

Marc Thewes,
rédacteur en chef

Journal des tribunaux Luxembourg

Doctrine

Pourquoi la Cour constitutionnelle devrait s'intéresser à l'histoire, ou audaces apparentes et réelles de l'arrêt n° 146 (2019) relatif à « l'État de droit »

L. Heuschling 97

Jurisprudence

Principe de l'État de droit. – Statut constitutionnel. Cour constitutionnelle, 28 mai 2019, observations de P. Kinsch 111

Interprétation de la loi. – Interprétation restrictive des exceptions. – Conditions Cour de cassation, 30 novembre 2017, observations de P. Hurl 113

Profession d'avocat. – Compétence d'arbitrage du bâtonnier. Cour de cassation, 31 janvier 2019, note de M. T. 116

I. Règle « Le criminel tient le civil en État ». – Distinction entre une instance pénale luxembourgeoise et une instance pénale devant une juridiction répressive étrangère. Cour de cassation, 14 mars 2019 117

Procédure civile et commerciale. – Compétence matérielle. Cour d'appel, 7^e ch., 13 mars 2019, observations de T. Hoscheit 118

Responsabilité médicale. – Obligation de soins. Trib. arr. Luxembourg, 8^e ch., 30 janvier 2019 120

Dirigeant de société. – Responsabilité solidaire à l'égard du fisc. Tribunal administratif, 3^e ch., 7 mai 2019, note de P.K. 124

Pourquoi la Cour constitutionnelle devrait s'intéresser à l'histoire, ou audaces apparentes et réelles de l'arrêt n° 146 (2019) relatif à « l'État de droit »

La connaissance de l'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois a un statut quelque peu difficile, délicat, parmi les praticiens. J'avais déjà abordé ce point¹, sur lequel je reviens ici, sous un angle différent, à propos du récent arrêt n° 146 du 28 mai 2019 de la Cour constitutionnelle². Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle a été saisie par le Tribunal administratif de la question préjudicielle — de la *seule* question préjudicielle — de savoir si la Constitution consacrait « implicitement », mais « nécessairement », le « principe de l'État de droit » et le « principe de la légalité » (ce que la Cour constitutionnelle admet) et si l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 25 novembre 2014 dans sa version initiale, qui excluait tout recours juridictionnel contre la demande d'un État étranger d'échange de renseignements en matière de lutte contre la fraude fiscale, était conforme ou non à ces deux normes de la Constitution (sur ce point, la Cour a sursis à décider).

À coup sûr, l'on aurait tort de réduire cet arrêt important, qui peut même, selon sa portée future, prétendre à la qualité de *grand* arrêt — de « seminal decision » comme disent les Anglais — à la seule question des rapports entre pratique juridique et historiographie. Pourtant, précisément parce qu'il s'agit d'un arrêt fondateur, d'un arrêt qui entend découvrir (ou créer ?) un soi-disant « principe fondamental de l'État de droit » — norme constitutionnelle jusque-là inconnue de la pratique et de la doctrine — la question de l'approche historique et de son absence *totale*, pour dire les choses, dans la présente affaire est d'autant plus importante et discutable. La présente affaire ne se limite d'ailleurs pas au seul arrêt de la Cour constitutionnelle : il faut restituer cet arrêt dans son contexte processuel le plus immédiat, formé par la décision de renvoi du Tribunal administratif, deuxième chambre, du 10 janvier 2019 (n° 37014a)³ et, en

amont, par les plaidoiries des avocats des parties. Car ces acteurs en amont, avocats et juridictions de renvoi, préparent voire orientent plus ou moins, en fonction de la lecture retenue de l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997 — point qui sera d'ailleurs réétudié ici sous l'angle de l'histoire — le débat qui aura lieu devant la Cour constitutionnelle. Dès lors, certaines critiques déployées ici, en particulier celle d'ignorer l'histoire, s'adressent aussi à eux.

1 Des liens possibles et réels (quoique de qualité inégale) entre pratique juridique et savoir historique

A. Une grille d'analyse

Pour se faire une juste idée de la situation, il est utile de débiter par la question suivante : jusqu'à quel point un(e) praticien(ne) du droit constitutionnel luxembourgeois, quel qu'il/elle soit (député(e), conseiller(ère) d'État, haut(e) fonctionnaire, ministre, grand-duc/grande-duchesse, juge ordinaire, juge à la Cour constitutionnelle, avocat(e), etc.), devrait-il/elle, pour faire son travail respectif de juriste, recourir au passé de la Constitution, dans son ensemble et/ou sur tel point précis ? Le savoir sur l'histoire constitutionnelle — et je parle, ici, d'un savoir historique en lien avec la Constitution nationale actuelle, ce qui peut impliquer toutefois des incursions au-delà de 1868 et au-delà des frontières — est-il utile et, même, nécessaire à la pratique ?

Au Luxembourg, la question prenait une acuité particulière du fait qu'en l'absence d'une université jusqu'en 2003, le/la praticien(ne) qui voulait utiliser un tel savoir se devait d'abord de le construire, sauf à recourir à des écrits rédigés, dans leur temps de loisir, par d'autres juristes-praticiens amateurs d'histoire ou, carrément, par des non-juristes (historiens, économistes, simples ci-

1 Voir, en particulier, L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (article 51, § 7, Const. Lux.) - Une déconstruction historique », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2015, n° 1, pp. 1 et s.

2 *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg (Mémorial A)*, n° 383 du 4 juin 2019 ; dans le présent numéro du *J.T.L.*, p. 111, avec une note de Patrick Kinsch. Tous les arrêts de la Cour constitutionnelle sont disponibles sur internet sur le site du *Journal officiel* (<http://legilux.public.lu/>) et sur celui de la justice luxembourgeoise (<https://justice.public.lu/fr/jurisprudence.html>).

3 Le jugement est consultable, via le numéro du rôle, sur le site <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence.html>.

toyens, etc.). Autrement dit, l'utilisateur d'un savoir historique se devait — et en partie se doit toujours — de se faire d'abord producteur de ce savoir. À lui/elle de fouiller les sources et de les interpréter ! Voilà, pour notre praticien(ne) pressé(e) une tâche *a priori* chronophage, ingrate, voire impossible et — n'est-ce pas ? — dispensable...

Et pourtant, l'on observe, par ci par là, que des praticiens luxembourgeois, dans le cadre de leur fonction professionnelle, et donc, apparemment, eu égard aux exigences de ce travail, ont recours à des arguments historiques. Les résultats sont inégaux : si certains se livrent à des investigations historiques selon une méthodologie fiable et sérieuse, d'autres versent parfois dans la mythification. Je dirais, en plus, que le fait que la Constitution luxembourgeoise remonte à un texte ancien, de surcroît révisé à de multiples reprises, est un facteur qui a joué, et qui devrait en principe jouer en faveur d'une certaine approche historique en matière d'interprétation. Ce disant, je n'ignore point — on y reviendra plus loin — un argument à première vue massif, convaincant, « moderne », pour se servir de l'âge du texte constitutionnel afin de récuser, par principe, toute incursion dans le passé ou, à tout le moins, si incursion dans le passé il y a, d'être « l'esclave » de ce passé.

Les liens possibles, et parfois réels, entre la pratique juridique et le savoir historique en lien avec la Constitution de 1868 se situent à trois niveaux, étant précisé que c'est le second niveau qui est ici au cœur du débat.

1. Le recours à l'histoire afin de changer le droit actuel

Quiconque prône une réforme de la Constitution se doit : a) d'identifier le contenu du droit actuel (dogmatique juridique) ; b) de présenter de manière claire, précise et exhaustive la teneur du nouveau droit proposé (ce qui, plus tard, pourra être utilisé au titre des « travaux préparatoires », donc de l'histoire) ; c) d'avancer de bons arguments en faveur de la réforme. Dans ce contexte, il peut être utile, afin de cerner intellectuellement la réforme et peut-être même de la justifier, de prendre du recul et de situer le projet dans l'histoire longue. Si, par exemple, je voulais prôner (ce que du reste je prône) l'abolition de l'actuelle inviolabilité du titulaire de la fonction de Grand-Duc, j'arguerai certainement de l'origine historique de cette situation, qui est un legs de la monarchie absolue, et qui va totalement à l'encontre des principes des Lumières et du « sens de l'histoire ». Pour ce qui est d'exemples réels : il suffit de plonger dans les documents parlementaires relatifs aux diverses révisions pour découvrir l'importance des considérations d'ordre historique (les avis du Conseil d'État, mais aussi, et peut-être surtout, cette mine d'informations souvent méconnue que sont les rapports de la commission parlementaire).

2. Le recours à l'histoire afin de connaître le droit en vigueur

La connaissance du contenu du droit actuel — bien que cela puisse, de prime abord, paraître paradoxal — est, en partie, liée à la connaissance de son passé.

a) N'est-il pas de bonne pratique que de consulter ce passé très proche que sont les travaux préparatoires, et/ou d'autres matériaux historiques liés à ce contexte, afin d'éclairer le sens d'un énoncé ambigu⁴ ? Exemple : que veulent dire les deux expressions « démocratie parlementaire » (article 51, § 1^{er}, Const.) et « démocratique » (article 1^{er} Const.) ? Ont-elles le même sens ? Parfois, il faut même remonter au-delà des travaux préparatoires. Que veut dire, par exemple, la référence au « Pacte du 30 juin 1783 » dans

l'actuel article 3 de la Constitution ? Le renvoi à ce texte est-il un renvoi statique (le contenu de ce pacte est aspiré/incorporé dans le texte de 1868) ou est-ce un renvoi dynamique (l'article 3 institue, en-dessous de la Constitution, une source du droit, le droit princier/*Fürstenrecht*, produit par la famille grand-ducale) ? Ne cherchez pas dans les débats de 1868 : il n'y a rien ! Il faut connaître la préhistoire de cet article 3, lequel remonte à la Constitution de 1848 (article 3) et s'inscrit dans une constellation imposée par le Traité de Vienne de 1815... Autre exemple : Quel est le sens de l'obligation prévue par l'article 57 Const. à l'égard des députés de jurer « fidélité au Grand-Duc » ? Là encore, les débats de 1868 ne sont d'aucune aide ; il faut, en vérité, remonter à la littérature (allemande !) du XIX^e siècle sur les monarchies pour comprendre que cela signifiait, à l'époque (et encore aujourd'hui ?), que les députés devaient, dans leur vie publique et privée, tout faire pour maintenir la monarchie et la dynastie⁵... Dans d'autres cas encore, il convient de remonter à ce passé plus lointain qu'est la Constitution belge de 1831.

b) Autre configuration, analogue au cas visé sous le point a) : quel est le sens d'un « vide », i.e. le fait que tel ou tel énoncé, à la présence duquel on aurait pu éventuellement s'attendre, ne figure pas dans le texte actuel de la Constitution luxembourgeoise ? Ex. : l'actuel article 114 Const., à l'inverse de nombreuses constitutions étrangères, ne mentionne pas de limite matérielle à la compétence de révision. Un vide peut être interprété de diverses manières : ce silence « exprime »-t-il un rejet implicite ou, à l'inverse, équivaut-il à l'acceptation de ces autres normes qui seraient sous-entendues, car logiquement impliquées ou simplement habituelles dans ce type d'État (ex. un « État libéral ») ou dans la tradition juridique antérieure de cet État⁶ ? Ardue, la question l'est beaucoup moins lorsqu'il ressort de l'analyse historique que ce vide est le résultat d'une action concertée et consciente visant à faire le ménage dans le texte. Si un mot ou article a été biffé lors d'une révision totale ou partielle (ex. l'adjectif « préalable » dans l'article 16 Const. ou le mot « inaliénable » dans l'article 1^{er} Const.⁷), et qu'il a été le siège exclusif d'une certaine norme, le silence du texte signifie, pour le futur, l'écartement de celle-ci.

c) Autre cas de figure : le défi de la combinaison de plusieurs articles d'âge différent. Le texte actuel de notre Constitution est, comme l'on sait, un véritable mille-feuille, dans lequel coexistent et se superposent des strates textuelles de provenance variée : là un article de 1868, voire même de 1848 ; ici un article de 1998 ; un autre de 1956, et un autre encore de 2009... Faut-il, pour dégager le sens de la Constitution actuelle, connaître la chronologie, du reste enchevêtrée, des modifications successives ? Dans son commentaire de la Constitution⁸, le Conseil d'État s'est beaucoup consacré à la généalogie des articles, quitte d'ailleurs parfois à malmener le passé d'un article⁹ et/ou à passer trop vite sur la clarification systématique du sens actuel de tel article. L'histoire s'est déployée au détriment de la dogmatique juridique (ce qui n'est pas non plus le but). Pourtant, dans cet imbroglio d'articles remontant à des époques et à des *Weltanschauungen* différentes, il est utile, et même indispensable, de connaître leurs dates de naissance respectives, afin de dégager la réponse de la Constitution dans son ensemble. Un exemple simple : le législateur est-il autorisé à introduire, par le biais d'une loi, des critères supplémentaires restreignant l'octroi du droit de vote ? Selon l'article 52,

5 L. HEUSCHLING, « Avis sur l'Avant-projet de loi portant organisation du Conseil national de la justice » (2013) reproduit in B. HESS (dir.), *Judicial Reforms in Luxembourg and Europe*, Nomos, Baden-Baden, 2014, pp. 101 et s., sub article 37. À titre de comparaison, voir la réponse de la Cour constitutionnelle belge au sujet de cette problématique : arrêt n° 151/2002 du 15 octobre 2002.

6 Pour une illustration de ce dernier cas de figure, voir, en Allemagne, la décision du *Bundesverfassungsgericht*, 1^{er} sénat, du 28 octobre 2008, 1 BvR 462/06, paragraphe n° 53, disponible sur internet : http://www.bverfg.de/e/rs20081028_1bvr046206.html.

7 Qui, de nos jours, se souvient encore de cet événement historique ? Il s'agit de l'une des suppressions opérées en 1948 (révision du 28 avril 1948, *Mémorial*, 1948, n° 28, p. 649). La conséquence, surprenante, en est que, *de jure*, au vu de ce seul vide et sauf à invoquer une autre norme constitutionnelle du type « limite matérielle à la révision » (or une telle construction n'est, pour l'instant, guère consensuelle au Luxembourg), l'État luxembourgeois pourrait être allénié, supprimé, à la majorité des deux tiers requise par l'article 114 Const.

8 *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, Conseil d'État, 2006.

