoire du « non ». Si le non l'emportait, la Chambre des députés ne pouvait plus procéder au second vote de la révision à cause du veto populaire. En revanche, en cas de victoire du « oui », les députés restaient libres soit de poursuivre la révision, soit de l'arrêter¹⁶⁴. A l'inverse, le gouvernement de coalition entre chrétiens-sociaux (Jean-Claude Juncker) et libéraux (Lydie Polfer) préconisait la solution du caractère entièrement consultatif du référendum, sans jamais justifier ce choix¹⁶⁵. Ces deux positions se sont attirées les critiques du Conseil d'Etat qui, dans ce débat, mais plus dans les débats ultérieurs, a stigmatisés une « mise sous tutelle » des citoyens et a fait appel à quelques vérités « évidentes » en matière de démocratie : « Le Conseil d'Etat ne peut se rallier à la position du gouvernement qui ne veut conférer qu'un caractère consultatif au référendum. Dans une telle approche, on mettrait sous tutelle l'électeur auquel on entend restituer une partie des pouvoirs qui sort à la base même de la démocratie »¹⁶⁶. A l'égard de la proposition de P.H. Meyers, le Conseil d'Etat n'a pas été plus tendre : « Pour le Conseil d'Etat, il est évident que, du moment que l'on appelle directement à l'électeur, le choix de celui-ci, pour ou contre la révision constitutionnelle adoptée en première lecture, s'impose » (p. 3 italique ajouté). Le débat politique a pris dès lors une autre direction et a abouti à la solution actuellement en vigueur : que le « oui » ou le « non » l'emporte, dans les deux cas la volonté de la majorité des électeurs s'impose comme dernier mot par rapport au vote parlementaire acquis à la majorité des deux tiers. Derrière les feutrés et supérieurs, Maximaliste et « révolutionnaire » – le terme revient sous la plume de plusieurs acteurs de l'époque¹⁶⁷ –, la solution du nouvel article 114 a été défendue lors du vote final du 26 novembre 2003 sur le mode de l'évidence¹⁶⁸. A cette même occasion, la

¹⁶² Il faut noter que, déjà en 1988, l'institution du référendum consultatif a connu une nouvelle jeunesse au niveau local à travers sa consécration dans la nouvelle loi communale du 13 décembre 1988 (art. 35 et 36). D'autres avaient aussi réclamé un référendum national lors du processus de ratification du traité de Maastricht, mais ces voix restèrent sans effet.

¹⁶³ Loi de révision du 19 décembre 2003, *Mém. A*, n°185, dossier parl., n°4765-1, p. 174 ss.

¹⁶⁴ Voir la proposition déposée le 13 février 2001 par P.H. Meyers, président de la CIRFC, doc. parl., n°4765, spéc. p. 4, et débat parlementaire du 15 mars 2001.

¹⁶⁵ Prise de position du gouvernement du 22 mars 2002, doc. parl., n°4765-1, p. 2.

¹⁶⁶ Avis du Conseil d'Etat du 25 février 2003, doc. parl., n°4765-2, p. 2.

¹⁶⁷ Cf. les confidences ultérieures d'Alex Bodry qui, en 2003, avait été le rapporteur au sein de la CIRFC de la proposition n°4765. Lire *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, session 2002-2005, 20e séance, débat du 20 janvier 2005, dossier parl., n°5132, p. 202.

¹⁶⁸ Cf. le débat du 26 novembre 2003, *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, session 2003-2004, 12e séance, p. 136 (A. Bodry, rapporteur), p. 139 (la députée verte Renée Wagener).

thèse de la valeur simplement consultative du référendum de l'article 51 § 7 a été tout autant admise comme une évidence.

Le véritable *Stein des Aristosses* a été le dépôt, le 20 mai 2003, par ce même gouvernement de coalition J.-C. Juncker-L. Polfer du projet de loi n°5132. Celui-ci était censé, d'une part, mettre en œuvre le régime juridique général de deux référendums prévus par la Constitution (art. 51 et le nouvel article, en gestation, 114 Const.) et, d'autre part, enrichir la démocratie semi-directe au Luxembourg, compte tenu du certain d'un certain « déficit démocratique ». Ce projet a déclenché un débat public vif, incisif et controversé, qui a conféré au discours dominant ses contours actuels. Trois lignes de force se dégagent de ce moment clé : 1^o l'accentuation, paradoxale, du malaise démocratique par le projet de loi n°5132 de 2003 visant pourtant à approfondir la démocratie semi-directe (section 1) ; 2^o la formalisation officielle, par les élus politiques, du discours de l'internormativité alliant la norme juridique de l'art. 51 § 7 Const. et une certaine norme politique (section 2) ; 3^o l'articulation, face à cette lecture dominante, d'une lecture minoritaire par le député ADR Jacques-Yves Henckes (section 3).

Section 1 – L'exacerbation du malaise démocratique par le projet de loi n°5132 de 2003

§ 1 | *La consécration explicite du caractère consultatif dans le projet de loi (art. 60)*

Le 20 mai 2003, durant les débats sur le futur article 114 Const., le premier ministre J.-C. Juncker a déposé le projet de loi « relative à l'initiative populaire en matière législative et au référendum »¹⁷⁰. Dans un long exposé des motifs, l'auteur du projet a tenu un discours assez ambigu sur l'état et l'avenir de la démocratie au Luxembourg, discours qui, au final, n'a fait qu'accroître le malaise démocratique.

Côté diagnostic, l'exposé des motifs a dressé un constat très critique de la démocratie représentative. Il était question pour les systèmes occidentaux en général et pour le Luxembourg en particulier d'un « déficit démocratique » (p. 3, p. 5). Si l'exposé des motifs a affirmé de façon péremptoire que la « Chambre des députés a pu [grâce au suffrage universel établi en 1919] devenir l'enceinte où toutes les couches sociales de la population étaient représentées » (p. 4) – affirmation qui doit être relativisée par le phénomène, du reste admis, de la professionnalisation de la classe politique¹⁷¹ et, surtout, par la présence des étrangers qui font partie de la population, mais non du corps électoral –, il a été fait mention aussi des « problèmes de légitimation » (p. 3) que connaissait la démocratie représentative et du fait que la Chambre des députés subissait « un déléstage, voire une certaine dépossession » (p. 4) de ses pouvoirs à raison de l'influence croissante des partis politiques, de la montée en puissance des syndicats et de la création d'organes extraparlimentaires à l'instar des chambres professionnelles (les « forces vives de la nation ») et surtout de la « tripartite »¹⁷². La démocratie représentative a été enrichie par la « démocratie sociale et économique » (p. 5), bref un système où le gouvernement négociait les politiques publiques avec ce qu'il est convenu d'appeler les partenaires sociaux. « Il n'en reste pas moins que toutes ces réformes institutionnelles n'ont pas réussi à constituer un remède efficace au déficit démocratique ressenti par le citoyen en tant qu'individu auquel tant les procédures de décision politique, comme les décisions elles-mêmes, échappent », notait l'exposé des motifs (p. 5). La conclusion était tranchante : entre les élections, « le citoyen ne prend en définitive aucune

¹⁷⁰ Voir, par ex., le discours de P.H. Meyers, *ibid.*, p. 137 s.

¹⁷¹ Dossier parlementaire n°5132.

¹⁷² Après avoir écrit, page 5, qu'entre deux élections, « le citoyen ne prend en définitive aucune décision », l'auteur de l'exposé des motifs poursuivait : « De même, la professionnalisation croissante de la vie politique a l'intérieur d'enceintes fortement spécialisées semble avoir eu pour conséquence d'éloigner la démocratie du citoyen et prudent (il s'agissait, après tout, d'un document officiel du gouvernement), mais la critique n'était pas moins mordante.

¹⁷³ Sur ces facteurs, cf. Ph. Polfer (dir.), *Les pouvoirs d'un parlement. La Chambre des députés du Luxembourg*, Promoculture-Larcier, 2014.

décision » (p. 5). Quant au recours aux élections, tous les cinq ans, il ne constituait qu'une « contribution assez maigre à l'exercice de la souveraineté nationale » (p. 5).

Du côté des remèdes esquissés, l'auteur du projet de loi a adopté un discours plus ambivalent qui n'était pas à la hauteur des affirmations tranchées du diagnostic. L'exposé s'est emparé dans des contradictions, voire a fait preuve d'une hypocrisie que ne tarderont pas à fustiger divers acteurs de l'époque. De prime abord, l'exposé des remèdes a mobilisé à la fois le discours, à la mode, de la « participation » – « le gouvernement entend jeter les bases d'une société plus participative » (p. 5) – et le discours, plus ancien, de la « démocratie semi-directe ». Dès le départ, il est affirmé que le projet s'inscrivait dans le sillage de l'exploration d'une troisième voie entre la démocratie représentative, critiquée, et la démocratie directe, impossible à mettre en œuvre (p. 3). Or, cette hésitation, ce flottement entre ces deux discours n'est pas anodin, car, si la démocratie semi-directe entend bien, à travers ses mécanismes, donner un pouvoir de décision aux citoyens, le discours de la participation est parfois plus flou, moins exigeant, et se contente que le citoyen soit associé au processus de décision (par des enquêtes, des forums de discussion, etc.), sans forcément décider lui-même à la fin. La nuance est de taille.

De prime abord, le projet de loi s'est orienté vers la logique de la démocratie semi-directe : il a prévu, en effet, d'introduire par le biais d'une simple loi, sans passer par une révision constitutionnelle, l'instrument totalement nouveau de l'initiative législative citoyenne (titre II, art. 3 à 32 du projet de loi). 10.000 électeurs se voyaient conférer le droit de déposer, auprès de la Chambre des députés, un projet de loi portant sur toute matière de la législation ordinaire (état exclu la matière constitutionnelle). Ce projet aurait suivi ensuite la procédure législative ordinaire, à ceci près qu'en cas de rejet ou de modification par la Chambre des députés du texte déposé par les citoyens, ceux-ci auraient pu réagir et exiger – à condition de réunir cette fois-ci 25.000 signatures d'électeurs – l'organisation d'un référendum sur leur texte. Si ce nombre, élevé, de signatures était atteint, la Chambre devait attendre l'issue du référendum avant de passer au second vote constitutionnel (elle n'aurait pu s'en dispenser ; cf. art. 31 du projet de loi). Or quelle était la valeur du résultat d'un tel référendum si, en particulier, la majorité du peuple se prononçait en faveur du texte soumis par l'initiative citoyenne et, parant, désavantant les députés ? Dans la très large majorité des pays qui prévoient un tel système combinant d'une part l'initiative législative populaire et, d'autre part, le référendum déclenché sur requête de citoyens (Suisse¹⁷², USA, Länder allemands¹⁷³, Hongrie¹⁷⁴, Uruguay¹⁷⁵, etc.¹⁷⁶), le référendum a valeur décisionnelle. Car, à quoi bon ouvrir au peuple un tel mode de contestation du vote parlementaire si, au final, le parlement peut néanmoins imposer sa volonté ? Ce serait absurde, hypocrite et cynique.

Pourtant, selon le projet de loi n° 5132, le citoyen – lui dont l'exposé des motifs attendait « initiative et sens de la responsabilité » (p. 8) – se voyait, au final, rétrogradé au rang d'incapable au sens juridique du terme, puisque son vote lors du référendum n'avait que la valeur d'un avis. Au sein du titre III, chapitre 1 du projet de loi, portant sur le référendum sur initiative populaire (art. 33 à 56), l'article 33 annonçait dès le départ la couleur : « Dans tous les cas le référendum n'a qu'un caractère consultatif ». L'idée fut précisée dans la section VII (« Sort du référendum ») à travers l'article 56 : « La Chambre des députés décide des suites à réserver au référendum dans l'une des trois séances qui suivent la proclamation du résultat. Lorsque la Chambre des députés décide de confirmer le texte de loi adopté [par elle] lors du premier vote, elle doit le voter une seconde fois dans les mêmes termes ». L'idée que la Chambre pouvait, à l'encontre du vote populaire, maintenir sa propre décision quant à un texte de loi, était ainsi consacrée expressis verbis.

Dans le projet de loi, la solution de la valeur simplement consultative était précisée également à propos du référendum de l'article 51 § 7 de la Constitution dont le projet de loi

¹⁷² Art. 138 Const. fédérale de 1999.

