

Sources du droit

L'examen des sources et méthodes du droit est un programme bien trop ambitieux, du moins pour les besoins du droit luxembourgeois... sans qu'il soit certain, au demeurant, que le droit français – référence naturelle pour les juristes luxembourgeois et particulièrement appropriée dans un ouvrage publié sous les auspices de l'Association Capitant – fasse meilleure figure en la matière. La notion de « sources du droit » a toujours été évoquée : invite-t-elle à une approche sociologique, à une approche normativiste, ou à un compromis entre les deux ? S'agissant par ailleurs des méthodes, il n'y a pas plus de *Methodenlehre* systématique, ou du moins systématiquement respectée, en droit luxembourgeois qu'en droit français. Nous nous contenterons donc d'un exposé de la hiérarchie des normes de droit interne, y compris de quelques considérations sur les méthodes pragmatiquement adoptées au Luxembourg dans l'interprétation des textes écrits, puis des normes de droit international intégrées dans l'ordre juridique interne et enfin des mécanismes de contrôle du respect de la hiérarchie des normes.

Voyons d'abord la hiérarchie des normes de droit interne : les normes peuvent être écrites ou non écrites ; à côté, il existe des sources du droit (au sens au moins sociologique) dépourvues de statut normatif.

Parmi les **sources écrites de la normativité**, la *Constitution* luxembourgeoise – « Clef de voûte de l'ordonnement juridique » et « sommet de l'ordre hiérarchique des sources du droit » selon un arrêt de la Cour d'appel de 1992 – est un texte assez sobre : pas de préambule, peu de dispositions d'ordre symbolique ou programmatique – peu de fantaisie, en somme. La *loi* reste, dans la conception un peu mythologique que véhicule la Constitution (à la suite de la Constitution belge de 1831 qui lui sert de modèle), la véritable norme suprême : le législateur peut tout faire – il n'existe (presque) pas de domaine réservé au pouvoir réglementaire –, et l'intervention du pouvoir législatif est perçue comme une véritable garantie des droits de citoyens.

Mais la réalité est celle d'un État aussi administré que les autres démocraties contemporaines et le rôle du *règlement* est important, quoique strictement encadré par la Constitution. Le règlement d'administration publique, d'exécution des lois ou d'urgence (de crise internationale) est le règlement Grand-Ducal qui est l'œuvre, sur le plan formel, du Grand-Duc et dans la réalité politique, du Conseil de gouvernement. Les autres règlements – ministériels, des établissements publics, des organes des professions libérales – ne jouent qu'un rôle ou bien subordonné ou bien sectoriel.

Lorsqu'il s'agit d'interpréter les textes, les méthodes d'interprétation officiellement reçues (par les cours et tribunaux, composés de magistrats en général pragmatiques et auxquels l'esprit d'élitisme est étranger) ne brillent pas par leur modernité. D'une part, dans l'interprétation des textes hérités de la France ou inspirés par la Belgique, les tribunaux accepteront, parfois de manière étonnamment dépendante, de s'inspirer des interprétations données par la jurisprudence des pays de provenance des textes, ce qui peut avoir l'avantage d'importer au Luxembourg des idées nouvelles issues de l'expérimentation à laquelle se livre, en particulier, la Cour de cassation française. Mais d'autre part, dans l'interprétation des textes luxembourgeois autonomes les magistrats professeront, et pratiqueront sincèrement, leur subordination à la volonté du législateur historique. Des phénomènes comme la croyance irrationnelle dans la perfection de la loi (l'adage « *in claris cessat interpretatio* » reste assez prisé) sont caractéristiques, de même que des références aux travaux préparatoires de la loi, dignes de l'école de l'Exégèse. Quelques arrêts s'inspirent, heureusement, de méthodes plus modernes et plus performantes, spécialement de la méthode téléologique.

À côté de ces sources écrites figurent des **sources non écrites de la normativité**. Le rôle de la *coutume* est mineur en droit privé. En droit public en revanche, la « pratique institutionnelle » est très importante ; par rapport au texte de la Constitution qui persiste à réserver au monarque d'importants pouvoirs formels de décision, c'est essentiellement la pratique institutionnelle qui permet de comprendre les institutions du Luxembourg comme étant entièrement celles d'un État démocratique moderne

et non partiellement celles d'une monarchie constitutionnelle, d'inspiration germanique, du XIX^e siècle.

Les *principes généraux du droit* existent en matière civile et commerciale (toutefois, du moins selon la Cour de cassation, ils y existent uniquement en tant que prudents « principes induits par le juge des applications particulières qu'en fait la loi dans des cas déterminés » et dont le juge « déduit des applications en dehors des situations déterminées par les textes normatifs »), mais prennent leur réelle importance en droit public. Là, coexistent pacifiquement des principes de trois générations successives : les principes de droit administratif traditionnellement admis en France et transplantés au Luxembourg ; les principes de proportionnalité, sécurité juridique et confiance légitime en provenance du droit allemand, médiatisés par le droit de l'Union européenne ; et dernièrement des principes de « bonne administration » d'inspiration diverse, principalement belge et européenne.