9 On en verra *infra* (partie 2, A, 2) une illustration : il s'agit de la présentation biaisée, dans l'ouvrage cité, des travaux préparatoires relatifs à l'insertion de l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er} Const.

alinéa 2, Const. (« Il faut en outre réunir à ces trois qualités celles déterminées par la loi »), la réponse est positive ; selon l'article 53, alinéa 2, Const. (« Aucun autre cas d'exclusion ne pourra être prévu »), la réponse est négative. Quelle est la réponse, issue de la combinaison de ces articles ? Elle est fournie par l'histoire : même si les deux articles figurent toujours dans le texte officiel actuel de la Constitution luxembourgeoise, l'article 53, alinéa 2, étant plus récent, a abrogé implicitement l'article 52, alinéa 2, Const. Seul l'article plus récent compte, l'autre est une coquille vide.

d) Enfin, toujours au titre de la connaissance du droit, celui qui, face à un texte ancien décrié comme « démodé », « dépassé », argue de l'existence d'une coutume constitutionnelle contraire devrait connaître sur le bout du doigt — ce qui, hélas, n'est pas toujours le cas au Luxembourg¹⁰ — les événements du passé et leur perception par les acteurs de l'époque (simple usage ou véritable coutume ?).

3. Le recours à l'histoire afin de connaître, au-delà du droit, la pratique politique

Aux yeux de nombre d'acteurs politiques, la connaissance des usages prévalant dans le système politique luxembourgeois, et de leur histoire, est plus importante que la connaissance du droit et, *a fortiori*, de l'histoire de ce droit. C'est ce qui ressort, par exemple, de la crise de 2009 : avant celle-ci, tout le monde connaissait la pratique séculaire des chefs de l'État de ne pas refuser la sanction à une loi (dernière tentative : Marie-Adélaïde, en 1912, face à la loi scolaire) ; peu s'étaient préoccupés du contenu et du sort de l'article 34 Const. qu'ils redécouvraient à cette occasion.

B. L'ignorance totale du passé par la Cour constitutionnelle : un fait unique dans le monde (?), méconnu et critiquable

À l'inverse des textes constitutionnels les plus récents à l'étranger, qui tendent de plus en plus à énoncer selon quelle(s) méthode(s) ledit texte se doit d'être interprété¹¹, le texte de la Constitution luxembourgeoise appartient à la vieille école : cet enjeu crucial est ignoré. Il y a tout au plus l'article 48 Const. (si on estime que celui-ci est applicable aussi à la « loi constitutionnelle », ce qui est plausible) ; il n'en reste pas moins que l'article 48 n'impose non plus, à l'égard des interprètes, quelque canon d'interprétation. La loi du 27 juillet 1997 sur la Cour constitutionnelle est silencieuse à son tour (à l'étranger, en particulier en Amérique latine, c'est parfois dans ce type de législation qu'on trouve des indications¹²). Dans le silence des textes, la problématique tombe sous la responsabilité de tous les interprètes : acteurs politiques, hauts fonctionnaires, les membres des juridictions judiciaires et administratives (du point de vue de l'interprétation de la Constitution, les juridictions dites « ordinaires »¹³ sont, aussi, des juridictions constitutionnelles !), la Cour constitutionnelle lorsqu'elle est compétente et saisie, sans oublier enfin la doctrine.

Il est bien connu que la Cour constitutionnelle ne s'est jamais donné, officiellement, une politique cohérente et systématique (donc des règles) en matière d'interprétation du texte constitutionnel. Pourtant, dans un « État de droit », une activité aussi importante ne devrait-elle

pas obéir à des règles ? N'est-ce pas le propre d'un « État de droit » que d'encadrer la discrétion des organes de l'État — organes politiques, administratifs et, aussi, judiciaires — par des normes juridiques générales ?

La Cour constitutionnelle n'a jamais abordé, de manière directe et systématique, ces questions si sensibles et cruciales. Elle procède, apparemment, de manière casuistique : selon l'affaire, c'est tantôt telle méthode ou telle autre qui ressort en particulier (la méthode littérale¹⁴, la méthode logique¹⁵, l'interprétation à la lumière des exigences supérieures du droit international et européen¹⁶, etc.).

Pourtant, à y regarder de plus près, il me semble qu'il y a au moins un fil rouge, implicite : il s'agit du rejet de la méthode d'interprétation historique, quelle qu'en soit la variante. Certes, la Cour s'est référée, parfois, aux travaux préparatoires pour cerner l'objet de son contrôle, i.e. le sens de la loi incriminée¹⁷ ; or, pour ce qui est du sens de ses normes de référence, i.e. de la Constitution, elle ignore, de manière systématique, le passé du texte de 1868 et de ses révisions ultérieures. Il en va de même lorsqu'elle doit se servir de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

En Europe, voire dans le monde, une telle attitude est unique ou, du moins, rarissime. Il n'existe pas d'étude exhaustive, globale, à ce sujet qui permette d'assoir scientifiquement l'unicité du cas luxembourgeois, mais la littérature comparative existante ne cite aucun exemple de cour constitutionnelle ignorant de manière systématique le passé, comme le fait la Cour luxembourgeoise. Ainsi, dans leur étude comparative de 2018, portant sur les juridictions constitutionnelles suprêmes de dix pays, principalement de *common law*, Jamal Greene et Yvonne Tew concluent que la méthode historique est, partout, présente, mais que sa définition et prégnance peuvent varier fortement¹⁸. Même des cours qui défendent, vivement, l'importance d'une interprétation de la Constitution en tant que « living tree » comme c'est le cas de la Cour suprême du Canada, font des incursions dans le passé¹⁹.

L'ignorance de quelque approche historique que ce soit par la Cour constitutionnelle n'a pas encore été thématiquement étudiée dans la science juridique luxembourgeoise et il faut croire aussi que ce fait est totalement méconnu par les « premiers concernés » : les acteurs politiques atteints, depuis 2009, à la tâche de formuler et reformuler la proposition n° 6030. Ceux-ci sont, en effet, convaincus que leurs intentions joueront par la suite un rôle important, même décisif, puisque, parfois — et je dirai même : un peu trop souvent — ils s'abstiennent de préciser un énoncé de leur projet, en arguant de l'existence d'explications dans les procès-verbaux de la commission parlementaire²⁰. Si tel est leur but, ils seraient bien conseillés, au vu de l'attitude anti-historique de la Cour constitutionnelle et des autres acteurs judiciaires, d'insérer dans la proposition n° 6030, à l'instar de ce qui se fait à l'étranger, un article relatif à l'interprétation de la Constitution et au poids à accorder aux travaux préparatoires²¹.

¹⁴ Voir le célèbre arrêt n° 1 du 6 mars 1998 et, à son sujet, l'étude du président de la Cour constitutionnelle de l'époque Marc THILL, « Der Verfassungsgerichtshof des Grossherzogtums Luxemburg », *Annales du droit luxembourgeois*, 1999, n° 9, 2000, pp. 53 et s. Plus récemment, voir, par exemple, l'arrêt n° 148 du 5 juillet 2019.

¹⁵ Voir, par exemple, l'arrêt n° 12 du 22 mars 2002.

¹⁶ Voir, par exemple, les arrêts n° 47 du 12 décembre 2008, n° 119 du 16 juin 2017, n° 131 du 8 décembre 2017 et l'étude de C. SAUER, *Contrôle juridictionnel des lois au Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 315 et s.

¹⁷ Pour des cas isolés où la Cour constitutionnelle se sert des travaux préparatoires pour définir le sens de la loi déferée à son contrôle : arrêt n° 50 du 15 mai 2009 ; arrêt n° 113 du 28 novembre 2014.

¹⁸ J. GREENE et Y. TEW, « Comparative Approaches to Constitutional History », *op. cit.*, p. 379.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 386 et s.

²⁰ Voici quelques exemples, où cette abstention, qui me semble être une attitude générale et diffuse, est explicitement thématiquement étudiée (voir, sur le site internet de la Chambre des députés, les procès-verbaux de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle — ci-après : « PV IR » — en lien avec la proposition n° 6030). Un premier exemple typique est fourni dès la première réunion de la CIR, et ce, en plus, à propos de l'évocation du « principe de l'État de droit » dans l'article 1^{er} de la proposition : le président Paul Henri Meyers, après avoir donné une première définition de cette formule, « propose de préciser davantage la notion d'État de droit dans le commentaire des articles » (PV IR 11, réunion du 21 avril 2010, p. 2). Autres exemples : PV IR 12, 12 mai 2010, p. 2 (*sub* article 28), p. 3 (*sub* articles 33 à 41) ; PV IR 14, 2 juin 2010, p. 3, etc. La liste pourrait être aisément allongée.

²¹ Sur cette problématique s'il convient, ou non, d'insérer dans la Constitution des normes sur sa propre interprétation, lire l'ouvrage précité d'Anne Gamper, *Regeln der Verfassungsinterpretation*. Pour des exemples de textes constitutionnels consacrant entre autres la méthode historique, lire *ibidem* pp. 57 et s. Par exemple, en Bolivie, la

¹⁰ Voir L. HEUSCHLING, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés et la coutume », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2014, n° 2, pp. 469 et s.

¹¹ Pour une étude très fouillée au niveau mondial, voir A. GAMPER, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, *op. cit.*, pp. 7-100.

¹² Voir, par exemple, en Bolivie la *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional* (article 6), au Pérou le *Código procesal* applicable au contentieux constitutionnel (article 5), en Estonie la *Constitutional Review Court Procedure Act* (§ 2, alinéa 21), en Taïwan la *Constitutional Interpretation Procedure Act*.

¹³ Par ce terme que les constitutionnalistes se sont appropriés en l'énucléant, ils désignent « toutes les juridictions de l'État autres que la cour constitutionnelle ». Ce terme risque toutefois d'induire en erreur car il pourrait suggérer, à tort, que les juridictions dites « ordinaires » n'appliquent que le droit « ordinaire » (i.e. infra-constitutionnel) et que la Constitution est seulement appliquée et interprétée par la cour constitutionnelle, la seule « juridiction constitutionnelle ». Une telle vue serait totalement fautive dans nombre de droits positifs, y compris au Luxembourg. *Cfr* L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire - Épistémologie d'une distinction théorique », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 85 et s.

Faut-il se plaindre, en effet, de l'ignorance totale du passé par la Cour constitutionnelle ? Je pense que oui. Les griefs que l'on peut formuler sont de deux ordres.

D'abord en lien direct avec cette affaire précise : ainsi que je le montrerai dans la seconde partie de l'étude, le but poursuivi par la Cour constitutionnelle et les autres acteurs judiciaires en amont — la consécration du « principe fondamental de l'État de droit » en vue de reconnaître ainsi la norme constitutionnelle « droit au juge » — aurait pu être atteint selon un raisonnement autrement plus facile et convaincant que par le cheminement complexe et discutable retenu dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle et, en amont, dans la décision du Tribunal administratif. Il aurait été dans leur propre intérêt institutionnel (« égoïste »), afin de mieux assoir leur légitimité, que de se référer à l'histoire : en particulier, la Cour constitutionnelle aurait évité des arguments théoriques discutables (sur le lien logique entre démocratie et État de droit), des erreurs d'histoire et de dogmatique juridique (l'absence de consécration explicite du « principe de légalité » dans l'actuelle Constitution ; la fusion de l'article 1^{er} et de l'article 51, § 1^{er}, Const. en une seule norme « démocratie/démocratie parlementaire ») et une violation du droit (la position de *self-restraint* adoptée par la Cour constitutionnelle par rapport à l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997). Quant au principe général de l'État de droit, et incidemment du droit à la protection juridictionnelle, ces deux normes seraient fondées d'une manière plus ferme, étant arrimées en dernier lieu à la volonté des auteurs de la révision du 12 janvier 1998 relative à l'article 1^{er} Const.²²

Mais, pour plaider la cause de la méthode historique d'interprétation, il ne suffit pas de se référer à une seule affaire, aussi importante fût-elle. Il faut monter en généralité, car un tel plaidoyer vise aussi, et surtout, les cas futurs. Il faut monter en généralité aussi sous l'angle de la définition de « la » méthode d'interprétation historique. La formule (ce singulier) induit, en partie, en erreur : il existe différentes variantes de la méthode historique²³. Les divergences d'approche peuvent surgir à trois égards. Au niveau des lieux où le/la juriste doit chercher : fouille-t-il/elle dans les travaux préparatoires, dans le contexte général de l'époque, dans la volonté d'un « leader » ou père de la nation (De Gaulle en France, Atatürk en Turquie, Ambedkar en Inde, Washington aux États-Unis, etc.), et/ou dans les dictionnaires et manuels juridiques de l'époque, etc. ? Au niveau de l'objet, ou indice, à chercher : s'agit-il de la réponse précise à la question précise ou, plus vaguement/librement, du *telos* poursuivi par les « pères fondateurs », que l'interprète se doit de concrétiser de manière dynamique en le transposant au contexte contemporain ? Enfin, au niveau de l'autorité reconnue à l'information ainsi dégagée : l'interprète doit-il/elle s'y conformer aveuglément ou dispose-t-il/elle d'une certaine marge de manœuvre, en mettant en balance le résultat obtenu par la méthode historique avec le(s) résultat(s) obtenu(s) suivant d'autres méthodes d'interprétation ? C'est par ce dernier point que je propose de débiter la discussion.

Les appréhensions classiques à l'égard de la méthode historique sont bien connues et sont de poids. Souvent, à l'extérieur et à l'intérieur

célèbre Constitution de 2009 privilégie en son article 196, § 2, la méthode historique (« En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto. »), quitte à imposer aussi, ailleurs, d'autres méthodes (ex. articles 13, § 4 : interprétation des articles relatifs aux droits fondamentaux à la lumière des traités ratifiés en la matière par le pays). <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/normas-0> La méthode historique est consacrée également en Equateur (article 427 Const. 2008 : « Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional » ; <https://www.asambleanacional.gob.ec/es>), au Salvador (article 268 Const. 1983 : « Trustworthy documents for the interpretation of this Constitution will be, in addition to the proceedings of the plenary session of the Constituent Assembly, the audio and video recordings which contain the incidents and participation of the Constituent Deputies in its discussion and approval, as well as similar documents elaborated by the Editing Commission of the proposed Constitution. The Managing Board of the Legislative Assembly must dictate the pertinent dispositions to guarantee the authenticity and conversational of said documents » ; trad. anglaise du site www.constituteproject.org), à Fidji (art. 3 Const.), en Papouasie-Nouvelle Guinée (article 24 Const., à combiner avec les normes prévues dans l'article 39 et Annexe 1), etc.

²² *Mémorial A*, 1998, n° 2 du 20 janvier 1998, p. 10. Le dossier parlementaire n° 3895 est accessible via le site internet de la Chambre des députés.