¹⁷³ Bavière : art. 74 Const. 1946 (version actuelle).

¹⁷⁴ Hongrie : art. 8 Const. 2011.

¹⁷⁵ Art. 331 Const. 1967 (version actuelle).

¹⁷⁶ Const. Dantzig 1922, art. 47 ; Const. Lande 1922, art. 48.

entendait définir le régime général. Au sein du titre III, chapitre 2, portant sur le référendum prévu à l'article 51 § 7 Const. (articles 57 à 60 du projet de loi), l'article 60 énonçait : « La Chambre des députés décide des suites à réserver au référendum dans l'une des trois séances qui suivent la proclamation du résultat ».

Ce n'est qu'en matière de référendum du futur article 114 de la Constitution (celui-ci était en voie de discussion à cet instant) que le projet de loi envisageait de conférer, sous une formulation assez alarmante et de manière partielle, une valeur décisionnelle à la votation populaire (voir le titre III, chap. 3, articles 61 à 87 du projet de loi). Il se calait sur la solution initialement préconisée par la proposition de P.H. Meyers¹⁷⁸. Ainsi, l'article 87 (« Sort du référendum ») du projet de loi énonçait : « Lorsqu'une majorité d'électeurs s'est valablement prononcée en faveur du texte soumis au référendum, la Chambre des députés peut adopter [il n'est pas dit : doit adopter] la proposition de révision constitutionnelle lors d'un second vote. Dans le cas contraire [si les électeurs se sont prononcés en défaveur du texte], la Chambre des députés ne peut plus adopter la proposition de révision constitutionnelle lors d'un second vote ».

Au final, alors que l'exposé des motifs du projet de loi n° 5132 était parti du constat que le citoyen ne décidait rien entre deux élections, son dispositif ne proposait d'autre remède qu'un référendum à valeur consultative, mis à part le référendum du futur article 114 (et encore seulement en cas de victoire du « non »). La justification avancée dans l'exposé des motifs était peu convaincante : elle se réduisait à la réaffirmation, dans tout son classicisme, du principe de la démocratie représentative, cette même démocratie représentative dont la légitimité avait été mise en cause dans le diagnostic de l'exposé des motifs. L'auteur du projet de loi affirmait ainsi : « Quant au principe du caractère consultatif, le gouvernement est d'avis que les représentants du peuple doivent en principe garder la plénitude de leur pouvoir de décision à l'issue de toute consultation populaire et ce indépendamment du type de référendum » (p. 7). Aux citoyens la « participation » (et seulement la « participation »), à la Chambre le pouvoir de « prendre les décisions » (p. 8)¹⁷⁹. On ne saurait mieux résumer la subordination des citoyens à la volonté des élus ! La démocratie était ainsi, en son essence, réduite encore et toujours à la démocratie représentative. La démocratie semi-directe était réduite à quelque chose de non-essentiel, bref à un élément décoratif.

§ 2 | Les critiques acides des chambres professionnelles à l'égard du caractère consultatif

Ce projet de loi a suscité de virulentes critiques de la part de plusieurs chambres professionnelles. Leurs postures critiques ne s'inspiraient toutefois pas d'un idéal commun : si certaines chambres étaient d'accord de renforcer la démocratie semi-directe (à condition d'en revoir les modalités), d'autres, à l'instar notamment de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, estimaient qu'il s'agissait d'un faux problème, qu'il n'y avait pas de « déficit démocratique »¹⁸⁰ et qu'il convenait, à l'inverse, de renforcer la démocratie sociale et économique. De ce mélange d'arguments ressortait toutefois un argument récurrent, à savoir la mise en cause du caractère consultatif du référendum. Les mots, plus ou moins durs, allaient de la dénonciation d'un « malaise » démocratique jusqu'à la stigmatisation d'une supercherie.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics, présidée par Emile Haag, était particulièrement agressif¹⁸¹. Il ne voyait dans le « remède-miracle » du référendum tel

¹⁷⁸ Voir supra note 164.

¹⁷⁹ Page 7 de l'exposé des motifs : « L'objectif poursuivi n'est pas de chercher les moyens pour atténuer le rôle du Parlement ou de toucher à ses prérogatives constitutionnelles, mais de veiller à ce que les citoyens soient davantage impliqués à participer au débat politique et que ceux qui désirent en profiter en aient les moyens. En dernière instance, la Chambre des députés se retrouvera nécessairement réinvestie dans son rôle fondamental qui est de prendre les décisions qui s'imposent et de trancher les conflits afin de ramener à l'unité la multiplicité des actes et volontés qui constituent la vie sociale ».

¹⁸⁰ Sur ce point, la Chambre des fonctionnaires et employés publics, visiblement piquée au vif, a fait preuve de contradictions puisque, si elle a affirmé d'un côté qu'il n'y avait pas de déficit, et qu'il n'y avait rien à améliorer au régime représentatif (p. 2), elle se fâçait en même temps le porte-parole d'un sentiment de « ras le bol » de la part d'une partie du corps électoral (p. 1).

¹⁸¹ Avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics du 11 décembre 2003, doc. par. n° 5132-1.

qu'organisé par ce projet de loi que de la « poudre aux yeux » (p. 2). Un « vaste spectacle destiné à permettre au peuple de se défoiler, de jouer aux décideurs, de tourner le pouce vers le haut ou vers le bas dans la prétention dérisoire de participer ainsi davantage à l'exercice du vrai pouvoir. Les foules romaines dans le Circus Maximus y étaient habituées » (p. 2). Loin des objectifs visés, ce projet de loi « contribuerait à la longue à renforcer le sentiment d'impuissance des électeurs » (p. 2). Cette mise sous tutelle aboutirait à une désresponsabilisation et infantilisation des citoyens, l'inverse de ce qu'était la démocratie semi-directe, et de ce qu'était censé viser ce projet de loi.

La Chambre des métiers, présidée par Paul Reckinger¹⁸², souscrivait quant à elle à la thèse du déficit démocratique, en insistant sur l'existence d'un « malaise latent ». « Le citoyen, l'homme de la rue est souvent persuadé que les décisions aussi bien politiques qu'administratives qui le concernent et qui le touchent directement jusque dans sa sphère privée sont prises en vase clos par une 'caste' à part, par un cercle restreint d'initiés et de privilégiés. Il a l'impression que, une fois son 'ticket' dans la poche, le représentant du peuple se soucie bien peu des attentes des petites gens et ne recommence à s'y intéresser que lors du renouvellement de son mandat venu à expiration. La démocratie indirecte, à savoir la prise de décision par procuration systématiquement renouvelable, est souvent, pour ne pas dire généralement perçue comme une forme de despotisme plus ou moins éclairé, comme une mise sous tutelle furtive du citoyen accompagnée d'une accapitation de la 'res publica' par une sorte de 'noblesse d'office ou de charge' qui se serait substituée à la 'noblesse d'épée ou de robe', mais dont l'accès ne serait pas moins réglementé par des critères d'exclusivité tels l'argent, le diplôme, le jeu des filières ou le manquement des relations de personnes à personnes. Cette perception, pour subjective qu'elle soit, n'est cependant pas tout à fait dénuée de fondement compte tenu des généalogies qui peuvent être associées à un certain nombre de hautes fonctions au niveau de l'Etat et de la société » (p. 2). Outre qu'elle exigeait des réformes supplémentaires visant à réduire le véritable déficit démocratique qui, à ses yeux, se situait au niveau de l'information, de la transparence et de l'instruction des citoyens (p. 3), la Chambre des métiers adhérait à la solution d'une plus grande participation des citoyens, à condition de prendre celle-ci au sérieux. A son tour, elle critiquait la règle de la valeur simplement consultative du référendum dans laquelle elle voyait une source de divers dangers qui allaient de la « création auprès des citoyens de faux espoirs » risquant de « se transformer, tôt ou tard, en sentiments d'humiliation et de frustration » jusqu'à « l'apparition de 'solutions' simplistes, voire populistes » (p. 5). Une telle règle serait forcément par les citoyens comme une « atteinte aux valeurs démocratiques », comme une potentielle « censure de la volonté populaire » (p. 6). Aussi la Chambre des métiers appela-t-elle les politiques à attribuer valeur contraignante au résultat du référendum en prenant la démocratie au sérieux : il s'agissait d'« appliquer les règles de la démocratie directe » (p. 5). Ce qui était proposé n'était qu'un leurre, qu'une apparence de démocratie directe. La Chambre des métiers n'était toutefois pas une chaude partisane de ces mécanismes dont elle craignait les excès potentiels. Ainsi, elle proposait d'introduire en amont de la démocratie directe un mécanisme de filtrage, de rationalisation ou de domestication, en réservant l'initiative du référendum à la Chambre des députés et à un nouvel organe, dont les traits restaient assez flous et qui aurait représenté la « société civile ». Y compris les résidents étrangers et les frontaliers (lire p. 6 s de son avis, où elle pointait la menace d'un « appartenance politique »). En revanche, les citoyens ne devaient pas se voir confier le droit d'initiative législative.

Dans son avis du 11 juin 2004¹⁸³, la Chambre de travail, présidée par Henri Bossi, estimait également que, dans le cas d'un référendum, « expression la plus accomplie du Souverain » (p. 1), il était difficilement concevable que le résultat ne fût pas les élus. De manière subtile et ironique, l'avis se moquait de l'hypocrisie du projet de loi : « La participation active des citoyens', expression favorite de l'auteur du projet de loi, risque d'être réduite à sa portion la plus congrue lorsque le parlement, qui recourt au référendum, n'est pas lié par le résultat de ce dernier » (p. 1). De manière générale, la Chambre de travail exprimait ses réserves face à la démocratie semi-directe. Parmi les dangers dénoncés, elle citait le risque de la

¹⁸² Avis de la Chambre des métiers du 15 janvier 2004, doc. parl. n°5132-2.

¹⁸³ Avis de la Chambre de travail du 11 juin 2004, doc. parl. n°5132-4.

désresponsabilisation des députés – Or n'est-ce pas reconnaître la souveraineté du peuple que de lui soumettre les questions les plus fondamentales ? – et, aussi, le risque du populisme et de l'empirisme possible de toutes sortes de groupes de pression sur la politique (à croire que les lobbies n'agissent nullement au niveau des élus...). Sous ces réserves, la Chambre de travail marquait son accord avec le principe du projet de loi, non sans attirer l'attention du gouvernement et du législateur sur d'autres mécanismes de démocratie participative à renforcer à l'instar du droit de pétition des citoyens et du droit d'initiative des chambres professionnelles.

Ainsi, trois chambres professionnelles sur les quatre ayant formulé un avis¹⁸⁴ avaient exprimé de fortes critiques à l'égard du caractère consultatif qui ne ferait qu'accroître le malaise démocratique. Pourtant, ces critiques n'ont pas été véritablement prises en compte par la Chambre des députés. Le rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, rédigé par Paul-Henri Meyers, les a certes citées, mais au final, dans sa conclusion, il a réduit les avis des chambres professionnelles à une mise en cause de la création même de ces deux nouveaux instruments qu'étaient l'initiative législative populaire et le référendum déclenché sur initiative populaire¹⁸⁵, deux instruments qui, en fin de compte, suite à une critique d'ordre constitutionnel du Conseil d'Etat, ont été retirés du projet de loi par la Chambre des députés. Des lors la critique des chambres professionnelles relative à la valeur consultative du référendum – critique qui restait pourtant pertinente, puisqu'elle valait aussi à l'égard du référendum de l'article 51 § 7 Const. – a été mise sous le tapis. Bien au contraire, la thèse de la valeur consultative du référendum est sortie renforcée de ce débat.