Mais il existe également des sources *sans* statut normatif. Les tribunaux luxembourgeois ne reconnaissent aucun statut normatif à leur propre *jurisprudence* (ce qui ne l'empêche pas d'exister). La *doctrine* a un statut très auxiliaire dans la détermination du contenu des règles de droit, ce qui est favorisé par la rareté des ouvrages doctrinaux ayant une véritable ambition théorique : en général, la doctrine sera, au Luxembourg, aussi utilitariste et pragmatique que l'est le Luxembourg lui-même. Ce pragmatisme explique aussi l'importance qu'ont parfois en fait, sans l'avoir en droit, les sources spécifiques au monde des affaires (ou à la fonction publique) que sont les *circulaires administratives*, et le recours occasionnel par les gouvernants et parlementaires à des passages des *documents parlementaires* pour indiquer, sans la rendre parfaitement transparente, la volonté du législateur.

Telle est la hiérarchie des normes (ou des non-normes) en droit interne. Elle ne présente, objectivement, que peu d'originalité pour un pays de droit continental. En revanche le statut des *normes internationales* intégrées dans l'ordre juridique luxembourgeois présente des particularités notables, à première vue surprenantes, par rapport aux ordres juridiques français et belge

dont s'inspirent en général les solutions du droit luxembourgeois. Ces particularités s'expliquent lorsqu'on a égard à la situation du Luxembourg et à son histoire. Le Luxembourg moderne – création au XIX^e siècle d'une série de traités internationaux (l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 et le traité de Londres de 1839), évidemment trop faible sur le plan militaire pour même essayer d'assurer sa propre défense et tributaire sur le plan économique de son intégration dans l'économie d'un ou plusieurs États voisins – a toujours été trop dépendant des mécanismes de coopération internationale et de leur organisation par le droit international public pour adopter à l'égard de celui-ci une attitude autre que déférente. Cette attitude faite de volonté de coopération internationale et d'acceptation volontaire des limitations de souveraineté s'appelle, dans le domaine du droit, le monisme juridique. Le système juridique luxembourgeois pratique une forme de monisme avancé, plus avancé peut-être que dans n'importe quel autre État.

Les règles de la coutume internationale sont appliquées par les autorités publiques luxembourgeoises mais, faute de jurisprudence pertinente, leur rang hiérarchique par rapport aux lois internes est inconnu ; on peut seulement supposer qu'il n'est pas différent de celui des traités internationaux. Quant à ceux-ci, ils sont reconnus comme occupant dans la hiérarchie des normes du droit luxembourgeois le premier rang : les traités sont supérieurs non seulement aux lois, mais même à la Constitution nationale. La primauté des traités par rapport aux lois nationales postérieures à leur entrée en vigueur a été reconnue au Luxembourg dès un arrêt de la Cour de cassation de 1950, soit bien avant sa reconnaissance dans les ordres juridiques belge et français dont les tribunaux luxembourgeois ont en général l'habitude de suivre, non de précéder, les solutions. Le conflit entre la Constitution nationale et les traités a été résolu en faveur des traités, après un précédent qui date de 1917, par un arrêt d'appel de 2001 dont la solution est considérée par l'opinion juridique luxembourgeoise comme exacte et même comme évidente – alors que le droit comparé montre qu'il s'agit en réalité d'une solution plutôt excéntrique, même si elle est évidemment dans la logique de l'autosubordination de la souveraineté luxembourgeoise par rapport au droit international.

Reste la question du contrôle du respect de la hiérarchie des normes.

Trois types de contrôles sont concevables, dont deux sont pratiqués au Luxembourg. Le premier type, assez archaïque, consiste à confier à une autorité purement politique (par exemple le chef de l'État, un sénat conservateur ou un organe similaire) la mission de veiller, incidemment à ses autres missions, au respect de la légalité des règlements et de la constitutionnalité et de la conventionnalité des lois. Ce modèle n'a jamais séduit au Luxembourg. Un deuxième type de contrôle confie la même mission à un organe qui, quel que soit le degré de politisation de son mode de nomination, a une fonction technique de contrôle de la qualité des normes : telle est, au Luxembourg, la fonction du Conseil d'État, une fonction consultative qu'il prend au sérieux mais qui, dans un État de droit, ne peut pas acquérir autorité de chose jugée ou décidée. Dès lors, le véritable contrôle du respect de la hiérarchie des normes est devenu progressivement une mission des tribunaux.