²³ Voir, à ce sujet, entre autres, la grille d'analyse chez J. GREENE et Y. TEW, *op. cit.*, pp. 380-383.

des États-Unis où le débat sur l'interprétation historique fait rage, le simple mot « originalism » est déjà un chiffon rouge. Aux yeux de nombre de juristes, l'approche historique, si elle est appliquée sans correctif, aboutit, pour reprendre un terme très usité en Autriche où ce canon d'interprétation a eu longtemps les faveurs du *Verfassungsgerichtshof*, à une « Versteinerung » de la Constitution²⁴. Insusceptible d'évoluer, le sens du texte constitutionnel est « coulé dans le béton », car arrimé fermement au sens voulu à l'époque, si celui-ci se laisse identifier par quelque moyen (travaux préparatoires ; mémoire du/des auteurs de l'époque ; les constructions de sens, à l'instar, par exemple, de la définition du mot « mariage », « liberté de presse », etc., relayées par les dictionnaires, manuels de droits et/ou le droit infra-constitutionnel juste avant le changement du texte constitutionnel, etc.). En Australie, où il existe également, au niveau fédéral, une très forte et ancienne tradition d'interprétation historique, le *Chief Justice* de la *High Court* d'Australie et l'un des auteurs de la Constitution fédérale de 1900, Samuel Griffith, a affirmé en 1908, de manière tranchante, que « whatever [a constitutional provision] meant in 1900 it must mean as long as the Constitution exists »²⁵. Le passé, relevé d'une certaine manière, devient « an interpretive straitjacket »²⁶. L'avantage, en termes de certitude/sécurité juridique, est net : ainsi, il n'y a pas l'once d'un doute que, dans nombre de pays, le mot « mariage », tel qu'utilisé dans le passé, renvoie à un lien entre deux personnes, de sexe différent. Internet ne peut bénéficier de la protection libérale garantie, par l'article 28 de la Constitution luxembourgeoise, aux « lettres » (courrier postal) et, en partie, aux « télégrammes » (... à moins de situer le « passé » non pas dans la réponse concrète donnée alors — lettres et télégrammes — mais dans l'intention historique générale : protéger les moyens de communication de l'époque et ceux à venir). Le désavantage est connu aussi : la société perd au niveau de la flexibilité de son droit et de la justice. L'adaptation du droit à l'évolution de la société ne peut se faire par ce biais ; l'idéal du juste — de rendre à chacun ce qui lui est dû — est sacrifié aux intentions, parfois injustes, des auteurs du texte constitutionnel. L'interprète courbe son échine devant l'auteur, le plus souvent disparu, du texte, mais ne rend point service à la société des vivants à laquelle, pourtant, il/elle appartient, et que le droit est censé régir, *bien* régir. Et plus le texte est ancien, comme par exemple aux États-Unis (1787), en France (1789), en Norvège (1814)²⁷, au Danemark (1848) ou chez nous au Luxembourg (1868), plus l'écart entre le règne de la volonté des morts et les besoins de la génération actuelle risque de devenir criant. Bref, la date même de 1868 n'est-elle pas suffisante pour rejeter, d'un revers de main la méthode historique au Luxembourg ?

Tout cela est bien connu et n'est guère contesté, pour l'essentiel, de ma part. Deux réserves toutefois. D'une part, toutes les normes de la Constitution luxembourgeoise actuelle ne datent pas de 1868, voire de 1848 ou 1831 ; dans l'espèce, bien au contraire, l'article 1^{er} date de 1998, ce qui est assez récent. D'autre part, le présent plaidoyer vise non pas à ériger la méthode historique en référence exclusive ou ultime, mais à l'admettre comme une méthode parmi d'autres²⁸. Dans l'interprétation, l'interprète se sert le plus souvent d'une pluralité de méthodes qu'il/elle combine, quitte à accorder dans ce « cocktail » un poids particulier, décisif, à l'une d'entre elles en cas de différence de résultat. Or n'est-il pas raisonnable, face à un texte, de s'intéresser d'abord, de manière systématique, aux intentions de ses auteurs — si, du reste, ces intentions peuvent être cernées objectivement, ce qui peut être aléatoire, voire impossible — avant d'élargir le regard à d'autres méthodes, permettant de corroborer, de compléter voire de corriger le premier résultat obtenu²⁹ ? Au titre de ces autres mé-

²⁴ Lire à ce sujet les études précitées de Ewald Wiederyn et de Anne Gamper.

²⁵ *Affaire R. v. Berger* (1908) 6 C.L.R., p. 148.

²⁶ M. McHUGH, « The Constitutional Jurisprudence of the High Court : 1989-2004 », *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, p. 22.

²⁷ Voir, sur ce sujet, E. SMITH (dir.), *Constitutional Justice Under Old Constitutions*, Kluwer, 1995, qui couvre les exemples des États-Unis, de la France, de la Norvège et de la Belgique.

²⁸ J. GREENE et Y. TEW, *op. cit.*, p. 380 parlent, à ce sujet, de la distinction entre un « dispositive usage » et un « pluralist usage ».

²⁹ C'est ce que prône, par exemple, la Cour administrative dans son arrêt du 27 octobre 2016, n°s 37299C et 37321C, obs. P. KINSCH, *J.T.L.*, 2016, pp. 166 et s., lorsqu'elle combine la méthode historique avec deux autres : « En termes d'interprétation trois méthodes essentielles se présentent au juge, à savoir une méthode historique permettant d'analyser les termes à interpréter à partir de la gestation du texte, une interprétation littérale ou étymologique se présentant à partir de la lecture du texte

thodes, il convient de mentionner en particulier, au vu du paradigme traditionnel de la suprématie du droit international au Luxembourg, l'interprétation de la Constitution à la lumière des exigences du droit international et européen ; il convient également d'ajouter, eu égard à une certaine ontologie du droit — le droit n'est-il pas fait pour la société, pour la régir à l'aune d'un certain idéal du juste ? — l'interprétation dite « sociologique », appelée aussi « interprétation dynamique », « living Constitution », etc.

Autrement dit, il convient de (re)lancer le débat sur les méthodes d'interprétation de la Constitution luxembourgeoise. Pour le nourrir, et voir les effets négatifs de l'ignorance systématique de la méthode historique, il est utile de prendre appui sur l'exemple de l'arrêt n° 146.

2 En quoi l'utilisation de la méthode historique aurait amélioré et infirmé l'arrêt n° 146

À la lumière d'une certaine approche historique, définie de manière archi-classique comme le recours aux travaux préparatoires, l'arrêt n° 146 apparaît sous un tout autre jour. D'un côté, l'audace de cet arrêt n'est plus tout à fait là où l'observateur pouvait, « à l'œil nu » — sans le *background* fourni par l'historiographie — le situer de prime abord. Certaines de ses audaces visibles en dogmatique juridique, en lien avec la discussion sur « le principe fondamental (ou général) de l'État de droit » et le « principe de légalité », paraissent en fin de compte moins osées. Aspect positif : cela permet de mieux asseoir le principe fondamental de l'État de droit et d'évacuer quelques interrogations quant à ce « principe de légalité » dont le contenu restait assez obscur (A). De l'autre côté, l'application de la méthode historique aux textes applicables en l'espèce, en particulier à l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997 qui resurgit en lien avec la question du siège du principe fondamental de l'État de droit, permet de déceler une audace « cachée », « inaperçue », ou, disons : assez peu thématisée jusqu'ici. Certains membres de la doctrine, Jörg Gerkrath et Carola Sauer, avaient déjà évoqué, avec plus ou moins de force, les travaux préparatoires de 1997³⁰, mais, par exemple, Patrick Kinsch dans sa note précitée ne l'évoque pas. Il s'agit de la méconnaissance par la Cour constitutionnelle de la volonté des auteurs de l'article 8 de la loi de 1997 (B).

A. Quant aux « principes de l'État de droit et de la légalité » : un arrêt mieux fondé, car débarrassé de certaines erreurs historiques et audaces conceptuelles inutiles

1. Un arrêt de prime abord très audacieux

Par rapport à la problématique de « l'État de droit », et celle, à un niveau inférieur, du « principe de légalité », l'arrêt paraît à la première lecture — i.e. une lecture non informée par la connaissance historique — très audacieux. L'audace, ou l'activisme de la Cour, se situerait sur cinq niveaux (a, b, c, d, e).

a) Depuis ses débuts, et surtout depuis 1998³¹, la Cour constitutionnelle, à l'instar d'ailleurs des juridictions civiles et pénales³², n'a ja-

et une interprétation téléologique prenant en compte le but, voire la finalité de la disposition sous analyse. Il est de principe que si les trois méthodes d'interprétation n'amènent pas le juge à une interprétation concordante du texte, il faut mais il suffit que le juge interprète celui-ci d'après le sens qu'il convient de donner à la disposition litigieuse, compte tenu plus particulièrement de sa finalité ».

30 Mention rapide chez J. GERKRATH dans un article publié en 2008 (« Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *Pasicrisis*, 2008, n° 1-2, p. 16). Tout récemment, dans la version publiée de sa thèse de doctorat, Carola Sauer est revenue plus en détail sur les intentions du législateur de 1997, mais, curieusement, elle a estimé que ces intentions n'étaient pas claires. Voir *infra*.

31 Date d'entrée en vigueur de la révision du 12 janvier 1998, introduisant l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er} Const. L'importance, cruciale, de cette date de 1998 et d'aucune autre (1948 ou encore 1919) ressortira *infra* (point 2, b).

32 L'expression « État de droit » apparaît à quelques rares occasions dans les motifs des arrêts et jugements des juridictions civiles et pénales, mais sans que ne soit re-

mais évoqué jusqu'ici une norme constitutionnelle « principe fondamental de l'État de droit », mis à part, peut-être, à travers une première mention furtive et ambiguë de l'expression « État de droit » dans l'arrêt *Bommelèer* de 2013³³. À l'inverse, dans la présente affaire, la Cour constitutionnelle a reconnu *expressis verbis* que le « principe de l'État de droit » faisait partie de la Constitution luxembourgeoise, qu'il avait la qualité de norme juridique.

Pourtant, il y a plusieurs facteurs de poids qui auraient pu faire pencher la balance dans l'autre sens, à commencer par le fait, non négligeable pour un juge, que le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868, tel que modifié à ce jour, ne contient nulle part l'expression « État de droit », comme le relève du reste la Cour constitutionnelle dans son arrêt³⁴. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel, confronté au silence des textes de la Constitution française de 1958, a refusé de consacrer une norme appelée « principe de l'État de droit »³⁵. La raison d'une telle réticence juridictionnelle peut être double. Soit la juridiction est « timide », peu activiste ; soit, plus prosaïquement, celle-

connue à celle-ci la qualité de norme juridique en soi. Les premières occurrences que j'ai pu trouver remontent au début des années 2000 ; je remercie à ce sujet Marc Thewes pour son aide. Voir, par exemple, Trib. arr. Luxembourg, 10 juin 2002, n° 186/2002 (« État de droit » = État libéral) ; Cour d'appel, 10^e ch., 28 février 2007, n° 126/2007 (« État de droit » = État libéral : l'un des conseillers siègeant était J.C. Wiwinius, l'actuel président de la Cour constitutionnelle) ; Cass 21 février 2008, n° 08/2008 (l'indépendance de la justice est « un principe substantiel à notre État de droit ») ; Trib. arr. Luxembourg, 13^e ch. corr., 20 novembre 2008, n° 3303/2008 (« État de droit » = État libéral) ; Trib. arr. Luxembourg, 13^e ch. corr., 25 novembre 2010 n° 3917/2010 (le droit positif luxembourgeois prévoit des recours comme il se doit dans un État de droit) ; Trib. arr., 13^e ch. corr., 15 juillet 2014, n° 2053/2014 (le non-respect du droit est « intolérable dans un État de droit ») ; Cour d'appel, civ., 11 juillet 2018, n° 148/2018 (l'expression est utilisée par l'une des parties en lien avec la liberté d'expression). Du côté des juridictions administratives, l'usage de l'expression est autrement plus fréquent : le moteur de recherche sur le site officiel de la justice luxembourgeoise référence plus de 608 décisions pour le mot clé « État de droit » (date de la recherche : 31 août 2019). Eu égard à ce nombre, il a été impossible de faire une radiographie de la jurisprudence administrative dans le cadre de la présente étude.

33 Le rôle assigné à l'expression « État de droit » dans l'arrêt n° 104 du 25 octobre 2013, *Mémorial A*, n° 194, p. 3664, n'est pas parfaitement clair. La Cour constitutionnelle s'en sert, une fois, dans le passage suivant qui figure dans la motivation de l'arrêt : « Que pour fondamental que soit le respect de la défense dans un État de droit, il n'est pas absolu et peut-être aménagé, en cas d'existence de motifs légitimes et dans la mesure du strict nécessaire pour ne pas anéantir ou réduire dans une proportion déraisonnable l'exercice d'autres droits équivalents ». Il est à noter que dans cette affaire, la Cour agit en juge activiste et libéral : elle affirme que le texte constitutionnel, pourtant muet sur ce point, consacre implicitement les droits de la défense et censure une restriction législative de ceux-ci. Pour autant, du point de vue de la dogmatique juridique, elle fait dériver les droits de la défense non pas d'un quelconque « principe de l'État de droit » (cette formule précise est d'ailleurs absente), mais de l'article 12 Const., relatif à la liberté individuelle. Elle situe le siège des droits de la défense dans une norme plus « concrète », plus terre à terre, et non dans une norme aussi abstraite que le principe général de l'État de droit. Quel est alors la fonction du mot « État de droit » ? Selon une lecture minimaliste, l'on peut y voir une envolée lyrique : au lieu de dire « État libéral » (« ... l'importance des droits de la défense dans un État libéral... »), la Cour succombe au charme de ce mot à la mode qu'est l'« État de droit ». Or le mot « État libéral » serait-il, en soi, une norme de la Constitution luxembourgeoise ? De prime abord, la réponse paraît négative... Selon une autre lecture, il est loisible de penser que la Cour constitutionnelle a affirmé l'importance des droits de la défense par rapport à « l'idéal/au standard » de l'État de droit : si elle interprète l'article 12 Const. dans un sens extensif, c'est précisément parce qu'elle admet qu'il faut interpréter, de manière générale ou du moins en l'espèce, le texte constitutionnel luxembourgeois à la lumière de cet idéal qu'est l'État de droit. Or, servir de guide à l'interprétation d'autres dispositions est, précisément, l'une des fonctions assignées à un « principe », surtout à un « principe fondamental ». La Cour constitutionnelle aurait ainsi érigé, déjà dans cette affaire, « l'État de droit » en « principe fondamental », sans le dire explicitement, et sans indiquer en outre le siège de ce principe (est-il consacré dans le droit constitutionnel luxembourgeois ? dans le droit positif européen ? dans le droit naturel ?). NB : à l'époque, la Cour n'a établi aucun lien avec l'article 1^{er} Const.

34 Considérant n° 3 : « ni le principe de l'État de droit, ni le principe de la légalité ne se trouvent énoncés tels quels par la Constitution ».