Section 2 – La théorisation de la lecture dominante de l'art. 51 § 7 Const. : l'informativité ou la double normativité, juridique et politique

Le projet de loi n°5132 a poussé les acteurs à creuser le sens de l'article 51 § 7 de la Constitution. Non pas qu'ils aient remis en cause le lieu commun qui s'était répandu à ce sujet dans la 2^e moitié du XX^e siècle : ils ont donné à cette opinion quelque peu superficielle un véritable fondement théorique. Ils l'ont théorisé, formalisé. Car sur quel argument, sur quelle méthode d'interprétation, reposait la thèse de la valeur nécessairement consultative des référendums de l'art. 51 § 7 ? Il ne suffisait pas, à ce sujet, d'invoquer les précédents des trois lois ordinaires de 1919 et 1937. Saur à confondre les différentes strates de la hiérarchie des normes, un juriste rigoureux ne saurait déduire aussitôt de la prévalence de telle solution au niveau législatif sa consécration au niveau constitutionnel. Par quel phénomène « d'ascenseur » serait-il possible de hisser une solution législative au rang constitutionnel ? C'est à cette problématique qu'a entendu répondre l'argumentaire constitutionnel développé au début des années 2000 (§1). En même temps, le travail de théorisation s'est amplifié puisque, à l'analyse strictement juridique concluant à la valeur consultative du référendum, a été ajouté en contre-point – pour en amoindrir en quelque sorte le choc, en adoucir les angles – une analyse politique qui affirmait, à l'inverse, sur un autre plan (politique ou moral), le caractère décisionnel du référendum (§2).

§ 1 En droit strict : la projection dans l'art. 51 § 7 Const. de la thèse de la valeur exclusivement consultative des référendums

A) Le rôle clé du Conseil d'Etat dans l'élimination de l'art. 60 du projet de loi

Dans la cristallisation de la lecture dominante de l'article 51 § 7 le Conseil d'Etat a joué un rôle de catalyseur. Le contexte était le suivant : le gouvernement, auteur du projet de loi n°5132, partait de la prémisse que le texte de la Constitution n'était pas d'une portée clarifiée, et qu'il fallait – pour fonder le caractère consultatif du référendum – « l'ajouter », en le

¹⁸⁴ La seule chambre à ne pas s'offusquer de la règle de la valeur consultative était la Chambre des employés privés, présidée par Jean-Claude Reiding. Celle-ci s'en déclarait satisfaite en estimant que cette règle était en accord avec l'identité fondamentale du régime qui était une démocratie représentative, et qui était censé le rester. Voir son avis du 25 mars 2004, doc. parl. n°5132-3.

¹⁸⁵ Lire le rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle du 12.1.2005, rédigé par PH. Meyers, président-rapporteur, doc. parl. n°5132-8, p. 3, dernière phrase de la section III.1.

consacrant noir sur blanc dans le texte de la loi¹⁸⁶. Sans citer Majerus, le gouvernement semblait ainsi souscrire aux appréhensions de cet auteur quant à la relative indétermination de l'énoncé de l'art. 51 § 7 Const. Il valait donc mieux expliciter ce caractère consultatif dans la loi ; d'où, en particulier, l'article 60 du projet de loi¹⁸⁷. Or, sur ce point, le gouvernement a raconté la résistance du Conseil d'Etat. Dans son avis du 12 octobre 2004¹⁸⁸, le Conseil d'Etat s'est opposé de manière frontale à ce raisonnement, en bifrant dans sa version corrigée du projet gouvernemental l'article 60. Et c'est ce texte réécrit qu'a repris la Chambre des députés¹⁸⁹. Ainsi est né le silence de la loi actuelle du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national sur la question cruciale de la valeur du référendum. Or comment a été justifiée cette suppression, en soi assez surprenante ?

Une première lecture de l'avis du Conseil d'Etat du 12 octobre 2004 pourrait laisser croire à la suppression de l'article 60 suite à une mégarde malheureuse. Dans cet avis, le Conseil d'Etat s'est opposé catégoriquement au nom de la Constitution, et sous la menace de faire usage de son droit de veto, à l'introduction par voie législative des deux mécanismes nouveaux de l'initiative législative des citoyens et du référendum déclenché sur initiative populaire¹⁹⁰. Selon le Conseil d'Etat, il fallait, pour ce faire, réviser au préalable la Constitution. Aussi avait-il rayé de son projet de loi toute une série d'articles dont – par mégarde ? – l'article 60. Il bifrait, en effet, d'un seul trait les articles 3 à 60, ce qu'il justifiait de la manière suivante : « Les articles se rapportant à l'initiative populaire en matière législative, au déclenchement du référendum prévu à l'article 51, paragraphe 7 de la Constitution et au déclenchement de la procédure référendaire par un quart des membres de la Chambre des députés sont à supprimer, par suite de l'opposition formelle que rencontrent les chapitres VII et VIII du titre II » du projet de loi (p. 7, italique ajoutée). Or, à l'inverse de ce qui est affirmé dans cet extrait, l'article 60 ne portait pas sur le déclenchement du référendum de l'article 51 § 7, mais, au contraire, sur ses effets. L'article 60 n'était donc nullement visé par la critique d'ordre constitutionnel énoncée. L'article 60 du projet a-t-il été ainsi écarté par le Conseil d'Etat suite à une erreur de raisonnement ou, pire, à une inadéquance rédactionnelle ? Le commentaire du Conseil d'Etat, sous les articles 3 à 60, le suggère à tout le moins.

Une seconde lecture, plus large, de l'avis du Conseil d'Etat du 12 octobre 2004 laisse toutefois à penser que cette suppression se justifiait par un argument de fond. A lire l'avis dans sa totalité, l'on observe en effet qu'à de nombreuses reprises le Conseil d'Etat a supprimé des articles de ce projet de loi en usant d'un argument de légitimité bien connu qui est l'inutilité d'un article. Afin d'éviter des textes de loi surchargés, « bavards » – en l'espèce, avec 172 articles complétés par 7 annexes, le projet de loi était déjà trop long aux yeux du Conseil d'Etat –, il suffit de ne pas répéter des normes qui sont déjà consacrées ailleurs, que ce soit dans un texte de même niveau ou, *a fortiori*, dans un texte de niveau supérieur à l'instar de la Constitution. Or, cet argument a servi à plusieurs reprises dans l'avis du 12 octobre 2004 à supprimer des articles « superflus »¹⁹¹ et il pourrait également justifier, bien que ce ne soit pas dit de manière expresse, la suppression de l'art. 60. Dans ses observations générales, le Conseil d'Etat a en effet argué que, selon lui, la Constitution prévoyait déjà – de manière indubitable – le caractère consultatif du référendum de l'article 51 § 7 Const. : le référendum de l'art. 51 § 7 est une « consultation qui, juridiquement, n'a

¹⁸⁶ Cf. l'exposé des motifs du projet de loi relative à l'initiative populaire et au référendum, doc. parl. n°5132-2, p. 7.

¹⁸⁷ Cf. rapport de la CIRCO, rédigé par le président-rapporteur P.H. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, p. 8 ; la CIRCO reprend, comme document de travail, le texte réécrit par le Conseil d'Etat.

¹⁸⁸ Avis du 12 octobre 2004, doc. parl. n°5132-2 et 3782-1, p. 2 s.

¹⁸⁹ Voir, en ce sens, les commentaires du Conseil d'Etat sub article 61, article 70, article 87, articles 92 à 99, articles 111 à 128, articles 133 à 147.

¹⁹⁰ Doc. parl. n°5132-2 et 3782-1.

¹⁹¹ Cf. rapport de la CIRCO, rédigé par le président-rapporteur P.H. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, p. 8 ; la CIRCO reprend, comme document de travail, le texte réécrit par le Conseil d'Etat.

¹⁹² Avis du 12 octobre 2004, doc. parl. n°5132-2 et 3782-1, p. 2 s.

¹⁹³ Voir, en ce sens, les commentaires du Conseil d'Etat sub article 61, article 70, article 87, articles 92 à 99, articles 111 à 128, articles 133 à 147.

qu'un caractère consultatif » (p. 2). Dans le sillage de cette affirmation, P.H. Meyers affirmait, dans son rapport portant sur le projet de loi n°5132 (rapport adopté à l'unanimité par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle) : « Du point de vue juridique le référendum précité ne peut avoir qu'un caractère consultatif »¹⁹². Or pourquoi le texte de l'article 51 § 7 ne peut-il avoir que cette signification ?

B | Trois justifications de la nature consultative des référendums de l'art. 51 § 7.

Une analyse critique

A la simple lecture du texte, ce sens ne saute pas aux yeux. A l'inverse des articles 35 et 36 de la loi communale de 1988 et à l'inverse d'exemples constitutionnels étrangers¹⁹³, le mot « consultation » ou « consultatif » ne figure pas dans l'article 51 § 7 de la Constitution luxembourgeoise. Une interprétation littérale de ce dernier article plaide, au contraire, ainsi qu'on le verra, pour une thèse adverse. Quelle a été donc la méthode d'interprétation utilisée par le Conseil d'Etat et/ou la Chambre des députés, en 2004-2005, afin d'asseoir l'interprétation actuellement dominante ? Dans les divers écrits et discours de l'époque – dans l'ordre chronologique : l'avis précité du Conseil d'Etat du 12 octobre 2004 ; le rapport rédigé par P.H. Meyers au nom de la CIRCO sur le projet de loi n°5132 datant du 12 janvier 2005¹⁹⁴ ; l'avis, dans un dossier parallèle, du Conseil d'Etat du 18 janvier 2005 sur la définition du corps électoral appelé à un référendum dans le contexte de la procédure d'approbation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe¹⁹⁵ ; le débat en séance plénière de la Chambre des députés du 20 janvier 2005 durant lequel la loi sur le référendum national a été adoptée définitivement –, divers arguments ont été avancés, de façon isolée ou imbriquée, de manière claire ou embryonnaire. A faire le tri, l'on peut dégager trois arguments (1°, 2°, 3°), que je présenterai en allant des arguments faibles à l'argument le plus fort.

1° Un argument ontologique erroné : l'impossibilité des référendums orientatifs d'être décisionnels

Dans ce débat est intervenu de manière latente, embryonnaire, un argument de type ontologique : on pourrait déduire de la nature d'un objet son statut en droit, sans être obligé de devoir se pencher sur les dispositions du droit positif donné (surtout si celles-ci sont ambiguës). Est en cause le concept de « référendum décisionnel ». Selon P.H. Meyers, le référendum est dit décisionnel s'il « entraîne des effets directs » (sous-entendu : sur le droit positif), s'il a des « effets juridiques immédiats »¹⁹⁶. A force d'insister sur le caractère « direct » et « immédiat » des effets juridiques d'un référendum décisionnel, P.H. Meyers semblait ainsi réduire le référendum décisionnel à la seule hypothèse de ce que j'ai appelé, plus haut, la forme forte de la participation populaire à la création de normes (le peuple crée directement une norme primaire, à l'instar d'une loi)¹⁹⁷. Le cas des référendums « orientatifs » (F. Hamon), qu'en Suisse on appelle « *Grundsatzabstimmung* » ou « *Abstimmung über eine allgemeine Anregung* », dans lequel le peuple vote sur un principe qu'ensuite le législateur doit mettre en œuvre par le biais d'une loi (forme faible de participation du peuple à la production des

¹⁹² Rapport de la CIRCO, rédigé par le président-rapporteur P.H. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, spéc. p. 7.

¹⁹³ Belgique : art. 39bis et 41 Const. 1831 (version actuelle) ; « consultations populaires » : Espagne : art. 92 Const. 1978 (« referendum consultivo ») ; Finlande : art. 22a Const. 1919 & art. 53 Const. 2000 (« referendum consultativum ») ; Suède : Instrument of Government 1974, chap. VIII, art. 2 (« consultative referendum ») et art. 16 (« konsultation ») ; Autriche : art. 49b Bundes-Verfassungsgesetz 1920/29 (« Volksbefragung »), par opposition à la « Volksabstimmung » de l'art. 49a ; Burgenland : art. 67 Landesverfassungsgesetz 1981 (« Volksbefragung ») ; Niederösterreich : art. 47a Landesverfassungsgesetz 1979 (« Volksbefragung ») ; Venezuela : art. 71 Const. 1999 (« referendum consultativo »). En revanche, les énoncés constitutionnels établissant des référendums consultatifs sont précisés en Grèce (art. 44 al. 2 Const. 1975) et à Andorre (art. 76 Const. 1993).

¹⁹⁴ Rapport de la CIRCO, rédigé par le président-rapporteur P.H. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, spéc. p. 7 s.

¹⁹⁵ Cet avis avait été demandé au Conseil d'Etat par le gouvernement en dehors de tout projet de loi ou règlement, sur le fondement de l'art. 3 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat. Il n'a jamais été publié, mais il circulait largement en janvier 2005 dans les cercles politiques. Il a été invoqué à de multiples reprises, à titre de justification constitutionnelle, lors du débat parlementaire du 20 janvier 2005.

¹⁹⁶ Rapport de la CIRCO, rédigé par P.H. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, p. 7.