Le modèle traditionnel luxembourgeois suit la logique qui veut que, en cas de conflit entre deux normes qui toutes les deux sont *a priori* applicables au litige, c'est nécessairement au juge qu'il appartient de déterminer, d'après la hiérarchie des normes, celle des deux qu'il appliquera. Ce modèle respecte le mieux l'idéal d'une justice dépolitisée qui ne tranche les conflits de normes que dans la mesure du nécessaire et de préférence longtemps après que le règlement illégal ou la loi inconstitutionnelle ou inConventionnelle soient entrés en vigueur. Depuis le XIX^e siècle, le prototype de ce contrôle par voie d'exception est, au Luxembourg, le contrôle de la légalité des règlements tel qu'il est organisé par la Constitution elle-même, d'après le modèle de la Constitution belge. L'actuel article 95 prévoit que « les cours et tribunaux n'appliquent les règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois ». Ce n'est qu'en 1996 que, à l'occasion de la réorganisation complète du contentieux administratif, un contrôle par voie d'action (recours en annulation) fut créé pour les règlements illégaux, qui complète mais ne remplace pas le contrôle traditionnel par voie d'exception.

Le contrôle des lois est dual. Le contrôle de leur conventionnalité appartient à tous les tribunaux, en vertu de la décision de principe prise par l'arrêt de la Cour de cassation de 1950 selon lequel « en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi interne postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale ». En revanche, le contrôle de la constitutionnalité des lois constitue une véritable innovation au Luxembourg, où il fut introduit par une révision constitutionnelle de 1996, après son introduction dans presque tous les autres États européens. C'est le seul type de contrôle des normes qui y est organisé sous forme centralisée : confié à une Cour constitutionnelle (qui se compose, suivant le modèle dépolitisé luxembourgeois, de magistrats des juridictions judiciaires et administratives supérieures choisis, essentiellement à l'ancienneté, par ces mêmes juridictions et siégeant à temps partiel comme juges constitutionnels), ce contrôle reste un contrôle par voie d'exception, opéré au moyen d'un renvoi préjudiciel à l'occasion d'un litige déterminé. La création de la Cour constitutionnelle a été un vrai succès, assurant à la fois l'unification automatique de la jurisprudence constitutionnelle et sa qualité par une relative spécialisation des magistrats dont elle émane. Mais la conception (anti-élitiste ?) luxembourgeoise, selon laquelle le contrôle du respect de la hiérarchie des normes est la mission de chaque juge, subsiste : dans le cadre de la révision constitutionnelle en cours, un projet, qui peut réussir, tend à l'abolition de la juridiction constitutionnelle centralisée et à son remplacement par le système décentralisé qui caractérise le contrôle de la légalité des règlements et de la conventionnalité des lois.

Bibliographie

Collectif d'auteurs, « Culture et droit civil », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Journées louisianaises de Bâton-Rouge et de La Nouvelle Orléans de 2008, t. LVIII, Bruxelles, Bruylant et Paris, LB2V, 2010, p. 159, également publié dans la *Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 34, 2009, p. 351 – Conseil d'État, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, 2006, Luxembourg – HURT P., « Attendu que la loi est claire... Propos irrévérencieux sur l'utilisation de

l'argument du sens clair en jurisprudence luxembourgeoise » : *Journal des tribunaux Luxembourg* 2010, p. 193 ; mise à jour, « *Quamvis clara lex sit, interpretanda est* » : *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2013, p. 65 – KINSCH P., « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois » : *Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 34, 2010, p. 397 – LOESCH A., « Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc » : *Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 15, 1951, p. 41 – PESCATORE P., *Conclusion et effets des traités internationaux suivant le droit constitutionnel, les usages et la jurisprudence du Grand-Duché de Luxembourg*, 1964, Luxembourg, Office des imprimés de l'État ; « Essai sur la notion de loi » : *Livre jubilaire du Conseil d'État*, 1957, Imprimerie Bourg-Bourger, p. 365 ; *Introduction à la science du droit*, 1960, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, réimpr. avec mise à jour, 1978, 2^e réimpr. avec une préface inédite, Université du Luxembourg/Bruylant, 2009 – RAVARANI G., « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise et la Convention européenne des droits de l'homme » : *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 14, 2011, p. 37 – THEWES M., « Le pouvoir réglementaire démembré » : *Annales de droit luxembourgeois*, vol. 14, 2004, p. 91

Sources du droit luxembourgeois en ligne : les textes normatifs sont disponibles en ligne sous www.legilux.lu. La jurisprudence luxembourgeoise récente peut être trouvée en ligne sur le site public www.justice.public.lu. Le site payant le plus important est celui de la *Pasicrisie luxembourgeoise* (www.pasicrisie.lu), dont les éditeurs – essentiellement des magistrats, assistés depuis quelques années d'universitaires – publient de la jurisprudence depuis 1881.