35 Voir, par exemple, sa décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989 : le Conseil constitutionnel reprenait, certes, dans l'exposé des griefs la formulation des requérants, selon lesquels le changement législatif critiqué en matière de police des étrangers constituerait « la négation de l'État de droit », mais le Conseil marquait sa distance, en mettant des guillemets et en ignorant l'expression par la suite. Voir aussi décision n° 93-335 du 21 janvier 1994 : les députés critiquaient une disposition législative qui restreignait le droit à un recours juridictionnel en matière administrative en arguant d'une violation du « principe de légalité » et de « l'État de droit » (*J.O.* du 26 janvier 1994, p. 1403). Le Conseil, quant à lui, ne se prononçait pas sur cette dernière expression. Le Conseil a également été amené à citer l'expression qui figure désormais dans la législation sur l'expulsion d'étrangers (définition des pays sûrs en référence à « l'État de droit »). Voir sa décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003 ; décision n° 2011-120 QPC du 8 avril 2011. Mais, là encore, il ne s'agit pas de la reconnaissance d'une norme (non écrite) de rang constitutionnel.

ci n'a pas besoin d'une norme « principe général de l'État de droit », parce qu'elle arrive à régler de manière convenable, et au vu des normes à sa disposition, les enjeux qui lui sont soumis. Ainsi, pour reconnaître le droit au juge, le Conseil constitutionnel français s'est contenté de mobiliser le principe de la séparation des pouvoirs consacré, de manière expresse, dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁶.

Du côté doctrinal, cela correspond à la position prônée en Allemagne par Philip Kunig. Dans son célèbre ouvrage de 1986 sur le *Rechtsstaatsprinzip* qui, de manière incisive, allait à l'encontre de la *herrschende Meinung*³⁷, P. Kunig incitait les juristes allemands à ne pas se référer au mot « Rechtsstaat », lequel ne serait pas, en soi, une norme juridique. Il n'existerait pas de « principe fondamental » du *Rechtsstaat* : le mot *Rechtsstaat* était, certes, présent dans le texte de la *Grundgesetz*, mais il ne serait qu'un mot synthétique (*Sammelbegriff*) — ou, pour transposer une formule éloquentes du constitutionnaliste britannique Geoffrey Marshall — un « umbrella terme »³⁸, bref un mot qui ne fait qu'annoncer, décrire, résumer et englober diverses normes constitutionnelles qui suivent dans le texte. Celles-ci peuvent être regroupées sous l'étiquette « Rechtsstaat » (les normes relatives aux droits fondamentaux, à la hiérarchie des normes, aux contrôles juridictionnels, etc.) et forment ainsi les éléments ou composantes du « Rechtsstaat » ; mais ce dernier mot n'est pas le siège d'une norme distincte, en plus des autres normes qui suivent. C'est à ces « autres » normes, les seules normes valides, que les juristes devraient se référer pour résoudre les litiges.

Au Luxembourg, dans la présente affaire, les avocats et juridictions n'auraient-ils pas pu faire pareillement ? Après tout, pour dégager le droit au juge à partir d'une lecture dynamique de la Constitution, plusieurs de ses composantes auraient pu être mobilisées et creusées (le principe, non écrit, de la séparation des pouvoirs consacré par la Cour constitutionnelle ; éventuellement les articles 84 et 85 Const. ; l'article 95bis Const., de manière surprenante, ne semble pas utilisable, car il institue certes un juge administratif, mais ne lui reconnaît aucune compétence minimale ni en matière administrative générale, ni *a fortiori* en matière fiscale³⁹).

b) Que le texte de la Constitution nationale ignore le mot « Rechtsstaat », tel que traduit dans la langue locale, n'a pas empêché certaines cours constitutionnelles étrangères à s'en servir. Un exemple, très proche, est la Cour constitutionnelle belge qui, depuis 2002, participe à son tour, quoique de manière sporadique, au discours sur « l'État de droit » ou, en flamand, le « rechtsstaat »⁴⁰. La question cruciale est évidemment de savoir s'il s'agit là juste d'un usage rhétorique, « décoratif », ou si ce nouveau mot véhicule une ou plusieurs nouvelles normes, non écrites, de rang constitutionnel. Si la dernière hypothèse s'applique, il faut justifier une telle « découverte/consécration ». Or, sur ce plan de l'argumentation, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a choisi une voie qui, de prime abord, semble délicate et controversée. Dans son arrêt, la Cour a argué que le « principe fondamental de l'État de droit » était « inhérent[...] à l'article 1 de la Constitution suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique et à son article 51, paragraphe 1, suivant lequel le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire »⁴¹. Comme la Cour constitutionnelle ne fait aucune différence entre l'article 1^{er} et l'article 51 de la Constitution, sa position peut se laisser résumer comme suit : « le principe de l'État de droit » est « inhérent » au « principe de la démocratie ».

Or selon quel raisonnement la Cour constitutionnelle luxembourgeoise en arrive-t-elle à un tel lien ? Pourquoi faut-il admettre, sous le

régime de la Constitution luxembourgeoise actuelle, qu'une certaine norme ou ensemble de normes appelé « État de droit » (et dont le contenu précis reste à définir) est « inhérent » à, et donc fait partie du contenu normatif véhiculé par le mot « démocratie/démocratie parlementaire » ? Un tel lien a été, par exemple, affirmé dans les années 1980 par la Cour suprême de Saint-Maurice et confirmé par le Privy Council⁴². Avare en explications comme, hélas, trop souvent, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ne motive pas sur ce point crucial son arrêt : elle allègue, plus qu'elle ne justifie. *In abstracto*, je conçois au moins quatre cheminements possibles afin d'établir un tel lien, quatre méthodes d'interprétation que je présenterai dans l'ordre croissant de leur complexité. Le chemin emprunté par la Cour est le dernier, le plus abstrait et philosophique et aussi le plus controversé.

Premier chemin, le plus facile : la méthode historique. Comme nul n'ignore que le mot « démocratie », comme du reste celui « d'État de droit », est polysémique, et qu'il n'existe pas une définition parfaitement consensuelle dans le temps et l'espace, le plus simple est de s'interroger quelle définition de « démocratie » était visée par les auteurs de l'article constitutionnel en question. Ce mot, dans leur esprit, avait-il une signification étroite, visant seulement certains aspects de la forme de gouvernement (du genre : *one man, one vote*, ce qui, au mieux, peut renvoyer à une certaine définition du *demokratia*, à ses modes d'expression, et à l'autorité de sa voix — décisive ou consultative — à l'égard des élus) ? Ou le mot avait-il, selon les auteurs de la Constitution, une signification autrement plus vaste, pouvant englober bien d'autres aspects fondamentaux du régime politique, autres aspects que, très souvent, l'on désigne par des termes phares à leur tour vagues et parfois redondants (« séparation des pouvoirs », « indépendance de la justice », « droits de l'homme », « État de droit », « justice sociale/État providence », etc.). On saura ainsi si « démocratie » inclut « État de droit », et ce qui est ainsi inclus (car la formule « État de droit » peut, à son tour, être définie de manière extensive ou restrictive).

Deuxième chemin, encore assez facile au Luxembourg : l'interprétation à la lumière des normes supérieures du droit international et européen. Si le Luxembourg s'est engagé, par un traité ou, au moins, par du *soft law*, à une certaine définition de « démocratie », celle-ci doit informer la lecture des articles 1 et 51 Const. Est-ce le cas ?

Troisième chemin, déjà un peu plus délicat, mais toujours assez aisé à emprunter, surtout dans le contexte intellectuel actuel : la méthode d'interprétation sociologique. Face au dilemme de devoir choisir parmi les diverses définitions du mot « démocratie », l'interprète retient celle qui correspond le plus au *Zeitgeist*, c'est-à-dire aux besoins de la société locale actuelle.

Quatrième chemin, autrement plus délicat sur le plan théorique : établir un lien logique entre « démocratie » et « État de droit ». Si un texte consacre le premier terme il inclut, *ipso facto*, tous ou certains éléments visés par l'expression « État de droit ». L'articulation entre l'un et l'autre serait évidente. On peut penser que c'est ce chemin qu'a emprunté la Cour constitutionnelle, par le fait même qu'elle n'a pas justifié davantage ce lien (autrement dit : cela va de soi en théorie : le praticien n'a donc pas à théoriser) et par son affirmation que les « dispositions de la Constitution (i.e. les articles 1^{er} et 51, § 1^{er}) consacrent « de manière implicite, mais nécessaire »⁴³ les deux principes de « l'État de droit » et de la « légalité ». Ici on touche à l'un des débats conceptuels les plus vastes et complexes : entrer à plain pieds dedans reviendrait à faire exploser les limites de l'étude et puisque ce débat est déjà amplement cartographié en science, je me contenterai ici d'en donner un très bref résumé⁴⁴. Il s'agit juste de situer la position géographique dans laquelle la Cour constitutionnelle s'est

36 Conseil constitutionnel, décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996. L. FAVOREU e.a., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2013, n°s 1364 et s., pp. 978 et s.

37 P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, Mohr, 1986.

38 G. MARSHALL, « The Rule of Law. Its Meaning and Scope », *Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen*, n° 24, 1993, pp. 43-50.

39 L'article 95bis, § 1^{er}, Const. se réfère, certes, au début, au « contentieux administratif », ce qui pourrait laisser penser à une définition implicite du champ de compétence des juridictions administratives. Or, le § 4 semble attribuer, intégralement, la définition des « attributions des juridictions administratives » à la loi. La formulation du § 1^{er}, 2^e phrase, relatif au contentieux fiscal, est encore plus catégorique.

40 A. ALEN et W. VERRIJDOT, « The Rule of Law in the Case Law of the Belgian Constitutional Court : History and Challenges », in J. SOVDAT (éd.), *The Constitutional Court of the Republic of Slovenia - 25 Years*, Ljubljana, 2016, pp. 91-120.

41 Considérant n° 8, paragraphe 2.

42 Voir D. Blanc, « Le cinquantième anniversaire de la Constitution de l'île Maurice : le syncrétisme constitutionnel d'une jeune république », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, vol. 117, p. 33.

43 Considérant n° 8, paragraphe 1^{er}. Italique ajoutée par mes soins.

44 Sur le sujet, la littérature déborde littéralement ! Aussi me permets-je de renvoyer les lecteurs intéressés, pour de plus amples détails et aperçus bibliographiques, à mon livre *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 573-608 (le chapitre intitulé : « De la démocratie et de l'État de droit - Une étude théorique ») ainsi qu'à mon article « De la nécessité d'une démocratie informée par le droit », in A. VIALA (dir.), *La démocratie : mais qu'en disent les juristes ? - Forces et faiblesses de la rationalité juridique*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014, pp. 31-52.

manœuvrée, sans peut-être être pleinement consciente des récifs qui la guettent dans cette mer agitée.

Quatre thèses se confrontent, en effet, schématiquement dans ce débat philosophique. Première thèse : démocratie et État de droit sont deux principes ou idéaux distincts et mêmes opposés (un défenseur célèbre : Carl Schmitt) ; ce qu'a dit la Cour constitutionnelle luxembourgeoise serait donc une absurdité. Deuxième thèse : la démocratie et l'État de droit sont deux principes distincts et indépendants, que l'on peut tantôt associer, tantôt dissocier (comme des pièces de Lego) ; autrement dit, il est impossible en droit positif, pour un juriste, de déduire de la simple présence du mot/principe « démocratie » la consécration implicite du mot/principe « État de droit ». Troisième thèse : les deux principes sont bien distincts, mais aussi, en partie, interdépendants : cette thèse, à laquelle je souscris pour ma part, est très influente depuis 1945 — c'est une thèse du *mainstream* modéré — mais elle est de nos jours à nouveau contestée par des populistes (la « démocratie a-libérale » chère au premier ministre hongrois Victor Orban). Le volet le plus familier de cette thèse se laisse résumer comme suit : la démocratie, définie d'un strict point de vue formel, procédural (suffrage universel, vote, majorité), implique nécessairement certains éléments d'habitude associés au mot « État de droit », en particulier la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté de la presse, etc. La liste de ces éléments nécessaires — liste du reste débattue ! — ne couvre toutefois pas tout ce qu'on peut trouver sous le label « État de droit ». La démocratie, au sens procédural, implique-t-elle, par exemple, la reconnaissance de droits (droits-libertés et/ou droits-créances) aux étrangers, aux pauvres, aux homosexuels, aux femmes, aux enfants ? Le droit au juge est-il nécessaire à la démocratie, au sens formel, ou n'est-il pas le fruit d'un idéal autre que celui de la démocratie ? Après tout, la démocratie peut être, et a été longtemps pensée et réalisée, au Luxembourg et ailleurs, sans cette facette du droit au juge qu'est le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Cela vaut d'ailleurs encore à l'heure actuelle, si l'on identifie le droit au juge à la saisine directe, par les individus, de la Cour constitutionnelle (saisine qui est toujours absente au Luxembourg). Dès lors, selon cette thèse n° 3, l'argumentation de la Cour constitutionnelle est, en partie, convaincante (si, par exemple, l'enjeu était la liberté de la presse, le pluralisme des médias, etc.), en partie ne l'est pas (pour ce qui est, en l'espèce, du droit au juge). Reste, enfin, la quatrième thèse, assez radicale, qui va dans le sens esquissé par la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, mais qui, dans le débat scientifique, est largement minoritaire. Elle affirme que les deux mots « démocratie » et « État de droit » sont interchangeable ; leurs contenus sont identiques. *Stricto sensu*, il n'y a pas deux principes ou idéaux : il n'y a qu'un seul, qui peut toutefois, à tour de rôle, être désigné par l'un des deux synonymes.

c) On a d'ores et déjà compris que la Cour constitutionnelle, à travers cet arrêt, a pris une position audacieuse, ne serait-ce que sur le plan de la dogmatique juridique et, à un niveau plus élevé, sur le plan de la philosophie politique. Mais son audace se situe, aussi, sur le plan de l'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois. Car, bien que, dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle ne prétende jamais parler du passé — puisqu'elle l'ignore — elle en parle néanmoins : elle le fait à son corps défendant. Si l'on admet (voir point b) que l'arrêt a allégué un lien logique et nécessaire entre « démocratie » (article 1^{er} et article 51, § 1^{er}, Const.) et « État de droit », il appert alors que la Cour constitutionnelle a aussi, quoiqu'implicitement, allégué une thèse d'ordre historique : puisque, en droit luxembourgeois, la démocratie est relativement ancienne, l'objet « État de droit » — inhérent à la démocratie — l'est aussi. Quelle est alors la date de naissance du « principe fondamental de l'État de droit » ? Si l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er} ne date, certes, que de 1998, la consécration de la « démocratie parlementaire » remonte jusqu'à 1948 ; à la limite, on peut même remonter au-delà, jusqu'à 1919, date à laquelle furent proclamés le principe de la « souveraineté nationale » et le suffrage universel. Le principe fondamental de l'État de droit remonterait ainsi au moins jusqu'à 1948, voire au-delà. Retenons, pour simplifier, la date de 1948 (article 51, § 1^{er}, Const.). Et puisque la Cour identifie l'État de droit à une norme, plus exactement : à un ensemble de normes, y compris, en particulier, le droit au juge, il faudrait admettre, au titre historique, que ce droit au juge existait, en droit constitutionnel luxembourgeois, depuis 1948, alors même que, probablement, la plupart des acteurs et penseurs de l'époque n'en étaient nullement conscients.