¹⁹⁷ Voir, *supra*, p. 8.

normes), est ainsi exclu, par nature, de la catégorie des référendums décisionnels. Qu'un tel référendum puisse être décisionnel parati, au vu de cette définition, impossible¹⁹⁸. Puisque c'est conceptuellement impossible, le droit positif luxembourgeois (art. 52 al. 7 Const.) n'a pu conférer valeur décisionnelle aux référendums de l'art. 51 § 7 (on présuppose que tous les référendums de l'art. 51 § 7 sont du type « orientatif »).

Or ce raisonnement pêche sur deux points. D'une part, on ne peut déduire du concept de référendum orientatif son statut nécessairement consultatif. Sa valeur dépend, en vérité, du droit positif donné : en Suisse, ce type de référendum est décisionnel alors qu'en droit espagnol il est consultatif. Le concept ne fournit pas la réponse juridique. D'autre part, le postulat que tous les référendums de l'art. 51 § 7 sont du type « orientatif » est faux puisque l'art. 51 § 7 peut être utilisé et a été utilisé (en 1997 et en 2005) pour porter sur un texte juridique entièrement rédigé.

2° Un canon d'interprétation inconnu : le degré de précision exigé des normes constitutionnelles établissant une source du droit

Cet argument a été présenté de manière succincte par le député Paul-Henri Meyers dans son rapport écrit du 12 janvier 2005. Le président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRCo) y distinguait nettement, pour ce qui était de la nature du référendum, entre le référendum de l'art. 114 Const. et celui de l'art. 51 § 7 Const. Si le premier avait valeur décisionnelle, c'était parce que la Constitution, dans son art. 114, l'affirmait de manière claire et nette, le vote populaire se substituant au second vote de la Chambre : en revanche, puisque l'art. 51 § 7 Const. était moins clair, l'ambiguïté jouait en défaveur de la prétention du référendum à être une source de normes juridiques. « La Constitution arête, de façon non équivoque, la procédure de mise en application de normes juridiques sous forme de lois ou de règlements »¹⁹⁹. Sous-entendu : ce n'était pas le cas pour le référendum de l'article 51 § 7. Conclusion : « Du point de vue juridique, le référendum précité ne peut avoir qu'un caractère consultatif » (p. 7). Ce faisant, Meyers arrangeait – il est le seul à le faire – une certaine directive d'interprétation : si le texte constitutionnel (luxembourgeois) crée une source de droit, il le fait de façon non équivoque, à l'instar des articles établissant les sources de droit « loi » ou « règlement ». L'équivoque (le doute !) vaut refus de toute prétention à la qualité de source du droit. Or cet argument est discutable. Existe-t-il, en droit luxembourgeois, une telle directive d'interprétation ? Les spécialistes de la question du/des pouvoir(s) réglementaire(s) ne seront certainement pas d'accord avec l'affirmation selon laquelle la Constitution luxembourgeoise aurait écarté toute ambiguïté en ce domaine. Le spécialiste du *Fürstenerrecht* dira qu'alors même que l'article 3 de la Constitution de 1868 est des plus ambigus concernant la source du droit princier, cette ambiguïté n'a pas joué en défaveur du droit princier. Au contraire, son existence en tant que source autonome est, jusqu'à ce jour, une réalité²⁰⁰. De manière plus générale, en doctrine (luxembourgeoise), il n'y a, à ma connaissance, aucun auteur qui aurait agité de l'existence d'une telle directive d'interprétation en droit positif luxembourgeois. Pris tout seul, cet argument ne saurait convaincre. En revanche, il gagne en crédibilité lorsqu'il est associé à l'argument suivant.

¹⁹⁸ A l'inverse, il semble que le Conseil d'Etat ait bien envisagé, conceptuellement, les deux hypothèses de la forme faible et de la forme forte en tant que référendum décisionnel. Dans son avis du 18 janvier 2005, il a envisagé une ratification « directe ou indirecte » du traité constitutionnel par le peuple. Selon lui, une et l'autre seraient compatibles à la Constitution. « Le résultat de ce dernier [du référendum de l'art. 51 § 7] ne saurait paraitrait juridiquement lier le législateur. Une ratification directe ou indirecte du traité par le peuple s'exprimant par la voie du référendum n'est pas compatible avec la Constitution » (p. 4).

¹⁹⁹ Rapport de la CIRCo, rédigé par Ph. Meyers, du 12 janvier 2005, doc. parl. n°5132-8, spéc. p. 7.

²⁰⁰ A lire le texte brut de l'article 3, il n'est pas évident si la mention du pacte de Nassau de 1783 vaut incorporation de ce texte, désormais figé, dans la Constitution (au sens hiérarchique) ou si cette mention vaut reconnaissance du droit princier en tant que source autonome, « vivante », susceptible de produire de nouvelles normes tout, du reste, le statut au sein de la hiérarchie restant à clarifier. En pratique, nous constatons certes ambiguïté, les auteurs du système juridique luxembourgeois ont reconnu un droit princier le statut le plus avantageux puisqu'ils lui ont reconnu le statut de source autonome (avec rang infra-constitutionnel).

3° L'argument le plus puissant : la lecture de l'art. 51 § 7 Const. à la lumière de l'idéal néo-classique du régime représentatif (art. 51 § 1 Const.)

Le troisième argument est le plus puissant : il s'agit d'une interprétation systématique de l'art. 51 § 7 Const. Plutôt que d'interpréter cet article de manière littérale et isolée (ce sera l'interprétation défendue par le député J.-Y. Henckes), d'en chercher la signification dans les intentions de ses auteurs de 1919 (cet argument ne sera mobilisé par le Conseil d'Etat que dans son avis sur le référendum du 7 juin 2015²⁰¹) ou d'en faire une interprétation dynamique à la lumière de son telos particulier, beaucoup d'acteurs des années 2003-2005, spécialement le Conseil d'Etat, ont remplacé l'article 51 § 7 dans le « système » établi par la Constitution de 1868, telle que modifiée depuis lors. L'art. 51 § 7 a été combiné avec d'autres articles de la Constitution : il a été interprété à la lumière du cadre général (le « système », « l'essence », la « structure ontologique ») fixé dans la Constitution. Quel était ce « cadre » ? Quelle(s) article(s) de la Constitution fixe(n)t cette essence ? A ce propos, il est frappant d'observer que nombre d'acteurs de cette époque se sont référés constamment à un article : l'article 51 § 1 Const. Citons, par exemple, l'avis du Conseil d'Etat du 12 octobre 2004 : « D'après l'article 51, paragraphe 1^{er} de la Constitution, le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire, c'est-à-dire que la Constitution place le gouvernement essentiellement dans le contexte d'une démocratie représentative » (p. 2, italique ajoutée). Repris dans l'avis du Conseil d'Etat du 18 janvier 2005 et par divers orateurs de divers bords politiques lors du débat du 20 janvier 2005 au sein de la Chambre des députés, cet argumentaire peut se décrire en les cinq éléments suivants :

a) Le point de départ du raisonnement : la référence au « système »

La recherche de la réponse de la Constitution ne débute pas avec l'analyse de l'article 51 § 7 Const., mais avec la recherche du « système », de « l'essence » du régime en place. L'article 51 § 7, qui, pourtant, évoque spécifiquement la question du référendum, n'est mentionné qu'en dernier lieu, une fois le système clarifié. Il obtient le sens, la place, qu'il est possible de lui reconnaître (« ce qui reste ») au vu du cadre normatif tracé, étant précisé que le contenu de ce cadre est défini de manière extensive. Ainsi s'explique – ce qui est, pourtant, des plus surprenants – que, lorsqu'il s'agissait de définir la nature du référendum de l'article 51 § 7, divers acteurs (Conseil d'Etat, députés) n'ont pas même pris la peine ni de citer *in extenso* l'article 51 § 7 Const., ni d'en faire une analyse littérale, historique ou téléologique²⁰². Cet article était écarté, marginalisé, par la référence en surplomb de l'idée de régime représentatif qui, par rayonnement, occupe tout l'espace de réflexion.

b) Le système = art. 51 § 1 Const. (« démocratie parlementaire »)

Le « système » établi par la Constitution est défini par la référence au seul article 51 § 1 Const. Est ainsi ignoré, écarté et occulté par ces interprètes l'article 1^{er} de la Constitution qui,

²⁰¹ Voir *infra* note 252.

²⁰² Pour une illustration de ce silence, lire par ex. le rapport de la CIRCo du 12 janvier 2005, doc. 5132-8, rédigé par Ph. Meyers, p. 7. Dans l'avis du Conseil d'Etat du 18 janvier 2005, l'article 51 § 7 a, certes, été cité dès le départ (p. 1), sans aucune analyse, mais, une fois que le Conseil d'Etat a abordé la question de la nature du référendum (parité II, p. 3-4), l'article 51 § 7 est, à peine mentionné. Tout le raisonnement débute avec et est centré sur l'idée de démocratie représentative. Plutôt que de procéder à une analyse littérale objective de l'art. 51 § 7, le Conseil d'Etat a estimé plus approprié de reprocher au consultant de 1919 d'avoir utilisé le terme « référendum » là où il aurait dû employer le terme de « consultation » : « Il faut toutefois reconnaître que la terminologie retenue audit article 51 est impropre. En effet, plutôt que d'employer le terme « référendum », il serait techniquement parlant plus correct de recourir, en l'espèce à la notion de « consultation populaire », suivant en cela d'ailleurs l'exemple concrétisé par l'article 41, alinéa 5 de la Constitution belge » (p. 4). Or, c'est oublier que le Conseil d'Etat, ici, n'était plus dans la phase d'écriture d'un texte où il lui est possible de copier au style rouge les fautes d'expression. Le texte était écrit, le texte était celui du constituant, et il n'apportait pas au Conseil d'Etat, simple pourvoyeur constitué, de résoudre le texte de la Constitution. Au lieu de « réviser », en quelque sorte, le mot « référendum », il aurait été approprié de s'interroger sur les raisons de la présence de ce terme, car c'est bien ce terme, et non celui (bien connu en 1919) de « consultation » qui figure dans le texte de la Constitution. A sa défense, le Conseil d'Etat n'aurait même pas pu dire qu'il visait, de bonne foi, à faire précéder les intentions du constituant sur des formulations « maladroites », car, dans ses avis, il n'a jamais tenté de dépeindre les débats de 1919. Quant à la référence au droit belge, qui a surgi tout à coup ici, et dont la présence n'est pas anodine (si l'on sait le discours extrêmement hostile du droit constitutionnel belge et de la doctrine belge à l'égard du référendum et même d'une simple consultation), elle n'a pas été justifiée par le Conseil d'Etat sur le plan épistémologique. Pourquoi s'être référé ici à la Belgique, et non, par exemple, à la France ou à la Suisse ? Le texte luxembourgeois, pour une fois, n'est pas un copié-collé d'un texte belge.

pourant, a) sur le plan formel est plus exposé (il s'agit de l'article 1^{er} : c'est là, dès le départ, que sont fixées certaines normes structurantes de l'Etat luxembourgeois) ; b) sur le plan chronologique est plus récent (la proclamation du caractère « démocratique » de l'Etat luxembourgeois par l'art. 1^{er} date de 1998 ; l'article 51 § 1 date, lui, de 1948) ; c) sur le fond, est plus généreux et ouvert à l'égard de la démocratie semi-directe (il ne réduit pas la démocratie au parlement).

c) « Démocratie parlementaire » = régime représentatif

L'expression peu fréquente en droit constitutionnel de la « démocratie parlementaire » est définie non pas, comme on aurait pu le penser, à la simple lecture de ce terme, comme la consécration d'un régime démocratique de *type parlementaire* (à l'inverse du système dit présidentiel), mais comme la garantie d'une démocratie *représentative*.²⁰³

d) Régime représentatif = exclusivité du pouvoir des élus (néo-classicisme à la belge)

La consécration de la « démocratie représentative » (art. 51 § 1) est comprise, chez ces interprètes, comme une véritable apologie du système représentatif classique, et ce alors même que l'âge d'or des parlements a cessé depuis longtemps. A lire ces discours patéronymiques du régime représentatif, le lecteur se croit projeté au XIX^e siècle, lorsque les députés et les avocats du parlement ne craignaient point d'affirmer, dans la veine d'un Montesquieu, d'un Burke ou d'un Sleyers, que, faute d'éducation, les citoyens n'étaient capables de rien sauf élire leurs députés, que seuls les députés pouvaient incarner la nation (« le peuple ne peut parler, ne peut agir, que par ses représentants » disait Sleyers le 7 septembre 1789), que les députés n'avaient pas d'ordres ou de directives à recevoir de leurs électeurs²⁰⁴, et que le peuple n'était présent qu'au sein de l'hémicycle parlementaire, et nulle part ailleurs. De nos jours, en France (héritage de de Gaulle, et dans beaucoup d'autres pays (Suisse, USA, Europe centrale et orientale, Amérique latine, etc.), un tel discours serait très fortement critiqué au nom d'un idéal renouvelé de la démocratie.

L'un des rares pays où la doctrine constitutionnaliste maintient, si ce n'est dans les prémisses du moins dans les conclusions, un tel discours est la Belgique, auquel, d'ailleurs, le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 janvier 2005, a fait un renvoi discret, qui n'est pas anodin.²⁰⁵ Si, au Luxembourg, un tel discours a pu également, en certains, se maintenir, c'est sans doute dû davantage à des faits sociaux propres au Luxembourg (une certaine monopolisation du pouvoir entre les mains des élus et des partenaires sociaux) qu'à l'influence belge (celle-ci sert surtout de caution et de renfort intellectuels). La signification profonde, en termes de dogmatique juridique, d'une telle apologie néo-classique des vertus du régime représentatif est qu'en principe le peuple (certes plus éduqué et mûr) n'a aucun mot à dire, hors élections. Le pouvoir de décision reste réservé aux représentants.²⁰⁶ En Belgique, la très large majorité des auteurs et aussi des acteurs (à l'instar du Conseil d'Etat belge, dans ses divers avis) vont jusqu'à considérer que le principe constitutionnel du régime représentatif interdit l'organisation même d'une simple consultation populaire, à l'instar de la fameuse et controversée consultation de 1950 sur la question royale (celle-ci aurait été, en vérité, inconstitutionnelle). L'interdiction vaut, a fortiori, pour l'organisation d'un véritable

²⁰³ Le sens de cette formule avait été très controversé parmi les constituants de 1948. Pour le Conseil d'Etat de l'époque, la formule était creuse et imprecise : elle n'ajoutait rien aux articles déjà existants ; au prix, elle était contraire à la séparation des pouvoirs. Pour le parti socialiste, qui avait été le premier à lancer cette formule dans le débat, l'expression était dirigée davantage contre l'exécutif et ne s'opposait pas à de « multiples contacts » entre la Chambre des députés et le gouvernement. Le parti libéral, qui avait été le premier à proposer pour le parti chrétien social, qui avait repris à son compte cette formule, celle-ci devenait un « principe sacré ». F. Loeschl oppose au référendum, *Op. Comptes rendus des séances de la Chambre des députés, 1947-48*, col. 148, col. 1056 ss. Amexes, n° 18, p. 193 ss, p. 210, p. 238.

²⁰⁴ En droit luxembourgeois, l'article 50 Const., issu du XIX^e siècle, impose aux députés de « voter sans en référer à leurs commettants ». Dans son avis du 13 janvier 2015, le Conseil d'Etat s'est appuyé sur cet article.

²⁰⁵ Cf. supra note 202.

²⁰⁶ Avis du Conseil d'Etat du 18 janvier 2005, p. 4 (italique ajoutée) : « L'approbation des traités ayant ainsi été érigée par le Constituant en matière réservée à la loi, le pouvoir législatif s'est en l'occurrence vu attribuer une compétence retenue qu'il doit directement exercer par le biais de la loi. Il en résulte que dans ce contexte sa décision d'approuver ou non un traité international ne saurait dépendre du sort d'un référendum. Le résultat de ce dernier ne saurait parait juridiquement lier le législateur. Une ratification directe ou indirecte du traité par le peuple s'exprimant par la voie du référendum n'est pas compatible avec la Constitution ».

référendum à valeur décisionnelle²⁰⁷. Si une telle interprétation peut être dominante au sein de la doctrine belge, c'est aussi parce qu'il n'existe, dans le texte de la Constitution belge, aucun article relatif à la démocratie semi-directe au niveau fédéral.²⁰⁸

e) Art. 51 § 7 Const. : une exception à l'interpréter de la manière la plus stricte

En droit luxembourgeois, il existe, à l'inverse du droit belge, cette disposition générale, vaste et vague qu'est l'article 51 § 7 Const. Mais, si on lit cet article à la lumière (brillante) ou, pour mobiliser une autre image, sous le poids écrasant du principe néo-classique du régime représentatif, il va de soi que cet article est un corps étranger. Il est une exception. Or, si un juriste veut interpréter de manière très restrictive une exception, il suffit d'invoquer l'adage latin *exceptio est strictissimae interpretationis* : l'exception est d'interprétation très stricte²⁰⁹. Cela veut dire, dans le cas présent, que, sauf à ce que le texte soit d'une clarté absolue et s'exprime de manière nette et claire en faveur du caractère décisionnel du référendum, une telle anomalie (pour ne pas dire hérésie ou monstruosité) ne saurait se concevoir si le texte est vague et ambigu. Le doute doit jouer en faveur du caractère simplement consultatif. Conclusion : en droit luxembourgeois tel qu'interprété par le discours dominant, le principe néo-classique du régime représentatif n'est pas dominant au point qu'il puisse, comme en Belgique, s'opposer à l'organisation d'une simple consultation populaire, car il existe l'art. 51 § 7 Const. Mais il est suffisamment puissant pour « émasculer » cet article, et lui enlever – au moins en droit – toute pointe dangereuse pour la liberté de décision des élus. Le référendum peut avoir lieu, mais, en vertu de la Constitution, il ne pourra avoir qu'une valeur consultative. La porte ouverte à la démocratie semi-directe qu'est l'art. 51 § 7 est refermée à moitié.

Si l'on décortique ainsi les divers maillons de la thèse dominante qui s'articule, de manière un peu plus explicite, en 2004/2005, l'on voit aussi, du premier coup d'œil, les points faibles de ce raisonnement. Pourquoi faut-il définir l'essence du système en référence à l'article 51 § 1, et non en référence à l'article 1^{er} ? Celui-ci est plus récent que celui-là, et devrait donc refléter davantage l'esprit (l'essence) du système actuel. Pourquoi faut-il supposer que le mot « parlementaire » dans l'article 51 § 1 signifie « représentatif » ? Pourquoi le régime représentatif doit-il être compris non seulement comme une *habilitation* des représentants à exercer le pouvoir au nom du peuple, mais aussi – ce qui ne va pas de soi – comme une *spoliation définitive* des citoyens qui ne pourraient, en aucun cas, se voir rendre par les élus une partie de ce pouvoir ?²¹⁰ Invoquer l'argument de l'indisponibilité des compétences (celles-ci s'exercent, mais ne se délèguent pas) ne conviendrait pas entièrement : cet adage est d'habitude justifié par le souci d'éviter qu'un pouvoir étatique (à l'instar du parlement) ne délègue ses compétences à une autre instance étatique (à l'instar de l'exécutif, démocratiquement moins fiable), alors que le constituant, donc le peuple, a confié cette compétence au premier. L'argument vise donc les rapports entre pouvoirs étatiques, et non le rapport entre ceux-ci et le peuple. De toute manière, même à supposer que ce principe s'applique, il existe l'article 51 § 7 Const. qui déroge à cette logique. Or, pourquoi faut-il interpréter les exceptions de la manière la plus stricte ? Une exception n'est pas forcément une monstruosité qu'il faudrait combattre par tous les moyens (*odiosa sunt restrictiōendā*). Elle peut être l'instrument de l'idéal de justice, l'égalité n'étant pas synonyme d'uniformité. Ne faudrait-il pas dès lors, comme l'ont préconisé depuis longtemps divers scientifiques du droit dont M.A. Mathier de Chassat, Jean Carbonnier, Gérard Cornu, etc.²¹¹, interpréter une

²⁰⁷ Cf. F. Delpeché, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles / Paris, LGDJ / Bruylant, 2000, n°33, n°149 ss, n°323 ; Y. Lelièvre, *Droit constitutionnel belge, Fondements et institutions*, Larcier, 2010, p.335 ss. ; M. Verduyssen (dir.), *La Constitution belge. Lignes et entrelignes*, Le cliv. Bruxelles, 2004, p. 131, sub art. 36 (S. Depret), sub art. 41 (D. Deoni).

²⁰⁸ L. Heuschling, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. Falm-Rouge Stéfani, A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 81 ss.

²⁰⁹ L'institution de la consultation populaire est toutefois admise, par la Constitution belge actuelle, pour ce qui est des niveaux régional, provincial et communal. Cf. les art. 39bis et 41 Const. belge.

²¹⁰ Cf. les propos classiques de R. Carré de Malberg, « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDJ*, 1931, p. 228-233. Luc Frieden, *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20, du 20 janvier 2005, p. 205n, à l'évoque l'hypothèse, mais ne l'a admis que pour une simple consultation. Un référendum décisionnel serait inacceptable sous l'empire de l'art. 51 § 7 tel qu'interprété par le Conseil d'Etat.

exception à la lumière de son telos, ce qui, tantôt autoriserait une interprétation large, tantôt une interprétation restrictive ?

Or ces interrogations ont été et sont à peine effleurées par les défenseurs du discours dominant. Lors du vote de la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national, à l'exception du député J.-Y. Henckes, tous les députés de tous les partis ont repris en chœur le leitmotiv de la valeur exclusivement consultative des référendums organisés sur le fondement de l'art. 51 § 7 Const.²¹²

§ 2 | L'adjonction, en 2005, d'une norme politique à la norme juridique de l'art. 51 § 7

Const.

Le discours dominant tel qu'il a été formalisé au début du XXII^e siècle ne s'est pas arrêté à la thèse juridique de la valeur consultative. Un autre volet (« politique ») s'est ajouté, et ce volet a été le fruit des élus politiques. Il faut à ce sujet, pour éviter toute confusion, distinguer deux types de raisonnement, l'un causal, l'autre normatif. Il est une chose qu'un observateur scientifique d'un système politique donné affirme qu'un référendum consultatif, nonobstant sa valeur juridique nulle, a eu (ou aura) un impact sur le monde politique. Il s'agit d'un raisonnement causal, fondé sur l'observation. A l'inverse, il est autre chose qu'un acteur politique s'engage moralement à respecter, de manière absolue ou à certaines conditions, le résultat d'un référendum simplement consultatif. On assiste alors à la naissance d'une norme, d'une norme politique. C'est ce dernier phénomène qui a eu lieu au Luxembourg au début des années 2000.

A | Sa raison d'être : l'internormativité en tant que réponse au malaise démocratique

Anocrée dans l'art. 51 § 7 Const. par le travail d'interprétation susmentionné, la thèse de la valeur nécessairement consultative du référendum n'en restait pas moins contestable – au moins sur le plan moral. Que le peuple soit appelé à s'exprimer et même, comme dans le cas du Luxembourg, soit obligé de s'exprimer, et que cette expression n'ait en droit que la valeur d'un simple avis n'est pas aisément justifiable en démocratie. Clairement pointé du doigt par les chambres professionnelles, un certain malaise était perceptible en 2005. Y compris du côté des élus politiques (moins du côté du Conseil d'Etat). Les députés devaient en effet, en 2005, « affronter » le regard de leurs électeurs, en leur expliquant et justifiant le caractère simplement consultatif du référendum sur le traité constitutionnel. Or, plutôt que de justifier tel quel, par le droit positif, cette thèse – ce qui aurait exposé les députés, de la part des citoyens, à d'éventuelles questions sur le caractère inadéquat du droit positif –, la totalité des élus, de tous les bords, n'ont cessé de clamer qu'il convenait d'ajouter à la lecture strictement juridique une lecture « politique ».