d) À cette thèse historico-dogmatique est liée, aussi, une thèse relative à la justification du présent arrêt et à la nature de la norme juridique « État de droit ». Si la norme « principe fondamental de l'État de droit » est ancienne, parce qu'elle est inhérente à la norme juridique « démocratie/démocratie parlementaire », il n'y a pas eu d'apothéose ou d'intronisation de l'État de droit à la date du 28 mai 2019. Ce n'est pas la Cour constitutionnelle qui aurait créé, de toutes pièces, par une compétence normatrice propre, ce principe ; elle n'a fait que le découvrir, de manière logique (« inhérent », « nécessaire »). Il lui préexistait. Tout ce que la Cour a fait est de coller à cet objet trouvé, à cette norme trouvée, une appellation, l'appellation nouvelle (anachronique, pour 1919 et 1948) de « État de droit ». La chose, en revanche — la norme, le principe fondamental — serait le fruit de la volonté des décideurs politiques qui, en 1998 et, déjà, en 1948, ont utilisé à cette fin la compétence de révision. Comme les organes investis de la compétence de révision ont, incontestablement, la compétence de créer des normes juridiques *générales*, la norme « principe fondamental de l'État de droit » est, à son tour, une norme juridique générale : tout le monde est, à présent, lié par cette norme (... et l'était déjà depuis 1948). On évite ainsi tout le débat sur la nature d'une norme créée par une juridiction luxembourgeoise : la Cour constitutionnelle a, certainement, la compétence de poser des normes juridiques *individuelles* (autorité *relative* de sa chose jugée). Aurait-elle la compétence de poser, en outre, des normes juridiques *générales*⁴⁵ ?

e) Enfin, dernière audace : selon la Cour constitutionnelle, la norme « État de droit » n'est pas une simple « règle » (bien qu'elle utilise à un endroit, de manière inappropriée, ce qualificatif⁴⁶) ; il s'agit d'un « principe »⁴⁷, d'un principe « fondamental »⁴⁸, comme elle y insiste à juste titre. Son contenu ne se réduit pas à une norme au contenu relativement précis (quel qu'il soit : obligation, interdiction ou habilitation), ce qui est le propre d'une *règle*, mais consiste en une normativité nébuleuse dont le contenu et les confins restent difficiles à discerner. Bref, il s'agit d'un *ensemble* de normes. Au sommet de cet ensemble visé sous le mot « État de droit », il y a cette première norme, matricielle, qu'est le « principe fondamental de l'État de droit » dont dérivent et auquel se rattachent d'autres normes (qu'on peut appeler les composantes ou éléments de l'État de droit). D'un principe, surtout s'il est dit « fondamental », il est loisible, à un interprète, de « dégager » non seulement une série de règles, mais, à la limite, même un autre « principe » (d'où la possible qualification de l'État de droit en « méta-principe »). D'ailleurs, dans la présente affaire, la Cour constitutionnelle rattache immédiatement au « principe fondamental de l'État de droit », une série de normes dont certaines sont déjà consacrées dans le texte (comme l'article 95 Const.), mais dont deux autres sont, selon la Cour, non écrites : le droit au juge et une autre norme appelée « principe de légalité » dont le contenu n'est jamais clairement défini ni esquissé. Ce « principe de légalité », selon la Cour, ne serait pas « énoncé tel quel » par la Constitution⁴⁹. Voilà une affirmation à la fois étrange (si on a l'histoire à l'esprit) et osée, voire inquiétante. Assistait-on désormais, de la part de la Cour constitutionnelle qui, à ses débuts, se voulait si proche du texte de la Constitution⁵⁰, à une surenchère de conceptualisme et à une course en avant dans des montages alambiqués de principes ?

2. Une relecture, à la lumière de l'histoire, des audaces apparentes de l'arrêt n° 146

Abordons d'abord, brièvement, ce « principe de légalité » (a) avant d'aller à l'essentiel : le « principe fondamental de l'État de droit » (b).

45 Sur ce point, voir L. HEUSCHLING, « Une cour constitutionnelle différente des autres - Étendue, raisons et avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise », in J. GERKRATH (dir.), *Les 20 ans de la Cour Constitutionnelle : trop jeune pour mourir ?*, Luxembourg, Pasicrisie, 2018, pp. 91 et s.

46 Considérant n° 8, paragraphe 1^{er} (« ...les règles de l'État de droit et de la légalité... »).

47 Considérant n° 3, n° 9.

48 Considérant n° 8, paragraphe 2 et surtout paragraphe 3 (« Que le principe de légalité et l'article 95 de la Constitution constituent une émanation du principe fondamental de l'État de droit auquel ils participent »).

49 Considérant n° 3 : « ni le principe de l'État de droit, ni le principe de la légalité ne se trouvent énoncés tels quels par la Constitution ».

50 On se souvient à quel point l'usage privilégié de la méthode littérale informait les débuts de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, en particulier avec son célèbre arrêt n° 1.

a) *Le « principe de légalité » : un principe non écrit, déduit du méta-principe non écrit de l'État de droit ?*

Il n'est pas aisé de suivre la Cour constitutionnelle lorsqu'elle allègue le caractère non écrit du « principe de la légalité ». Car de quoi est-il question lorsque d'abord le Tribunal administratif, dans sa question préjudicielle, puis la Cour constitutionnelle, dans son arrêt, parlent de « principe de la légalité », sans jamais élucider le sens de cette formule ?

Le principe de la légalité, en matière pénale, est assurément « énoncé tel quel » par l'article 14 Const. C'est donc une norme constitutionnelle écrite.

Si, par « principe de légalité », il faut entendre, plus généralement, le « respect par l'État de ces normes juridiques que sont les lois (y compris, par analogie, la Constitution) », cette norme ou ensemble de normes est également consacré de manière explicite à divers endroits du texte de la Constitution. Habitué(e) à raisonner en termes de hiérarchie des normes et de sa garantie juridictionnelle, le/la juriste d'aujourd'hui pensera de prime abord à l'article 95 Const., auquel s'ajoutent les articles 84, 85, 95bis et 95ter Const. Mais ce serait regarder la montagne par le petit bout de la lorgnette que de se contenter de ces seuls articles. Il est loisible, en effet, d'évoquer encore trois, voire quatre autres groupes d'articles constitutionnels. a) Il y a les innombrables articles qui interdisent à l'État, telle ou telle action sans le fondement d'une loi (exemple, les articles 2, 9, 10bis, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 23, 25, 31, 101, 102 Const., etc.). b) Il y a les articles qui obligent, *expressis verbis*, les titulaires physiques des principaux organes de l'État à jurer « obéissance à la Constitution et aux lois » (grand-duc/grande-duchesse : article 5, § 2, Const. ; régent(e) : article 8 ; députés : article 57, § 2, Const. ; fonctionnaires civils : article 110, § 2, Const.). Or ce qui vaut pour les titulaires vaut *a fortiori* pour l'organe concerné, celui-ci ne pouvant agir sans ceux-là. c) Il y a les articles qui, de manière directe, énoncent la soumission aux lois et à la Constitution de tel organe de l'État. Pour ce qui est, par exemple, de l'organe « Grand-Duc », les dispositions sont particulièrement nombreuses et explicites (article 32, § 1^{er}, 2^e phrase ; article 32, § 2 ; article 33, 2^e phrase ; article 35 ; article 36 ; article 39 ; etc.) ; c'est moins le cas pour les autres organes (Chambre des députés, gouvernement, juridictions). d) Existe-t-il, enfin, une disposition qui, de manière générale, affirme la soumission de l'État dans son ensemble aux lois et à la Constitution ? Un article qui s'en approche, du moins dans le passé, était l'article 32 de la Constitution de 1868, dans la version initiale : « Le Roi Grand-Duc l'exerce [la souveraineté] conformément à la présente Constitution et aux lois du pays »⁵¹ (aujourd'hui : article 32, § 1^{er}, 2^e phrase, Const.).

Il est utile de noter que la formulation de cet article ne trouve pas son origine dans la Constitution belge de 1831. Le texte belge, dans sa version initiale, n'évoquait à aucun moment l'idée de l'unité du pouvoir étatique, et ce notamment à travers le terme clé aux multiples facettes de la « souveraineté ». Précisément, ce que l'on oublie parfois : le mot « souveraineté » ne figurait nulle part dans le texte de 1831⁵². Celui-ci parlait « des pouvoirs », et ce sont ces pouvoirs au pluriel⁵³ qui émanent de la nation, selon la disposition clé qu'était l'article 25 : « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution ». Les textes constitutionnels luxembourgeois, de 1830 jusqu'en 1848, puis à nouveau à partir de 1856, suivent un raisonnement sensiblement différent en ce qu'ils admettent, sous l'influence des traités et du constitutionalisme du *Deutscher Bund* : a) le mot de « souveraineté », donc l'idée d'un pouvoir unique ; b) l'attribution de cette « souveraineté » à l'organe Grand-Duc. À cet

égard, il suffit de rappeler l'article 32 de la Constitution de 1856⁵⁴, dont l'alinéa 1^{er} commençait par affirmer que « la puissance souveraine réside dans la personne du Roi Grand-Duc », à quoi s'ajoutait aussitôt un alinéa 2 formulé comme suit : « Le Roi Grand-Duc l'exerce [la souveraineté] conformément aux statuts de la Confédération germanique, à la présente Constitution et aux lois du pays ». C'est de cette dernière disposition que s'inspire l'article 32 de la Constitution de 1868.

Cet article 32 est fondamental afin de cerner la nomenclature prévue dans la version initiale de la Constitution luxembourgeoise de 1868 ; ainsi, de manière révélatrice, c'est cet article 32 de la Constitution que Paul Eyschen met en exergue dans son célèbre traité lorsqu'il présente la position du Grand-Duc⁵⁵. À l'époque, ce qui valait pour l'organe « Grand-Duc » valait, par extension, pour tout l'État et, par ricochet, pour les autres organes. Selon la métaphore utilisée par la doctrine du XX^e siècle, l'organe « Grand-Duc », s'il n'était plus le titulaire de la souveraineté, était tout de même la « clef de voûte »⁵⁶ de tout le système, en ce que cet organe, dans le passé, participait directement à toutes les fonctions majeures de l'État : la validité des traités, des révisions, des lois, des règlements et d'autres actes administratifs était conditionnée à la signature du titulaire physique « grand-duc/grande-duchesse » et au contreseing ministériel. Même la justice était, sur le plan rhétorique, une justice du « Grand-Duc de Luxembourg », puisqu'elle était « rendue en son nom » par les juridictions (article 49 Const.). Dès lors, l'obligation de l'article 32 de 1868, en visant en apparence le seul organe « Grand-Duc », visait en vérité presque toutes les activités de l'État.

Or, de nos jours, depuis que l'organe Grand-Duc ne participe plus à l'adoption des lois (au plus tard depuis la révision du 12 mars 2009), et qu'il est réduit aux seules compétences relevant du pouvoir dit « exécutif », l'actuel article 32, § 1^{er}, 2^e phrase, Const. a perdu cette portée étendue ; il se confond dès lors avec l'article 33, 2^e phrase, Const.

Au final, ce qu'il convient de retenir est que l'affirmation par la Cour constitutionnelle du caractère non écrit du « principe de légalité » ne résiste pas à une analyse fouillée, ni pour le passé, ni pour la période actuelle.

b) *Ce que révèle l'histoire du discours de « l'État de droit » au Luxembourg : la date clé, en dogmatique juridique, de la révision du 12 janvier 1998*

Par rapport au « principe fondamental de l'État de droit », l'approche historique permet de sauver, de mieux fonder l'arrêt dans ses thèses cruciales — les points a), d) et e) mentionnés plus haut — quitte à l'infléchir nettement sur le point b) et c). Si la Cour constitutionnelle avait consulté les travaux préparatoires des articles 1^{er} et 51, § 1^{er}, Const., elle aurait pu se rendre à l'évidence que le principe fondamental de l'État de droit était, implicitement, consacré par l'article 1^{er} Const. et lui seul (*exit* l'article 50, alinéa 1^{er}, Const.), et ce depuis 1998. Comme, ici, il s'agit d'une étude scientifique, et non d'un arrêt qui, nécessairement, doit adopter un autre style, je vais essayer de présenter un historique non pas minimaliste, mais un peu plus sophistiqué de « l'État de droit », de ce mot, au Luxembourg. Je dois toutefois le faire précéder d'un avertissement : cet aperçu est encore sommaire et incomplet. Certaines zones de cette histoire restent à élucider, mais, d'ores et déjà, une certitude émerge pour la dogmatique du droit constitutionnel actuel : la date de naissance du « principe fondamental de l'État de droit » se situe en 1998.

Avant 1998, l'histoire des discours luxembourgeois autour du mot « État de droit » — traduction littérale française du terme allemand « Rechtsstaat » qui, lui, a été forgé dès 1798 par Placidius — est marquée par une césure, un basculement. En effet, pendant une très longue période, ce mot a fait l'objet d'un rejet : le silence luxembourgeois à son égard, alors que les voisins ne cessaient d'en parler, était révélateur de certaines réticences sur le fond. Puis, tout à coup, ce

51 Article 32 (version de 1868), *Mémorial*, 1868, n° 23, p. 225.

52 Encore de nos jours, le terme est absent (lire l'actuel article 33). C'est la *doctrine* qui a introduit le mot et une certaine conceptualisation de « souveraineté » comme le fondement (la partie en amont) de la Constitution. Voir le pli intellectuel pris dès le XIX^e siècle : J. J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1879, *sub* article 25, pp. 109 et s. ; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège-Paris, Dessain-Giard et Brière, t. 1, 1906, p. 277 s. ; P. ERREIRA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard et Brière, 1918, pp. 9 et 14 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t. 1, p. 116 ; F. DELPÉRIE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2000 (voir les quelques usages réénoncés dans l'index) ; M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge - Lignes et interlignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, *sub* article 33, p. 121 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 183 et s.

53 Pluriel mis en exergue par Marc Verdussen in M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge*, *op. cit.*, *sub* article 33, p. 121.

54 *Mémorial*, 1856, n° 28, p. 231.

55 P. EYSCHEN, *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Fribourg, Mohr, 1890, pp. 78 et s. ; id., *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Tübingue, Mohr, 1910, pp. 43 et s.