Pourquoi une telle adjonction ? C'est que la réponse juridique, en soi, pouvait et peut paraître choquante, scandaleuse, à l'aune de l'idéal démocratique. Comme l'a reconnu Alex Bodry, le système luxembourgeois est traversé par une « contradiction » : d'un côté, le vote au référendum est obligatoire sous peine de sanction ; de l'autre, le vote référendaire, en droit, ne vaut qu'un simple avis. Ce serait « e bëssen eng speziell Situatioun »²¹³. Il faut donc adoucir les angles de cette règle juridique très, très stricte, la relativiser, la corriger. Mais, il faut noter que la correction ne se fait pas en droit : rares ont été les députés à réclamer une révision de la Constitution (pour l'essentiel, l'ADR²¹⁴), la plupart se sont tus sur ce sujet ; plus surprenant : d'aucuns ont ouvertement conseillé de modifier sur ce point la Constitution (ce ne serait pas exempté de « risques »²¹⁵). Dès lors, la relativisation de la thèse dominante ne

s'est pas faite en droit : elle se faisait hors du droit, par le biais d'une normativité extra-juridique, d'ordre politique, qui venait s'ajouter à la norme juridique. Un tel phénomène d'articulation complexe de deux types de normes – qu'on peut appeler, avec Jean Carbonnier, une « internormativité »²¹⁶ – est bien connu en science du droit constitutionnel. L'illustration la plus célèbre est la combinaison en Grande-Bretagne entre, d'une part, les normes dites juridiques de la Constitution (donc le droit constitutionnel au sens strict, le « *constitutional law* ») et, d'autre part, les normes non juridiques de la Constitution, une certaine moralité ou éthique constitutionnelle qui, véhiculée et protégée par les usages, est appelée, depuis Dicey, les « *Constitutional Conventions* »²¹⁷. La raison d'être de ces conventions au Royaume-Uni, qui ne sont pas des normes juridiques, est de contribuer à la démocratisation d'un système juridique marqué de l'emprise de la monarchie. Ainsi, par exemple, si, en droit au sens strict, la reine est toujours libre de nommer premier ministre qui elle souhaite, une convention de la Constitution lui impose de nommer le leader du parti qui a gagné les élections.

Cette dualité permet, dans l'histoire, une transition « en douceur » d'un régime à un autre, sans passer par la procédure d'un changement en borne et due forme du droit. Mais elle n'est pas sans inconvénients. 1. Il faut que le contenu de cette règle politique, non écrite, soit clair et admis de tous. 2. Il faut s'assurer que tous les acteurs politiques sortent d'accord de faire prévaloir, le cas échéant, la règle politique (meilleure, plus juste) sur la règle juridique officielle, nonobstant l'idéal de l'Etat de droit, dans lequel c'est le droit, protégé par un juge, qui est censé régner. 3. Pour le citoyen, le système n'est pas parfaitement transparent ni aisément compréhensible car il repose sur une dualité de normativités contradictoires, autrement dit une certaine hypocrisie. Car, si cette règle politique est meilleure, et si, en plus, elle est admise de tous les acteurs de la classe politique, le citoyen n'est-il pas en droit de se demander pourquoi le droit n'a pas été modifié entre-temps ? Pourquoi ne pas transcrire, en droit, cette règle dite « politique », ce qui rendrait le système plus simple et plus lisible ? Quel est l'intérêt de maintenir une telle dualité, voire hypocrisie, d'autant qu'un tel système va à l'encontre de l'idéal de l'Etat de droit ? Une telle dualité peut être utile et acceptable à titre de transition historique. Faut-il, en revanche, l'adopter comme solution définitive ?

B | Un engagement absolu, inconditionné, des élus à respecter l'avis du peuple

Au Luxembourg, le discours internormatif a abouti en 2005 à la cristallisation d'une norme politique qui se définissait par quatre critères : 1. Un objet précis : si, en droit, le référendum de l'art. 51 § 7 Const. était seulement et nécessairement consultatif, du point de vue politique il liait les élus. 2. Un fondement axiologique incontestable : un tel respect à l'égard de l'avis du peuple allait de soi dans une démocratie : cela relevait de l'évidence (comme le disait Colette Flesch : c'était « *douds'écher* », la subordination des élus à la volonté du peuple était aussi certaine que la mort²¹⁸). 3. Un ancrage social indiscuté : cette norme politique faisait l'objet alors d'un consensus entre tous les partis (CSV, LSAP, DP, ADR, Verts) et toutes les institutions (Chambre des députés, gouvernement, Conseil d'Etat). Il n'y avait qu'une seule voix discordante : celle du député ADR J.-Y. Henckes, qui réfutait cette double lecture. 4. Sa portée absolue, inconditionnelle : le résultat du vote populaire liait les élus même lorsque le peuple, au référendum, s'était prononcé à la majorité simple, et que les élus, lors d'une étape parlementaire ultérieure, devaient statuer à leur tour sur cette mesure à la

Character 'ze gin ». Les raisons de cette position n'ont pas été clarifiées. La position souffre d'incohérence : pourquoi refuser en droit ce qui est, concédé absolument, sans conditions, au niveau de la normativité politique ? Voir aussi, *ibid.*, p. 203, la position de Félix Braz (Les Verts) qui présentait, de lege ferenda, de rendre le référendum tantôt décisionnel, tantôt consultatif, en fonction de la « matière », sans toutefois préciser ce critère.

²¹⁶ J. Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité » (1977) repris dans *Id., Essais sur les lois*, 2e éd., Paris, Hébertot du nothata Dehors, 1995.

²¹⁷ La conceptualisation classique du terme de « Constitutional Convention » remonte à Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1^{er} éd. 1885, 8e éd. 1915, voir la rééd. de la 8e éd., Liberty Fund, Indianapolis, 1982). Pour la littérature ultérieure, cf. G. Marshall, *Constitutional Conventions*, Oxford, Clarendon, 1986 ; P. Avril, *Les conventions de la Constitution*, Paris, Puf, 1997 et la synthèse récente du débat chez P. Avril, « Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution », in M. Troper, D. Chagniolaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 375 ss.

²¹⁸ Voir citation *infra* note 224.

²¹¹ H. Heuschling, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », *op. cit.*, p. 83 ; F. Laurquin-de Visser, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruyant, 1991, p. 42 ss, p. 90 ss.

²¹² *Une Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20, du 20 janvier 2005, p. 199 (P.H. Meyers, CSV), p. 200 (F. Meinen, ADR, qui a consacré cette interprétation sur le plan politique, mais non sur le plan juridique), p. 200 s (C. Flesch, DP), p. 201 s (A. Bodry, LSAP), p. 203 (F. Braz, Les Verts), p. 205 (L. Frieden, ministre de la Justice, CSV).

²¹³ *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20, du 20 janvier 2005, p. 202.

²¹⁴ Voir supra note 148 et *infra* p. 46.

²¹⁵ A. Bodry, *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20, du 20 janvier 2005, p. 202 ; « Duerfir géif ech jurestesch soan, ass et riskant an alle Froe wälen engem Referendum e bannende

majorité des deux tiers. Le respect n'était conditionné ni à un quorum de participation, ni à un certain niveau de vote majoritaire du peuple, ni à la nature de la question soumise au peuple²¹⁹.

Le discours internormatif a pris forme, d'une part, à l'occasion de l'adoption de la loi du 4 février 2005 définissant le régime général des référendums et, d'autre part, avant et après le référendum du 10 juillet 2005 portant sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Si le discours était présent encore de manière embryonnaire dans les débats sur le nouvel art. 114 Const, il a été clairement articulé lors du débat suivant, celui sur la loi du 4 février 2005. Dans le rapport de la CIRQ du 12 janvier 2005 rédigé par P.H. Meyers, ce dernier affirmait dès le départ qu'il fallait, à propos de l'art. 51 § 7, distinguer deux niveaux d'analyse : « Pour le référendum prévu à l'article 51, paragraphe 7, de la Constitution, il convient de distinguer entre les effets à caractère juridique et les effets d'ordre politique »²²⁰. Si le droit autorisait le législateur à ne pas tenir compte du vote populaire, sur le plan politique, la liberté de ce dernier se réduisait : « Il ne fait pas de doute qu'un référendum à caractère consultatif ne manquera pas, au-delà du résultat direct, d'amener les pouvoirs constitués et les partis politiques à tirer les conclusions qui se dégagent de la consultation populaire et à tenir compte, dans leurs décisions, de la volonté exprimée par une majorité d'électeurs »²²¹. Le propos était prudent, alarmique : que voulait dire « tenir compte » ? Suffisait-il, à la Chambre, de mentionner le vote populaire, de le discuter pour que, ensuite, elle aurait pu faire comme elle l'entendait ? Et que voulait dire « sur le plan politique » : était-ce un argument normatif (agir à l'encontre du vote populaire était contraire à l'idéal philosophique, moral, de la démocratie : était en cause donc une norme non-juridique, voire supra-positive) ou était-ce un argument d'ordre sociologique, donc causal ('l'élu qui oseait contredire le résultat d'un référendum risquerait d'être stigmatisé par l'opinion publique et de ne plus être réélu) ? Par la suite, le discours s'est renforcé, clarifié : tenir compte voulait dire, en vérité, respecter. Cela relevait de l'évidence. Citons par exemple, lors du débat en séance plénière du 20 janvier 2005, le propos du ministre de la Justice, Luc Frieden (CSV) : « En droit ass fir d'Regierung de Referendum konsultativer Natur. Politesch huei et selbsterständlech zur Konsequenz, datt dat, wat d'Vollek a senger Mäorität ausdreckt vun deenen, déi vun Vollek gewielt ginn, och respektéiert gëtt »²²². On notera en passant, qu'aux yeux de L. Frieden, les effets dits « politiques » du référendum n'incluaient nullement, en cas de vote négatif, pour le gouvernement, l'obligation de démissionner – le précédent historique posé par J. Bech en 1937 n'est pas un précédent au sens normatif – ou, pour le chef de l'Etat, l'obligation de dissoudre la Chambre des députés. On retrouve absolument le même son de cloche du côté du ADR (Robert Mehlen²²³), du parti libéral (Collette Flesch²²⁴) et du LSAP (Alex Bodry : « Mä politesch ass ee selbsterständlech gebonnen un dat, wat d'Vollek direkt decidéiert »²²⁵).

Par la suite, le discours de l'internormativité a été repris, accentué et même éprouvé dans le contexte du référendum du 10 juillet 2005. A cette occasion, le débat a été enrichi d'une nouvelle facette. Le référendum a eu lieu en effet dans un cadre juridique particulier : en vertu de l'article 37 al. 2 de la Constitution²²⁶, la loi d'approbation du traité devait être adoptée par

²¹⁹ En 2005, le référendum portait sur un texte précis, le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Mais, en 2006, aucun des acteurs n'a argué que le respect dû à l'avis du peuple se limitait au cas où le peuple statuaient sur un texte juridique précis, et non sur un principe, une idée générale. Voir aussi *infra* note 254.

²²⁰ Rapport de la CIRQ, rédigé par le président-rapporteur P.H. Meyers (CSV), du 12 janvier 2005, doc. parl., n°5132-8, p. 7.

²²¹ *Ibid.*, spéc., p. 8.

²²² *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20, du 20 janvier 2005, p. 205.

²²³ *Ibid.*, p. 200 : « Wann d'Vollek an enger Fro e klare Wonsch ausdreckt, da ka de Léigstatur sech deem schwelléicht verschliessen ».

²²⁴ *Ibid.*, p. 201 : « Wann e Referendum stattfëmt, och wann e nëmme konsultatif ass, an e geet an eng Richtung, déi eng aner ass wéi d'Regierung oder Regierung a Chamber wolleen aschloen, dann ass et doudsecher schwelléier, sech deene Konkliisionen ze entziehen ».

²²⁵ *Ibid.*, p. 202.

²²⁶ Art. 37 al. 2 Const. : « Les traités visés au Chapitre III, § 4, art. 49bis, sont approuvés par une loi votée dans les conditions de l'article 114, alinéa 2 ».

la Chambre des députés à la majorité qualifiée des deux tiers de ses membres. En revanche, au niveau du référendum, en vertu de l'article 58 de la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national²²⁷, le vote « favorable » était acquis dès lors que le nombre de « oui » l'emportait sur le nombre de « non ». Il fallait donc une majorité absolue si l'on calcule, comme le fait la loi, par rapport aux *bulletins valides*, dont sont exclus les bulletins nuls et blancs. En revanche, si l'on raisonne par rapport à l'ensemble des personnes qui ont déposé un bulletin dans l'urne (*les votants*), on dira qu'une majorité simple ou relative suffit. Sur le plan procédural, chronologique, les autorités publiques avaient retenu en 2005 l'articulation suivante entre le vote parlementaire et le vote populaire : la Chambre avait d'abord, lors d'un premier vote le 28 juin 2005, adopté la loi autorisant la ratification du traité à la majorité des deux tiers (il y eut 55 voix en faveur) ; à cette occasion, la dispense du second vote ne fut pas demandée. Des lors s'ouvrait, en vertu de l'article 59 Const., la période d'au moins trois mois séparant le premier vote du second vote (celui-ci eut lieu le 25 octobre 2005), période durant laquelle le référendum a pu être organisé le 10 juillet 2005. Or quelle devait être l'attitude des députés lors du second vote ? Si le vote populaire était favorable, les députés devaient-ils, à la majorité des deux tiers, approuver le traité ? Si, à l'inverse, le vote populaire était défavorable, les députés devaient-ils à leur tour rejeter le traité ou, à tout le moins, renoncer au second vote ? Les députés devaient-ils, lors de ce second vote, tenir compte de la taille de l'écart entre le oui et le non, ou entre le non et le oui ?

Cette dernière question ne fut jamais soulevée, ni, par conséquent, problématisée à l'époque. Conclusion : dans l'esprit des acteurs de 2005, l'écart entre les deux règles de majorité (majorité simple au niveau du peuple, majorité des deux tiers au niveau du vote parlementaire) ne devait pas avoir d'incidence sur la norme politique du respect dû à l'avis du peuple. Le respect était absolu, inconditionnel. En effet, mis à part un seul député – Jacques-Yves Henkes, du ADR, qui, à diverses occasions, a réfuté le principe même de cette double lecture –, tous les acteurs, d'une seule voix, n'ont cessé d'affirmer haut et fort à destination du public que, si en droit strict le référendum était consultatif, sur le plan politique il allait de soi que les députés devaient « respecter » la volonté (le « verdict ») du peuple « souverain ». Cela relevait, encore et toujours, de « l'évidence »²²⁸, d'une évidence qui ne connaissait ni nuances, ni restrictions. La différence des majorités n'a été thématisée par aucun des acteurs impliqués. La normativité dite « politique » était nette et tranchante : la majorité des deux tiers des députés devait se plier à la volonté du peuple, fût-elle exprimée à la majorité simple. Uniforme, répétitif au point d'être lassant, ce discours s'est retrouvé sous la plume du gouvernement²²⁹, dans le rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle²³⁰, dans une résolution de la Chambre des députés soumise par les chefs de toutes les fractions et adoptée à l'unanimité des 60 voix le 8 juin 2005²³¹, dans l'avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2005²³², dans le débat en séance plénière du 12 avril 2005, lorsqu'a été adoptée à l'unanimité des 60 voix la loi du 14 avril 2005 portant organisation

²²⁷ Art. 58 al. 4 et 5 de la loi du 4 février 2005 : « Le référendum a abouti lorsqu'une majorité des électeurs ayant émis un bulletin valable se sont exprimés en faveur du texte soumis au référendum. Sont valables les bulletins ayant exprimé une vote affirmatif ou un vote négatif. Les bulletins nuls et blancs ne sont pas pris en compte ».

²²⁸ Cf. les discours de P.H. Meyers, A. Bodry et F. Braz, *Compte rendu*, 2004-2005, 29^e séance du 12 avril 2005, p. 306, p. 307 et p. 308.

²²⁹ Cf. sa déclaration du 4 août 2004 (« Le résultat du référendum sera obligatoire »), cité par le rapport de la CIRQ du 24 mars 2005 sur le projet de loi portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, doc. parl., n°5443-3, p. 2.

²³⁰ Cf. le rapport, adopté à l'unanimité, et rédigé par P.H. Meyers, de la CIRQ du 24 mars 2005 sur le projet de loi portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, doc. parl., n°5443-3, p. 2 ; Au plan politique, « les pouvoirs politiques ne peuvent pas ne pas respecter le résultat du référendum ».

²³¹ *Compte rendu*, 2004-2005, séance du 8 juin 2005, p. 416-418 : « La Chambre des Députés – considérant qu'elle procédera le 28 juin 2005 au premier vote du projet de loi portant approbation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ; – considérant que ce Traité sera soumis à référendum le 10 juillet 2005 ; – soucieuse de respecter la volonté populaire telle qu'elle s'exprimera dans cette consultation, décide de ne procéder au second vote constitutionnel qu'en cas d'approbation populaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ».

²³² Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 2005 sur le projet de loi portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, doc. parl., n°5443-2, p. 2 : « Si le référendum n'a, du point de vue juridique, qu'un caractère consultatif, le législateur se sentira néanmoins politiquement lié par le verdict populaire ».

d'un référendum national sur le Traité établissant une constitution pour l'Europe²³³, sans oublier *in fine* les discours tenus au cours de la campagne référendaire.

Le même discours a été réitéré au lendemain du référendum, lorsque la Chambre a procédé au second vote constitutionnel pour approuver définitivement la loi autorisant la ratification du traité constitutionnel. Le débat n'était pas sans piquant : entre-temps, il était devenu clair que, comme tenu du résultat négatif des référendums en France et aux Pays-Bas, le traité constitutionnel n'allait pas entrer en vigueur. En outre, si le « oui » l'avait emporté dans le référendum au Luxembourg (56,52 % pour le oui, 43,48 % pour le non), il l'avait emporté à une majorité souvent jugée assez courte dans le contexte luxembourgeois (mais assez confortable à l'aune des résultats habituels à l'étranger). En particulier, dans le sud, le non l'avait emporté dans certains bastions du LSAP ce qui amena une députée socialiste de cette circonscription, Vera Spautz, à s'interroger à haute voix si les députés élus dans le sud ne devaient pas repenser leur attitude face au traité lors du second vote sur la loi d'approbation²³⁴. Or, une telle option a été radicalement rejetée lors du débat parlementaire précédant le second vote, le 25 octobre 2005. Pour le CSV, Michel Wolter s'est contenté d'affirmer : « De Wieler, de Bierger huet den 10. Juli seng souverän Dëcision geholl, an deemmo huet mer elo den zweete parlamentaresche Vote Iwwert d'Paritifikationsgesetz »²³⁵. De même le député libéral Charles Goerens s'est dit surpris par l'idée – la « provocation » – de Vera Spautz. Il l'a rejetée d'un revers de main, en estimant que cette question était réglée en vertu des engagements pris préalablement (« Ech hat gemengt, déi Fro wier gekläert »²³⁶). La même position a été défendue par le LSAP. Alors même que l'engagement pro-européen du parti socialiste avait été désavoué par nombre de ses électeurs, Alex Bodry déclara : « Mir unerkennen a respektéieren selwvstständlech och déi souverän Entschuedung vum Lëtzebuenger Wieler, wäi mer dat am Virfeld och hei an der Chamber ugëkënnegt hassen »²³⁷. Chez les Verts, François Bausch réfuta, point par point, l'interrogation de Vera Spautz²³⁸ et énonça que si l'on voulait maintenir la crédibilité de l'institution du référendum, il fallait, en tant que député, se soumettre, même si l'issue du vote populaire allait à l'encontre de ses opinions personnelles (c'était le cas de l'un des députés verts) ou à l'encontre de la ligne politique du parti (était visé ici le ADR)²³⁹.

La position de ce dernier parti était particulièrement attendue en 2005 : d'un côté, le ADR n'avait eu de cesse dans le passé de se faire l'avocat de la démocratie directe ; de l'autre, il a été partisan du « non » durant la campagne sur le traité constitutionnel. Des tensions internes étaient apparues. Or, à travers la voix de Gast Gibéryen, la fraction du ADR confirma le principe de sa soumission à la volonté de la majorité du peuple : « Den ADR war fir den Neen an den ADR steet och haut nach zu engem Neen zu deem Traité, mä den ADR huet gessot e géif och, an dat war vun Ufank un eis Meenung, de Wielwéille respektéieren, wat d'Vollek souverän a gehelme Wahlen decidéiert, a wann d'Vollek mat Jo géif stëmmen, da géit mir och den Traité ratifizéieren, a wann et Nee wier, da géit en net ratifizéiert ginn »²⁴⁰. Il réitéra aussi, à cette occasion, sa critique de cette « farce » qu'était le référendum à valeur consultative et proposa à nouveau de modifier sur ce point la Constitution. Au final, le traité a été adopté, en second vote, par 57 voix pour (dont Vera Spautz et quatre députés du ADR), 1

²³³ Compte rendu, 2004-2005, 29e séance du 12 avril 2005, p. 306 ss.

²³⁴ Lire l'interview de Vera Spautz dans *Forum*, octobre 2005, n°250, p. 9.

²³⁵ *Compte rendu*, 2005-2006, 5e séance du 25 octobre 2005, p. 32.

²³⁶ *Ibid.*, p. 34.

²³⁷ *Ibid.*, p. 34.

²³⁸ Voir le discours de F. Bausch, *ibid.*, p. 35 et p. 36 : « De Referendum huet eigenlech d'Logik vun engem eierzäme Wahlrecht. De Referendum huet mä d'Logik vum de Bezieker. Beim Referendum stëmmt dat ganz Volk of Iwwer eng Fro, mä Jo oder Neen, an darn ass d'Resultat wäit an un enno ass. Wann et Jo ass, dann ass eis Fraktion der Meenung, da muss een dat respektéieren. Wann et Neen ass, da muss ee selwvstständlech den Nee respektéieren an dann ass deen Text fort. An dat war och d'Logik an dat mer eis zu Recht jo engagéiert hassen ».

²³⁹ *Ibid.*, p. 36 : « Wa mer hei de Wielwéille wëllen eesscht huelen a wa mer gäre vun allem hassen, an dat ass dat Wichtigst, dat Referendum an Zukunft nach fir zwee Sou solle séit geholl ginn, da muss mer dat respektéieren wat etatskint, och wann et eis net gefällt ».

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 36.

voix contre (le député Aly Jaerling, ADR) et aucune abstention²⁴¹. La règle politique du respect absolu de la volonté du peuple s'est donc imposée en l'espèce.

Section 3 – Une nouvelle interprétation minoritaire de l'art. 51 § 7 Const. : le discours en 2005 du député J.-Y. Henckes

Pour être complet dans ce récit historiographique, au titre de la période 2001-2005, il faut noter enfin que le discours de l'interrompabilité a été contesté en 2005 par un député en sa facette juridique, à savoir l'interprétation, en droit, de l'art. 51 § 7 Const. Bien qu'ignorée par tous les autres acteurs (le Conseil d'Etat, les autres partis), à l'époque et encore de nos jours, cette interprétation alternative n'était pas, et n'est pas, dépourvue de sens. Elle a été défendue par Jacques-Yves Henckes, député affilié au ADR et membre de la CIRG, qui l'a présentée en public lors de la séance du 20 janvier 2005. Il y est revenu lors du débat du 12 avril 2005 sur le projet de loi organisant le référendum sur le traité constitutionnel de l'Europe²⁴².

J.-Y. Henckes s'est inscrit en faux contre la thèse dominante en en soulignant l'absurdité, absurcité que, du reste, nombre des orateurs précédents avaient admise, du moins du bout des lèvres. Evoquant le cas du futur référendum sur le traité constitutionnel, J.-Y. Henckes s'insurgea : « Desto méi muss en [le référendum] décisionnel sinn, muss e legislativ Charakter hunn, wann eng Wahlpflicht besteet. Wann een d'Leit, d'Bierger opfuerdert an d'Wahllokaler ze goen, séch e ganze Suet duerchzekucken, déi 821 Sätten vun engem Traité constitutionnel theoretesch zu Gemitt ze féieren, da kann een hinnen net soen : Dir musst stëmmen goen, ma deen Abblack wou mer d'Resultat hunn a wann et par impossible negativ ass, da këme mer awer nach maache wäi mer wëllen hei an der Chamber. Ech mengen, dat kann et doch net sinn ! Dat ass eppes, wou mir en totalen Désaccord mat der Majorität hunn, a mir tuender jidferen hei op endlech d'Konstitution richteig auszeleeen (...) »²⁴³. Selon le député, l'idée même de démocratie exigeait de reconnaître la valeur décisionnelle du référendum. Sur ce point, J.-Y. Henckes a, non sans malice, invoqué à son compte l'avis du Conseil d'Etat du 25 février 2003, dans lequel, à propos de la réforme de l'article 114 Const., le Conseil d'Etat s'était opposé à ce que l'on réduise la valeur du référendum à une simple consultation. Dans cet avis, et à l'inverse de son avis ultérieur du 12 janvier 2004 sur la loi organisant le régime général du référendum, le Conseil d'Etat n'avait pas hésité à dénoncer, sous des termes feutrés mais fermes, l'hyocrisie des politiciens qui, tout en affichant leur volonté de faire participer davantage les citoyens, organisaient une véritable mise sous tutelle : « Dans une telle approche [celle préconisée par le gouvernement qui souhaitait rendre le référendum consultatif dans tous les cas de figure], on mettrait sous tutelle l'électeur auquel on [le gouvernement] entend restituer une partie des pouvoirs qui sont à la base même de la démocratie »²⁴⁴. Pourtant, en 2005, c'est ce qui fut acté, suite notamment à l'intervention du Conseil d'Etat, à travers l'interprétation dominante de l'art. 51 § 7 Const.