56 Voir, par exemple, L. FRIEDEN, *La Constitution à la veille de sa révision*, Luxembourg, RTL, 1987, p. 41. Voir aussi P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 6^e éd., 1990, pp. 150 et s.

discours, à l'instar de ce qui s'est passé ailleurs (à côté ou en haut, au niveau de l'Union européenne), a percé au Luxembourg et a connu un net engouement dans les discours de juristes, hommes politiques, journalistes, citoyens, etc. Détail piquant : sa consécration en tant que principe fondamental de la Constitution, en 1998, a toutefois été assez mal bouclée, puisque pendant longtemps, de 1998 jusqu'à l'arrêt n° 146, sa naissance est passée inaperçue, que ce soit parmi les praticiens⁵⁷ ou parmi les représentants de la doctrine juridique⁵⁸.

Reprenons le fil de l'histoire du début. Au cours du long XIX^e siècle, le Luxembourg, du fait de ses liens (partiels et complexes) avec l'Allemagne — de 1815 jusqu'en 1867, le Luxembourg faisait même partie de ce que, à l'époque, on appelait l'Allemagne : le *Deutscher Bund* — aurait pu être imprégné par le discours allemand du « Rechtsstaat » qui s'est développé alors⁵⁹. Il aurait pu s'approprier ce mot, à l'instar des pays allemands ou germanophones comme l'Autriche et la Suisse⁶⁰ qui, à leur tour, et à leur manière, ont commencé à parler et à penser au cours de ce siècle en termes de « Rechtsstaat ». Le mot « Rechtsstaat » était, schématiquement, d'abord le mot phare (la devise) des influents libéraux de Bade, du Wurtemberg, de Bavière, etc. pour réclamer un État libéral ; il deviendra, presque au même moment, un mot clé des professeurs de droit constitutionnel, puis de droit administratif (leurs manuels et traités participaient à la *success story* de ce mot, en le transmettant à l'élite, laquelle, en grande partie, faisait ses études en droit).

Datant de 1868, le texte originel de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg ne contenait guère l'expression « État de droit », ni dans sa version française ni dans sa version allemande. L'inverse aurait été une totale surprise : aucun texte constitutionnel, dans quelque pays allemand que ce soit, ne contenait à l'époque ce terme. La première consécration dans le texte d'une constitution germanophone ne date que de l'après-guerre, avec l'article 3 de la Constitution de Bavière de 1946 (« Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl »)⁶¹. Jusqu'à cette date, le mot « Rechtsstaat » était dans les manuels et les esprits des juristes : il n'était pas dans les textes de Constitution. Or à cette époque, au Luxembourg, l'élite juridique est formée plutôt en France et en Belgique qui, alors, n'ont pas encore importé dans leur langue et dans leur bagage intellectuel le mot allemand « Rechtsstaat ». Même les deux traités de droit public rédigés — en allemand ! — par Paul Eyschen, qui, pourtant, avait fait ses études de droit en partie à Bonn, ne mentionnaient guère le mot « Rechtsstaat ». Aucun transfert vers le Luxembourg n'a eu lieu⁶². Même par la suite — ce point reste à clarifier de manière systématique — la doctrine luxembourgeoise ne se sert pas de ce mot, mot qui est aussi peu, voire nullement présent dans la politique, les médias, etc. Ainsi, la « bible » du Majerus, de la première édition en 1948 jusqu'à la dernière en 1990, ne se servait nulle part de l'expression « État de

droit ». La première occurrence que j'ai pu identifier jusqu'ici, du côté des juristes, date de 1948 : il s'agit de l'avis du Conseil d'État du 25 mars 1948 sur la révision de la Constitution. Encore ne faut-il pas se tromper sur le sens et l'importance de cette occurrence ! Le terme surgit non pas en lien avec l'expression, alors discutée, de la « démocratie parlementaire » (aucun acteur, au cours des débats, n'a établi un tel lien), mais dans le contexte de la consécration de nouveaux droits dans la Constitution. En outre, la mention est marginale, incidente, et sert surtout d'anti-modèle, de ce que le système constitutionnel luxembourgeois n'entend pas être. En effet, dans son avis précité, le Conseil d'État affirme : « Notre Constitution, du type rigide, a le souci de l'organisation par la loi. Elle superpose à l'État de droit "l'État légal", où toute compétence et tout droit reposent sur la loi, celle-ci en étant la justification et la limite »⁶³. Autrement dit, l'idéal de l'État de droit — idéal non explicité davantage — est réfuté au profit de l'idéal de « l'État légal », du « Gesetzestaat ». Cet usage se retrouve tel quel, en 1956, dans le discours du président Félix Welter lors de la célébration du centenaire du Conseil d'État⁶⁴. Une autre mention, marginale, de l'expression « État de droit » ou « Rechtsstaat » se retrouve sous la plume de Pierre Pescatore dans son étude de 1956 sur la notion de loi et dans son Introduction à la science du droit de 1960⁶⁵. Si, chez Pescatore, l'État de droit semble être érigé en idéal (ce point peut être discuté), son sens est toutefois très restreint : ce standard exige, d'une part, que le législateur ne pose que des normes générales et que, d'autre part, les décisions administratives et judiciaires respectent ces normes générales. En vérité, la véritable percée du discours de « l'État de droit » — son intrônisation en tant que valeur de référence — ne se fait que plus tard, dans le contexte du débat sur l'introduction d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. À ce titre, le premier écrit à revendiquer un tel contrôle au nom de « l'État de droit », du « Rechtsstaat », est signé par Alex Bonn en 1973⁶⁶.

Cette absence/ce silence traduit une vérité somme toute simple : le mot « État de droit » n'était pas un mot phare au Luxembourg, il ne faisait pas « rêver » en tant que vecteur de certaines valeurs. Quelles valeurs ? Ici j'aborde une problématique complexe sur le plan épistémologique (des généralisations sur des questions aussi vastes risquent vite de sombrer dans des schématisations). Ce qui suit est donc une première ébauche de réponse qui reste à approfondir et/ou à nuancer.

Dans les rejets et/ou réticences luxembourgeois à l'égard du mot « Rechtsstaat », les droits et libertés individuels n'étaient pas en cause : sur ce point, l'héritage belge de 1831 est là, à quoi s'ajoutera, après 1945, le droit international et européen des droits de l'homme garanti par le contrôle de conventionnalité. N'était pas en cause non plus une conception minimaliste de la séparation des pouvoirs : ce n'est pas parce qu'elle ne portait pas au nues « l'État de droit » que l'élite luxembourgeoise d'antan appelait de ses vœux la concentration de tous les pouvoirs, l'abolition de l'indépendance de la justice, etc. La distance à l'égard du mot « État de droit » n'équivalait non plus, sur le fond, à un rejet radical de l'idée de la régulation de la vie en société par le droit, ce que, dans le présent arrêt, la Cour constitutionnelle appelle « la soumission de tout acte public ou privé à la règle de droit »⁶⁷. Il existait bien, au Luxembourg, déjà dans le passé, une Constitution, un Code civil, un Code pénal, un Code de la route, des lois fiscales, etc. L'idéal de l'anomie, défendu par Platon dans son dialogue *Le politique*, n'a pas eu plus de soutien au Luxembourg qu'ailleurs.

Mais, il y a façon et façon de mettre en valeur ou, à l'inverse, de délaïser, voire ignorer, ces normes générales du droit, en particulier la Constitution. Ainsi le texte de la Constitution a été, dans le passé, jusqu'à la création de la Cour constitutionnelle, « oublié » (A. Bonn) :

⁵⁷ Aucune des juridictions utilisant l'expression « État de droit dans le passé » (voir *supra* notes 32 et 33) n'a opéré un lien avec l'article 1^{er} Const.

⁵⁸ Voir, par exemple, l'article de R. ERGEC, « Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'État de droit et la dignité humaine », *J.T.L.*, 2009, pp. 180 et s. Visant à identifier l'apport de la proposition de révision n° 6030, l'auteur ne relève point que le principe général de l'État de droit est déjà consacré dans le droit constitutionnel en vigueur, alors même qu'il évoque la révision du 12 janvier 1998. Dans le même sens : l'avis du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Luxembourg du 9 juillet 2010 sur la proposition n° 6030, *Doc. parl.* n° 6030-3, pp. 1 et s. ou l'avis du Conseil d'État du 6 juin 2012, *Doc. parl.* n° 6030-6, pp. 12 et s.

⁵⁹ Sur les trajectoires historiques des discours allemands du « Rechtsstaat », voir l'étude classique de E.W. BÖCKENFÖRDE, « Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs » (1969), in ID., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, 2^e éd., 1992, pp. 143-169 ainsi que L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, op. cit. (1^{re} partie, titre 1).

⁶⁰ Sur l'évolution des discours sur le « Rechtsstaat » en Suisse, voir W. KÄGI, « Zur Entwicklung des Schweizerischen Rechtsstaates seit 1848 », *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1952, vol. 1, pp. 142 et s. ; F. GARZONI, *Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19 - Jahrhunderts (unter Berücksichtigung der Entwicklung im englischen, nordamerikanischen, französischen und deutschen Staatsdenken)*, Zürich, Polygraphischer Verlag, 1952 ; R. BAUMLIN, « Der Schweizerische Rechtsstaatsgedanke », *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1965, pp. 81-102.

⁶¹ <http://www.verfassungen.de/by/index.htm>.

⁶² Pour une analyse générale des enjeux d'une importation du terme allemand de « Rechtsstaat », voir L. HEUSCHLING, « "État de droit" : Why import the German term "Rechtsstaat" ? », in J. MEIERHENRICH et M. LOUGHLIN (éd.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge, CUP, en voie de publication ; disponible sur ma page personnelle du site internet de l'Université du Luxembourg.

⁶³ Avis du Conseil d'État du 25 mars 1948, Compte rendu des séances de la Chambre des députés, sess. ord. 1947-1948, annexes, dossier parl. n° 158, p. 213.

⁶⁴ F. Welter, « Discours » in Conseil d'État 1856-1956. Livre jubilaire, Luxembourg, Bourg Bourger, 1957, p. 51 et p. 76. Il retranscrit l'avis précité du Conseil d'État de 1948.

⁶⁵ Voir P. Pescatore, « Essai sur la notion de la loi », in Conseil d'État 1856-1956. Livre jubilaire, Luxembourg, Bourg Bourger, 1957, p. 413 et p. 428 s. ; Introduction à la science du droit, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, pp. 137 et s.

⁶⁶ L. HEUSCHLING, « Une cour constitutionnelle différente des autres... », op. cit., pp. 101 et s.

⁶⁷ Considérant n° 8, paragraphe 2.

peu d'acteurs politiques s'intéressaient à mettre à jour le texte de cette « vieille dame »⁶⁸, un aspect parmi d'autres de « l'archaïsme » (le mot, sévère, est de Patrick Kirsch⁶⁹) de pans entiers du système juridique luxembourgeois. Toujours à propos de la Constitution : la pratique politique était plus importante que le texte, au règne du droit se substituait ainsi, du moins en partie, le règne des usages. S'il était révisé, le texte de la Constitution était laissé, volontairement, à l'état de formules courtes ou vagues, pour laisser un maximum de latitude à l'action politique, en particulier au législateur. Les révisions sont faites *a minima*, de manière à ne pas gonfler le *corpus textuel* et donc — l'un étant en partie lié à l'autre — le nombre de *normes* de la Constitution. En témoigne, par exemple, l'écart entre l'ambitieux projet de révision présenté en 1956 par le ministère des affaires étrangères pour ce qui est des relations entre droit international et droit national (dossier parl. n° 516) et le chiche résultat final (le nouvel article 49bis). Autre illustration, qui ressort dans le présent débat : les silences surprenants de l'article 95bis Const. Celui-ci institue des juridictions administratives, sans en définir une compétence minimale (donc un droit au juge administratif). Résultat : au niveau mondial, le texte actuel de la Constitution luxembourgeoise est l'un des plus courts parmi tous les pays du monde⁷⁰ ! Enfin, au nom d'arrangements obtenus par consensus entre acteurs politiques, on pouvait ignorer les exigences de la Constitution et admettre ainsi des violations au regard précisément d'une posture dite « pragmatique » à l'égard du droit⁷¹.

À cette corrosion, voulue et admise, du règne du droit, du droit constitutionnel, s'ajoutait un autre élément net : à travers le rejet, le plus souvent silencieux, voire parfois explicite, de la formule « État de droit », les partis politiques dominants au Luxembourg ont opposé un *ni et* catégorique à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et, donc, à un rôle accru du juge à l'égard de ce qui constitue le cœur du système politique. Le silence opposé à « l'État de droit » est une résistance au rôle croissant de la justice, à sa prise de pouvoir, à la juridictionnalisation de la sphère politique et donc, aussi, au droit au juge⁷².

Bien sûr, le vent a tourné, mais cet infléchissement a eu lieu assez tardivement. Depuis quelques années, le mot « État de droit » est dans l'air du temps, un peu partout en Europe et dans le monde. Né en 1798, le terme allemand de « Rechtsstaat » fait partie de ces mots qui migrent d'un pays à un autre. Dès la fin du XIX^e siècle, il a suscité un certain engouement en Italie⁷³ et en France⁷⁴, avant de ses propager, surtout à la fin du XX^e siècle, vers tous les pays d'Europe sous forme de traductions littérales nationales. Cette vague a débordé (*übergeschwappt*) également au niveau européen (CEDH et UE) qui, à son tour, d'en haut, via l'eupéanisation des droits nationaux, a renforcé cette tendance et s'est attaqué aux derniers îlots de résistance, à l'instar du... Luxembourg. Chez nous, l'un des ressorts majeurs de l'appropriation de ce nouveau terme a été le débat sur l'introduction d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Comprise très souvent à travers la littérature non pas tant allemande mais française (en particulier les écrits classiques de Carré de Malberg), l'expression française « État de droit » a été propulsée, peu à peu, sur le devant de la scène luxembourgeoise autour de cet enjeu. Un argument, pour plaider la cause d'un tel contrôle, était, simplement, d'avancer le mot clé « État de droit », identifié alors, suivant la lecture prévalant en France (et ailleurs), à un contrôle juridictionnel systéma-

tique à tous les étages de la hiérarchie des normes. Il faut un juge partout, tout le temps, en particulier à l'encontre du législateur. Le mot s'installe dans le discours public luxembourgeois dans les années 1990 et commence aussi, peu à peu, à ne plus être associé à la seule question du contrôle de constitutionnalité des lois, une fois celui-ci acquis (en 1996-1997). Il convient, précisément, de noter que c'est dans le sillage immédiat de la création de la Cour constitutionnelle qu'a été adoptée la révision du 12 janvier 1998, introduisant l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er} Const.

À partir de 1945 (Allemagne), et surtout à partir des années 1970 (Espagne, Portugal) et 1990 (les pays d'Europe centrale et orientale, la Suisse, la Norvège, etc.), nombre de pays étrangers ont placé le mot « État de droit », traduit dans la langue nationale respective, en exerçant de leur texte constitutionnel⁷⁵. Dans d'autres démocraties, à l'inverse, le texte est resté inchangé à cet égard (France, Belgique, Pays-Bas, etc.). De prime abord, le Luxembourg se range aussi dans cette dernière catégorie. Pourtant, au Luxembourg, l'une des techniques de réécriture du texte de plus en plus poussées de 1868 était de lui ajouter (de lui « coller ») certains mots phares qui étaient censés jeter une autre lumière sur les dispositions techniques parfois inchangées du reste du texte. L'exemple paradigmatique, à cet égard, est l'ajout, en 1998, de l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er}, après, déjà, l'ajout du principe de la « souveraineté nationale » en 1919 et de la « démocratie parlementaire » en 1948. Or le mot « *Rechtsstaat*/État de droit », quant à lui, n'a jamais connu de telles faveurs, du moins pas de façon ouverte et directe⁷⁶. C'est qu'en 1998, la Chambre des députés a introduit le principe fondamental de l'État de droit, de manière indirecte et presque cachée — j'allais dire : par la porte arrière — via l'introduction précisément de la mention de la « démocratie » dans l'article 1^{er} Const. Le procédé était pour le moins maladroite et a failli être un raté total puisque, jusqu'à récemment, nul n'en a pris note. Pourtant, les intentions des auteurs étaient limpides et sont consignées, noir sur blanc, dans les documents parlementaires.

Revenons, en effet, sur les travaux préparatoires de la révision de 1998, d'autant que ceux-ci ont fait l'objet d'une présentation estropiée, partielle et pour tout dire scandaleuse dans le commentaire de la Constitution publié par le Conseil d'État. L'auteur anonyme du commentaire sous l'article 1^{er} a réduit les travaux « parlementaires » relatifs à l'adjectif « démocratique » au seul avis du Conseil d'État (celui du 6 mai 1994), en occultant totalement la position contraire, et autrement plus riche, défendue par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) dans son rapport ultérieur du 12 décembre 1997⁷⁷. Voilà qui pose la question de savoir qui est l'auteur d'une révision de la Constitution. Selon le discours dominant qui affirme le caractère monocaméral du parlement luxembourgeois, la réponse coule de source. Même en admettant, comme c'est mon cas⁷⁸, que le droit constitutionnel luxembourgeois établit, en vérité, une variante de bicamérisme — de bicamérisme *inégalitaire* — la réponse n'est pas moins limpide : les intentions exprimées dans un avis du Conseil d'État ne valent « intentions de l'auteur de la norme » que si la Chambre des députés, investie seule de la compétence d'adopter une révision ou une loi, se les approprie à son tour, que soit de manière explicite ou implicite (silence). Or, en cas de divergence de vues entre ces deux organes sur le sens visé d'un article débattu — comme c'est le cas ici à propos de l'article 1^{er} — il est évident que les vues des députés doivent l'emporter sur celles des conseillers d'État. Ce point, crucial, mérite d'être souligné car il n'est pas rare que des praticiens luxembourgeois, lorsqu'il est question des travaux préparatoires,

68 J. THILL, « Grands et misères d'une Vieille Dame - Réflexions sur la révision de la Constitution », *Letzburger Land*, 31 décembre 1987, p. 8.

69 P. KIRSCH, « Le droit commun et l'avenir du droit luxembourgeois », *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, vol. XXI, 2018, pp. 119 et s.

70 <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/#indices>.

71 Voir L. HEUSCHLING, « Une Cour constitutionnelle différente des autres... », *op. cit.*, pp. 103 et s. ; M. ELVINGER, « De la difficulté à amener ceux qui font les lois à les respecter », *Actes de la section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, vol. XII, 2009, pp. 39 et s.

72 L. HEUSCHLING, « Une Cour constitutionnelle différente des autres... », *op. cit.*, pp. 102-103. Ce trait subsiste d'ailleurs lorsqu'on examine les réticences actuelles de la Chambre des députés à élargir les compétences de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la proposition n° 6030. Voir *ibidem*, pp. 105 et s.

73 Pour une étude historique, voir E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, Paris, L'Harmattan, 2006.

74 Pour un historique, voir L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, op. cit.* (1^{re} partie, titre 3) ; *id.*, « "État de droit" : Why import the German term "Rechtsstaat" ? », *op. cit.* ; la thèse de doctorat en droit public, non publiée, de M. LOISELLE, *Le concept d'État de droit dans la doctrine juridique française*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2000 ; E. CARPANO, *État de droit et droits européens, op. cit.*

75 Pour un aperçu, voir le tableau récapitulatif annexé à L. HEUSCHLING, « État de droit - Étude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées », in H. BAUER et C. CALLIÉS (dir.), *Verfassungsprinzipien in Europa - Constitutional Principles in Europe - Principes constitutionnels en Europe*, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruylant, 2008, pp. 103 et s.

76 D'une telle révision, il n'est question que dans le cadre de l'actuelle refonte totale de la Constitution (dossier n° 6030). Dès sa première version, la proposition n° 6030-00 déposée le 21 avril 2009 par Paul-Henri Meyers, président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC), prévoyait d'inscrire le mot « État de droit » dans l'article 1^{er} (« Le Grand-Duché de Luxembourg est un État de droit, libre, indépendant et indivisible »), précédant d'ailleurs la consécration du principe de la « démocratie parlementaire » dans l'article 2 du projet.

77 Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux, *op. cit.*, pp. 11 et s.

78 L. HEUSCHLING, « De la réforme du Conseil d'État - Un éclairage critique », *d'Letzburger Land*, 10 février 2017, pp. 11-12.

se restreignent aux seuls avis du Conseil d'État, ignorant/méprisant de ce fait tout ce que les députés ont pu dire sur leur production normative. Par rapport à l'article 1^{er} Const., il est piquant de constater qu'alors que le Conseil d'État n'a pu imposer ses vues en 1997-1998, il a pris sa revanche, sur le plan doctrinal, quelques années après. Apparaît ainsi, non seulement, l'un des ressorts du *soft power* du Conseil d'État, à savoir le cumul de fonctions (ici celles de co-législateur et de producteur de savoir), mais aussi l'importance de la présence d'une doctrine produite par des scientifiques. Le savoir est un pouvoir : le slogan reste plus vrai que jamais.

Qu'est-ce qu'on peut donc trouver dans les travaux préparatoires relatifs à la révision du 12 janvier 1998, insérant l'adjectif « démocratique » dans l'article 1^{er} Const.⁷⁹ ? La proposition initiale (Doc. parl. 3895-00) déposée le 24 mars 1994 par le président de la CIRC, Georges Margue (CSV) est extrêmement courte et taciturne. L'exposé des motifs, rédigé à la va-vite, tient en deux phrases : « Le Grand-Duché de Luxembourg forme un État démocratique. Il serait utile de le préciser dès l'article premier »⁸⁰. Le document parlementaire ne précise ni la signification du mot « démocratique » ni le but recherché par ce changement.

Dans son avis du 6 mai 1994, assez court également sur ce point, le Conseil d'État estime que ce nouvel article 1^{er} n'est que la redite du principe de la « démocratie parlementaire » de l'article 51, § 1^{er}. De prime abord sceptique, le Conseil d'État se rallie à la révision pour des raisons de pure légistique : « Il pourrait [...] paraître inutile d'accentuer encore le principe du régime démocratique, ancré depuis 1948 dans notre Constitution. Comme cependant un principe d'une portée aussi générale trouve mieux sa place à l'article 1^{er} de la Constitution, le Conseil d'État peut se rallier au texte du projet de révision en ce qu'il entend préciser que le Grand-Duché de Luxembourg forme un État démocratique [...] »⁸¹. C'est ici que surgit ce que je propose d'appeler la thèse de l'identité des articles 1^{er} et 51, § 1^{er}, Const., thèse qui avait déjà été esquissée par G. Margue en 1989⁸², et qui peut être conceptualisée sous deux variantes : ou bien il y a, derrière ces deux articles, une seule norme qui date de 1948 et qui est maintenue, telle quelle, en 1998 ; ou bien il y a, derrière ces deux articles, deux normes, l'une datant de 1948, l'autre de 1998, mais dont les contenus respectifs sont parfaitement identiques. Quelle que soit la lecture théorique retenue, le résultat est le même : sur le fond, la révision de l'article 1^{er} ne change rien par rapport à 1948. Et puisque, en 1948, il n'était nulle part question de consacrer, à travers la référence à la « démocratie parlementaire », le principe fondamental de l'État de droit⁸³, il en irait de même pour la révision de 1998 — si, bien entendu, le débat relatif à la révision de l'article 1^{er} en était resté là. Or ce n'était pas le cas.

Lancé au printemps 1994, le dossier de la révision traîne et n'est repris que trois ans plus tard, en novembre 1997. Le 28 novembre 1997, la CIRC réécrit sur un autre point sans intérêt pour nous sa proposition de révision de l'article 1^{er} Const. ; elle n'aborde pas l'adjectif « démocratique » (signification et/ou fonction)⁸⁴, silence qui, à la limite, peut être interprété comme un acquiescement implicite à la lecture proposée par le Conseil d'État. Ce dernier, dans son avis complémentaire du 11 décembre 1997, ne revient plus sur ce point⁸⁵. En revanche, la CIRC y revient longuement dans son rapport du 12 décembre 1997, afin d'affirmer, à l'encontre de la thèse défendue par le Conseil d'État, sa propre position⁸⁶. Développée sur plus de trois pages, sur un ton net, structuré et incisif, la nouvelle position de

la CIRC reflète une toute nouvelle approche du droit constitutionnel. Depuis 1994, le contexte a évolué de manière décisive : avec l'arrivée à la présidence de la CIRC de Luc Frieden, jeune et ambitieux constitutionnaliste, le droit constitutionnel de la vieille école, réticente à l'État de droit, a vécu. Sous la houlette de L. Frieden, la Cour constitutionnelle a vu le jour (révision du 12 juillet 1996, loi du 27 juillet 1997) ; le discours de l'État de droit est, à présent, fermement établi dans le paysage intellectuel et politique du Luxembourg ; les systèmes étrangers qui, désormais, sont érigés en modèle des pays comme l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, le Portugal, etc., bref des pays qui, grâce au dépassement de leur passé dictatorial, se sont hissés à l'avant-garde du nouveau constitutionnalisme⁸⁷. Dès lors, l'adoption du nouvel article 1^{er} Const. prend une tournure qui n'a plus rien à voir avec la proposition initiale de G. Margue.

Voici ce qu'écrit la CIRC sous la section intitulée « Démocratie et démocratie parlementaire » :

« Cependant [à rebours de l'avis du Conseil d'État du 6 mai 1994] la Commission tient à remarquer que le terme *démocratique* réunit plus d'éléments constitutifs d'une démocratie que le terme *démocratie parlementaire* ne peut le faire. La démocratie parlementaire ne porte que sur le principe du système représentatif d'une démocratie. Quoique Lamartine dit que "Le suffrage universel est donc la démocratie elle-même", il faut cependant admettre que cette définition de la démocratie est incomplète. En effet, l'État de droit, la séparation des pouvoirs, la garantie des droits fondamentaux, l'égalité des citoyens ou tout simplement le pluralisme politique sont tout aussi bien des éléments constitutifs d'une démocratie que le système représentatif fixé par l'article 51, alinéa 1^{er}, de la Constitution. [...] Il en ressort clairement que le seul élément de la représentativité d'un système politique est largement insuffisant pour définir le terme *démocratie*. En effet, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle tient à préciser qu'il importe d'adapter la Constitution luxembourgeoise aux besoins de notre époque. Ainsi, il est clair que la définition d'antan du terme *démocratie* ne peut plus suffire »⁸⁸.

La CIRC est aussi consciente qu'il s'agit, en l'espèce, de consacrer une norme du type « principe/principe fondamental » dont l'importance pratique ne cesse de croître ainsi qu'il ressort des jurisprudences des cours constitutionnelles étrangères et des juridictions européennes. Sous la section intitulée « Le rôle du terme démocratique dans la Constitution luxembourgeoise », elle énonce :

« La Commission tient à remarquer qu'une grande partie des Constitutions des pays membres de l'Union européenne énoncent les principes généraux sur lesquels la Constitution respective est axée. Ainsi, est-il souvent mentionné non seulement le principe du régime démocratique mais aussi celui de l'État de droit, de l'État social et du pluralisme politique. Voilà pourquoi on pourrait argumenter que l'article 1^{er} ne fait un énoncé que trop incomplet des principes fondamentaux régissant la Constitution. [...] Toutefois, comme il a été exposé plus haut, la Commission est d'avis que le terme *démocratique* constitue un terme générique. En effet, l'histoire théorique et pratique de la démocratie montre clairement que la démocratie moderne englobe justement tous les éléments constitutifs d'une démocratie, de façon qu'il n'y a pas lieu d'introduire des principes autrement plus précis, d'autant plus qu'ils sont tous contenus dans le terme démocratique et garantis par les articles suivants de la Constitution »⁸⁹.

Cette lecture a été présentée lors du débat en séance plénière le 16 décembre et a obtenu, à l'unanimité, le feu vert de la Chambre des députés⁹⁰. Ainsi, c'est à travers l'adjectif « démocratique », introduit par la loi de révision du 12 janvier 1998⁹¹, qu'a été consacré le principe fondamental de l'État de droit. Quant au contenu de ce principe, il est évident, au vu du contexte général, que le mot « État de droit »

⁷⁹ Dossier parlementaire n° 3895. La révision fait suite, selon le régime d'antan de l'article 114 Const., à une déclaration de révision (de révisabilité) du 31 mai 1989 (dossier parl. n° 3342).

⁸⁰ Doc. parl. n° 3895-00, p. 1.

⁸¹ Doc. parl. n° 3895-1, p. 3.

⁸² Voir, à l'occasion du débat sur la déclaration de révision (de révisabilité) du 31 mai 1989 (Doc. parl. n° 3342), son propos du 30 mai 1989, *Compte-rendu des débats de la Chambre des députés*, 1989, col. 4329 : « Dozou gehéiert och den Artikel 1, an deem nêt steet, Lëtzebuerg wir eng Demokratie. Dat steet zwar enzwousch anescht, mat dat kënne mer och an den Artikel 1 schreiwen ».

⁸³ Lire *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, sess. ord. 1947-1948, annexes, dossier parl. n° 158, pp. 197, 210, 234, 238 ; débats, col. 1001, 1052 et s., 1063.

⁸⁴ Doc. parl. n° 3895-2, pp. 1 et s.