Or, selon J.-Y. Henckes, l'article 51 § 7 pouvait et devrait faire l'objet d'une autre lecture. Elle le pouvait parce que, selon lui, les termes mêmes de l'article 51 § 7 l'autorisaient. Henckes a procédé à une interprétation littérale des termes de l'article 51 § 7 à laquelle, mis à part Majerus, nul n'avait pensé jusqu' alors. J.-Y. Henckes a commencé par analyser le sens de l'expression centrale « se prononcer ». Quelle en était la signification ? Le député s'est félicité, sur ce point, au dictionnaire français Larousse. Il n'en a pas indiqué la date, mais l'on peut imaginer qu'il s'agissait d'une édition datant, non pas de l'époque d'avant 1919, lorsqu'a été rédigé cet article, mais de l'époque dans laquelle se situait Henckes, donc les années 2000. Selon le Larousse de cette époque, le mot « se prononcer » pouvait, selon les contextes, avoir plusieurs significations qui renvoyaient tantôt à l'idée de décision, tantôt à

²⁴¹ La loi fut promulguée le 25 novembre 2005 et publiée au *Mémorial A* le 9 décembre 2005, n°197, p. 3170.

²⁴² *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, 2004-2005, 29e séance, 12 avril 2005, p. 309. Comme, à cette occasion, J.-Y. Henckes n'a fait que reprendre les éléments déjà développés lors de son discours du 20 janvier 2005, l'analyse qui suit se focalise sur le premier discours.

²⁴³ *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés*, séance n°20 du 20 janvier 2005, p. 204.

²⁴⁴ *Avis du Conseil d'Etat* du 25 février 2003, doc. parl. n°4765-2, p. 2.

l'idée de consultation²⁴⁵. Pour J.-Y. Henckes, il en découle que le mot « se prononcer », tel qu'inscrit en 1919 dans le texte de la Constitution luxembourgeoise, avait ces deux sens. Sur quoi J.-Y. Henckes s'est-il fondé pour affirmer cette thèse ? Après tout, si cette expression peut, selon les usages, véhiculer tantôt l'idée de consultation, tantôt l'idée de décision, et si nous admettons que telle fut également la signification de cette expression en 1919 (J.-Y. Henckes n'a pas insisté sur ce point²⁴⁶), il est logiquement concevable que les auteurs de l'article de la Constitution luxembourgeoise aient retenu en l'espèce : soit le seul sens de « consultation » (solution n°1), soit le seul sens de « décision » (solution n°2), soit les deux à la fois (solution n°3). J.-Y. Henckes n'a pas évoqué cette complexité. Pour lui, les choses sont claires : le constituant de 1919 a retenu la solution n°3. « Dat ass esou gewoill vun deene Leit, déi mat ganz vill Wälsheet des Konstitutioun ausgeschafft hunn »²⁴⁷. Là encore les intentions du constituant de 1919 ont été invoquées sans aucune preuve historique. Quoi qu'il en soit, aux yeux de J.-Y. Henckes, l'interprétation du Conseil d'Etat et de tous les autres acteurs politiques était « falsch », erronée²⁴⁸.

Selon lui, l'article 51 § 7 comportait deux régimes. Plus exactement, selon lui, l'article 51 § 7 Const. imposait, selon les cas de figure, l'un ou l'autre des deux régimes : si le référendum portait sur un texte juridique précis (entièrement rédigé en vue d'une entrée en vigueur immédiate, à l'instar du texte d'une loi ou d'un traité), le vote populaire aurait nécessairement, en vertu de l'article 51, valeur décisionnelle. Si, en revanche, il s'agissait d'un référendum qui ne portait pas sur un tel texte, mais – on l'imagine – sur une simple idée, un principe (J.-Y. Henckes est resté assez flou sur l'objet de cette alternative), l'article 51 § 7 Const. imposerait au législateur la solution d'un simple référendum à valeur consultative. On aura donc noté que, dans ce système, le législateur ne peut pas choisir, à sa guise, entre l'option « décisionnel » et l'option « consultatif » : c'est la nature de la question posée qui appelle obligatoirement, en vertu de la Constitution, l'une des deux réponses. J.-Y. Henckes a mobilisé ici un argument ontologique (un référendum sur un principe ne peut, par nature, être décisionnel) qui, en vérité, comme il a été démontré²⁴⁹, est infondé.

Conclusion : présent & avenir

La suite de l'histoire – notre actualité – est bien connue. En 2014, le signataire de ces lignes a proposé encore une autre lecture de l'art. 51 § 7 Const., selon laquelle, au vu d'une interprétation à la fois littérale et systématique (s'appuyant non pas sur l'art. 51 § 1, mais sur l'article 1^{er} Const.), tous les référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const. sont obligatoirement, depuis l'adoption en 1998 de l'art. 1^{er} Const., de nature décisionnelle²⁵⁰. En même temps, le discours dominant a été à la fois consolidé et ébranlé. Sa caractéristique a été réaffirmée par tous les acteurs politiques dans le cadre de l'adoption de la loi du 27 février 2015 organisant le futur référendum du 7 juin 2015. Elle a été réaffirmée également, et surtout, par cet acteur clé qu'est le Conseil d'Etat (Inl-expert, mi-organe politique). Dans son avis du 13 janvier 2015²⁵¹, non seulement il a défendu à nouveau le paradigme de la « démocratie parlementaire », sans tenir compte de l'art. 1^{er} Const. mais, en outre, il a cherché à associer plus fermement le discours dominant, en mobilisant à cet effet l'histoire. Or « l'histoire » exposée s'est réduite à une vision tronquée. Le Conseil d'Etat n'a cité que

²⁴⁵ *Compte rendu*, séance n°20 du 20 janvier 2005, p. 204. Voir, par ex. *Le petit Larousse*, 2006, V^o « prononcer (se -) », p. 871 ; « 1. Exprimer nettement une opinion sur qqch. ; 2. Choisir tel parti, se décider ».

²⁴⁶ Cette diversité de significations était déjà présente au début du 20^e siècle lorsque le constituant luxembourgeois a adopté l'article 52. A titre historique, voir, par ex. E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, t. 3, 1874, p. 1350 ; *Dictionnaire de l'Académie française*, 7^e éd., Paris, Fournier-Didou, 1878, vol. 2, p. 520. Ces anciens dictionnaires sont disponibles sur le site <http://gallica.bnf.fr/>.

²⁴⁷ *Compte rendu*, séance n°20 du 20 janvier 2005, p. 204.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Voir supra p. 37 s. et p. 7 ss.

²⁵⁰ L. Heuschling, « Illégal ? Consultatif ? Deux questions juridiques à propos du premier référendum constituant », *Forum*, n°345, novembre 2014, p. 10 s.

²⁵¹ Avis du Conseil d'Etat du 13 janvier 2015 relatif à la proposition de loi portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution, doc. parl. n°6738-1.

certaines avis antérieurs du Conseil d'Etat en remontant tout au plus jusqu'à l'année 1937 (1919, curieusement, n'a pas été évoqué). Il s'est reté aux intentions du constituant de 1919, qui se serait contentés de consolider / constitutionnaliser la pratique luxembourgeoise antérieure de la consultation populaire (la logique de la Constitution-trésor)²⁵², sans pour autant étudier les débats parlementaires de cette époque. Toutes les lectures alternatives de l'art. 52 al. 7 / 51 § 7 Const., pourtant nombreuses au cours de l'histoire – celle de Bech en 1919, celle de Clemens en 1935, celle d'Alex Bonn en 1968, celle défendue par l'association Direkt Demokratie dans les années 1990, celle de J.-Y. Henckes en 2005, la mienne en 2014 – ont été systématiquement tuées. C'est peu conforme à l'esprit d'une culture juridique post-moderne, c'est-à-dire pluraliste et dialogique²⁵³. Surtout : un tel manquement des thèses adverses est incompatible avec les règles déontologiques élémentaires que l'on est en droit d'attendre d'un « expert » (une telle posture serait inadmissible en science juridique).

Si la facette juridique du discours dominant a ainsi été réaffirmée, sa facette politique, en revanche, est entrée en crise. L'ancien consensus de 2005 autour de cette norme politique du respect (inconditionnel) des élus à l'égard du résultat d'une votation populaire s'est désagrégé, soit qu'il est simplement ignoré, soit qu'il est relativisé par l'introduction de conditions jusque-là inconnues²⁵⁴. L'avenir dira si le référendum du 7 juin 2015 fera totalement voler en éclat le discours internormatif, ce qui ne sera pas sans dommages collatéraux pour la démocratie représentative. Dans ce cas, et même en l'absence de toute crise post-7 juin, il serait recommandable de revoir, en droit, par une norme juridique (et non par le truchement de quelque norme politique, qui risque toujours de s'avérer être une béquille plus ou moins chancelante), la question des effets juridiques du référendum de l'art. 51 § 7 Const.

Non seulement, dans une démocratie, la volonté du peuple mérite de voir le statut de sa volonté clarifié, sans ambiguïté, dans le texte de la Constitution, mais en outre, sur le fond, il n'est pas certain que le peuple luxembourgeois – celui dont on vante la sagesse de ses « avis » de 1919, de 1937, de 2005, sans oublier 1941 – soit entièrement satisfait de la règle actuelle de la valeur exclusivement consultative des référendums de l'art. 51 § 7²⁵⁵. De ce point de vue, l'actuelle réforme de la Constitution se prête idéalement à écrire une nouvelle et autre page de notre histoire constitutionnelle. Encore faut-il se saisir de cette occasion...²⁵⁶

²⁵² *Ibid.*, p. 2. « Le référendum a été introduit dans la Constitution en 1919 en tant qu'instrument mis à la disposition de la Chambre des députés pour consulter les électeurs, sans toutefois permettre à celle-ci de se décharger de ses propres prérogatives constitutionnelles ».

²⁵³ Cf. L. Heuschling, « Débats et non-débats constitutionnels au Luxembourg. Une topologie critique », *Forum*, n°321, sept. 2012, p. 39 ss. avec les références notamment à la thèse de Peter Häbeler sur le pluralisme des interprétations de la Constitution.

²⁵⁴ Il en est ainsi de l'innovation, par certains membres de l'opposition, de l'écart entre les règles de majorité (majorité simple pour le référendum, majorité des deux tiers au niveau de la Chambre des députés en cas de révision de la Constitution). Récemment, dans une interview donnée le 6 mars 2015 à la radio 100,7, le chef de la fraction du CSV, Claude Wiseler a voulu recadrer le champ d'application du discours internormatif de 2005 en estimant que cette norme politique ne valait, à l'époque, que pour des référendums portant sur des textes juridiques précis (à l'instar du traité constitutionnel). Or, en 2005, la norme politique a été définie déjà à l'occasion du débat sur la loi générale du 4 février 2005 : son champ d'application englobait dès lors tous les référendums, y compris ceux portant sur de simples principes (à l'instar du référendum de 2015).

²⁵⁵ Lors d'un récent sondage (*Tageblat*, 24 octobre 2014, p. 9), plus de 62,1% des citoyens luxembourgeois interrogés ont estimé qu'en démocratie, le résultat d'un référendum devait lier les élus et le gouvernement.

²⁵⁶ Ce qui est proposé actuellement dans le texte de la nouvelle Constitution (art. 76 : « La Chambre des députés peut décider d'avoir recours au référendum dans les cas, sous les conditions et avec les effets à déterminer par la loi ») est loin de répondre à cette attente. Pour le texte intégral, cf. www.referendum.lu