⁸⁵ Doc. parl. n° 3895-3, p. 1.

⁸⁶ Doc. parl. n° 3895-3. Le rapporteur en charge de la rédaction du rapport de la CIRC était le député libéral J.P. Rippinger (DP), ardent défenseur d'une ambitieuse justice constitutionnelle. Les propos du rapport sur l'adjectif « démocratique » se trouvent aux pages 2 à 5.

⁸⁷ Aux yeux de la vieille école, celle incarnée entre autres par G. Margue, ces pays devaient, au contraire, être gardés à distance, du fait de leur passé dictatorial et de la jeunesse de leurs institutions démocratiques. Pour G. Margue, il fallait s'en tenir aux modèles des vieilles démocraties (Belgique, Pays-Bas, France, pays scandinaves). Lire son discours du 30 mai 1989, *Compte-rendu des débats de la Chambre des députés*, 1989, col. 4327-28.

⁸⁸ Doc. parl. n° 3895-3, p. 3-4 (italique dans le texte original).

⁸⁹ Doc. parl. n° 3895-3, pp. 4-5 (italique dans le texte original).

⁹⁰ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 15^e séance du 16 décembre 1997, col. 880 et s., 892 et s., 906.

⁹¹ *Mémorial A*, 1998, n° 2, p. 10.

se réfère en particulier, mais pas seulement, à la reconnaissance d'un droit à la protection juridictionnelle.

B. Une audace qui peut passer inaperçue : le self-restraint de la Cour constitutionnelle en méconnaissance de l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997

Dans l'arrêt n° 146, il y a des audaces apparentes, mais il y a aussi des audaces moins visibles, ainsi qu'on le verra à présent grâce précisément à une lecture historique. L'enjeu est l'article 8, alinéa 1^{er}, 2^e phrase, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

Dans le présent arrêt, la Cour constitutionnelle revient justement sur la question intriquée de cette disposition afin de rappeler, sans rien y changer, sa lecture un peu moins stricte qu'elle a développée à ce sujet dans son arrêt n° 57 de 2010⁹². Comme l'on sait, l'article 8, alinéa 1^{er} (« La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte »), soulève d'ardues discussions car, selon d'aucuns, y compris la Cour constitutionnelle, la deuxième phrase consacrerait la compétence de la juridiction de renvoi de délimiter, à l'égard de la Cour constitutionnelle, non seulement l'objet du contrôle de constitutionnalité (telle loi ou partie de loi), mais aussi les *normes de référence du contrôle*. Ce sont deux problématiques différentes, qu'il convient de bien distinguer⁹³ ; en l'espèce, seule la seconde problématique est en cause et c'est elle seule qui sera analysée ci-après.

En effet, alors que le Tribunal administratif avait situé — dans la formulation officielle de sa question préjudicielle⁹⁴ — le « principe de l'État de droit » (et celui de la « légalité ») au niveau de l'article 95 Const., la Cour constitutionnelle, quant à elle, situe le « principe de l'État de droit » dans les articles 1^{er} et 51, § 1^{er}, Const. La lecture très stricte de l'article 8, très en vogue dans le passé, aurait voulu que la Cour constitutionnelle reste enfermée strictement dans le cadre tracé par la question de la juridiction de renvoi : la Cour ne pourrait ni soulever un problème de constitutionnalité d'un autre article de la loi ou même d'une autre loi (applicable, voire inapplicable au cas), ni invoquer, par rapport à l'article de la loi indiqué, un nouveau grief fondé sur un autre article de la Constitution⁹⁵. Le mot clé, ici, est le mot « article » : l'article 8 de la loi de 1997 parle de « disposition », terme qui, d'ordinaire, est considéré comme un synonyme de « article » (la Cour elle-

même, dans le présent arrêt, identifie d'ailleurs « disposition » et « article »⁹⁶).

Appliquée à l'espèce, une telle lecture de l'article 8 aurait obligé la Cour constitutionnelle à prononcer une déclaration de conformité à la Constitution, plus exactement : une déclaration de conformité de l'article 6 de la loi du 25 novembre 2014 (version initiale) par rapport à l'article 95 Const. Or ce n'est pas ce que fait la Cour : la Cour deserre, un peu, le carcan, en arguant (lecture un peu moins stricte développée pour la première fois en 2010) que si la juridiction de renvoi ne cite pas un *article* précis de la Constitution comme dans l'affaire n° 57 de 2010, ou si elle se trompe d'article comme dans la présente affaire, mais qu'elle indique clairement la *norme juridique* véhiculée, selon elle, par la Constitution, il est satisfait aux exigences de l'article 8 et la Cour constitutionnelle est valablement saisie de ce grief. Pour ce qui est de la délimitation des standards de son contrôle, la Cour constitutionnelle est liée par la *norme* constitutionnelle indiquée par la juridiction de renvoi et non pas tant par le *numéro de l'article*. Dans les mots de la Cour constitutionnelle : « Il est indifférent que la juridiction de renvoi s'abstienne de désigner l'article de la Constitution susceptible d'être violé par une norme légale, dès lors qu'elle indique clairement la *règle juridique* contenue dans une ou plusieurs dispositions de la Constitution »⁹⁷.

Une remarque (critique) d'ordre sémantique par rapport à l'extrait cité : plutôt que de parler de « norme » constitutionnelle, comme c'est l'usage établi à présent dans la science constitutionnelle internationale, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise parle, selon une sémantique qui remonte à la littérature française de droit civil du XIX^e siècle, de « règle ». Il serait préférable, toutefois, de parler de « norme » (de norme juridique) car ce terme, familiarisé en particulier par Kelsen, mais qui est aussi repris par des juristes qui n'adhèrent pas à l'école de Vienne, offre une grille d'analyse bien plus fine et exhaustive du droit. Le terme « norme juridique » (qui renvoie à une obligation, une interdiction ou une autorisation juridiques) permet d'englober et de différencier les normes juridiques « générales » des normes juridiques « individuelles » et, au sein des normes juridiques générales, ces deux sous-catégories que sont, d'une part, les « règles » et, d'autre part, les « principes ». La distinction « règle/principe » « rule/principle », « Regel/Prinzip » est, de nos jours, depuis les premiers travaux explorateurs de Ronald Dworkin, une distinction centrale en science, en particulier pour ce qui est du droit constitutionnel, lequel compte, parmi ses normes, certes beaucoup de règles, mais aussi un certain nombre (variable) de « principes », dont le maniement scientifique et pratique est bien plus ardu, ou intéressant, que celui des « règles ». En l'espèce, si l'État de droit est admis en tant que norme juridique, c'est un principe (d'aucuns diront même un méta-principe), et non une règle. Sur ce point, la Cour perd un peu son latin, car tantôt elle qualifie l'État de droit de « principe », tantôt (parce qu'elle a, de manière maladroite, opposé « disposition/article » et « règle ») elle le qualifie de « règle », ce qui induit en erreur sur la nature de l'objet.

Or, même par rapport à cette lecture moins stricte, il convient de clamer haut et fort qu'il s'agit d'une aberration et, pour tout dire, d'une méconnaissance totale de la loi, de l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997. Malmené, l'article 8 a connu un triste sort, faisant l'objet d'au moins quatre thèses : a) l'article doit être lu selon une lecture très stricte, qui, du reste, serait parfaitement conforme à l'article 95^{ter} Const. ; b) la lecture un peu moins stricte : là où l'article dit « disposition » (article), il faut lire, en vérité, « règle/norme » ; c) cet article, lu de manière très stricte, est contraire à l'article 95^{ter} Const. (P. KINSCH⁹⁸) ; la Cour constitutionnelle ne devrait donc pas l'appliquer ; d) au gré d'une lecture systématique et d'une mise en balance des différents objectifs en présence, Carola Sauer a conclu récemment que l'article 8 autorisait la Cour constitutionnelle à vérifier la conformité d'une norme légale déferée à toute la Constitution⁹⁹.

Pourtant, il suffisait de lire les travaux préparatoires (dossier parl. n° 4218) — tous les travaux préparatoires de la loi : non seulement les

92 Arrêt n° 57 du 1^{er} octobre 2010.

93 Cela ressort déjà de l'histoire de l'article 8 et des questions de fond que ce dernier soulève. En ce sens aussi : C. SAUER, *Contrôle juridictionnel des lois au Luxembourg*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 332.

94 En cela, le Tribunal administratif relayait à la Cour constitutionnelle l'argumentation de la partie demanderesse. Pourtant, lorsque, dans son jugement, le Tribunal administratif discute du bien fondé de cet argument, il l'infléchit sensiblement en situant le siège de l'État dans une pluralité d'articles de la Constitution (l'article 95, 95^{bis}, les articles relatifs aux droits fondamentaux ainsi que l'article 51 Const.). À noter : l'article 1^{er} n'est point cité, ce qui illustre l'ignorance de l'histoire de la part du Tribunal administratif.

95 Sur ce dernier volet, voir, d'une part, l'arrêt n° 37 du 17 novembre 2006 (« Considérant qu'à défaut de disposition normative afférente, la Cour constitutionnelle n'est pas habilitée à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi ») et, d'autre part, l'arrêt n° 40 du 25 mai 2007 (la Cour rejette comme irrecevable un nouveau grief d'inconstitutionnalité introduit par l'une des parties lors de la procédure pendant devant elle). Que la Cour puisse à l'occasion ajouter, à l'article de la Constitution cité par la juridiction de renvoi, un autre article, non cité mais intrinsèquement lié au premier, ne change rien à la donne. Une illustration éclairante de ce cas de figure est fournie par l'arrêt n° 38 du 2 mars 2007 : le Tribunal administratif soulevait la question de la constitutionnalité d'un article de la loi budgétaire par rapport à « l'article 32, § 3, Const. », lequel définit de manière générale le principe et les limites de l'intervention d'un règlement grand-ducal dans une matière réservée à la loi. En l'espèce, le caractère réservé de la matière résulterait de l'article 99 Const., article que le Tribunal administratif n'avait pas cité. Or, pour répondre au grief fondé sur l'article 32, § 3, la Cour se devait, logiquement, d'évoquer l'article 99 qui ne fait que prolonger et préciser les exigences de cet article. Elle ne sortait en rien du cadre indiqué par le juge de renvoi, puisqu'elle ne faisait que développer, de manière systématique, le grief avancé par ce dernier. Ce type de raisonnement n'est donc pas à considérer comme une prise de distance par rapport à la lecture très restrictive posée dans l'arrêt n° 37. Similaire : les arrêts n° 29 à 33 du 7 avril 2006, n° 39 du 30 mars 2007, n° 114 du 28 novembre 2014, n° 125 du 1^{er} juillet 2016.

96 Considérant n° 7.

97 Arrêt n° 146, considérant n° 7 (italique ajouté par mes soins). Cette formulation de la lecture moins stricte de l'article 8 est reprise, telle quelle, de l'arrêt précité n° 57 du 1^{er} octobre 2010.

98 Cette lecture est évoquée rapidement par P. Kinsch dans sa note sur le présent arrêt.

99 C. SAUER, *Contrôle juridictionnel des lois au Luxembourg*, pp. 327 et s., spéc. pp. 334 et s. et p. 349.

avis du Conseil d'État, comme il est parfois d'usage, mais aussi les rapports de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) — pour s'en faire une idée limpide¹⁰⁰. À cet égard, l'observateur est pour le moins surpris de constater que jamais la Cour constitutionnelle ne s'est donné la peine d'évoquer et de discuter, dans ses divers arrêts impliquant l'article 8, et en particulier dans le présent arrêt, lesdits travaux préparatoires, comme du reste elle ignore, de manière systématique, les débats qui ont donné lieu à la Constitution de 1868 et aux révisions ultérieures.

Or que ressort de ces travaux ?

La proposition de loi initiale de Luc Frieden (*Doc. parl.* n° 4218-00, articles 19 et 20) était partie de la prémisse que, d'une part, le procès ordinaire serait suspendu par une simple « rupture du délibéré » (un mode de suspension qui n'était pas même prévu par les codes de procédure et qui n'était accompagné d'aucune forme de motivation) et, d'autre part, que la question préjudicielle *stricto sensu* serait un acte spécial qui ne prendrait pas la forme, connue et rodée, d'un jugement ordinaire. Du coup, on était en terrain totalement inconnu : il fallait définir le style de rédaction de l'écrit à envoyer à la Cour constitutionnelle. Or, sur ce point, la proposition ne voulait guère rentrer dans les détails (aux juges de trouver un mode de rédaction) et se contentait de dire qu'il n'y aurait « aucune condition particulière de forme » (article 20, 2^e phrase), à ceci près, bien sûr, que la juridiction devait énoncer la question préjudicielle. D'où la phrase suivante : « Elle [l'écrit à envoyer à la Cour] indique avec précision les dispositions législatives sur lesquelles porte la question » (article 20, 3^e phrase). Enfin, la proposition ajoutait que cet écrit « pouvait comporter tout autre élément de droit [pensez ici : de droit constitutionnel] que la juridiction de renvoi juge[rait] utile à soumettre à la Cour constitutionnelle » (article 20, 4^e phrase). Ces énoncés visaient donc, clairement, non pas la Cour constitutionnelle (son rôle par rapport à celui du juge de renvoi, ce qu'elle devait faire ou non) ; ils visaient le juge de renvoi, à qui étaient indiquées les exigences minimales à respecter lors de la rédaction de l'acte spécial « Question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ». Lorsque la proposition de loi de Luc Frieden évoquait la répartition des rôles entre les deux juridictions, elle visait bien à faire assumer par la juridiction de renvoi un rôle de « filtre », mais ce filtrage était dirigé contre les parties et était censé « éviter les questions constitutionnelles peu sérieuses »¹⁰¹, constellation du débat qui n'évoluera guère tout au long de la discussion sur la future loi de 1997. Dans la proposition de Luc Frieden, une quelconque limitation de la Cour constitutionnelle, au niveau de ses normes de références, n'était nulle part recherchée, évoquée et prévue, puisque, à lire à la lettre la 4^e phrase de l'article 20 de la proposition, une juridiction de renvoi pouvait, au pire, se contenter de demander à la Cour de vérifier la conformité de tel article « à la Constitution », sans mentionner aucun grief spécifique.

Ce premier système a été repensé sensiblement, mais pas totalement, par le Conseil d'État dans son important avis du 28 mars 1997 (*Doc. parl.* n° 4218-2). Au nom de l'article 89 Const., le Conseil d'État s'est opposé fermement, et formellement, à la procédure d'une simple rupture de délibéré¹⁰² : selon lui, une juridiction statue par voie de jugement, en bonne et due forme. Une juridiction ordinaire, lorsqu'elle estime qu'il faut saisir (ou ne pas saisir) la Cour constitutionnelle, doit s'exprimer par le biais d'un jugement, et non par quelque acte spécial dont la forme et la nature seraient encore à inventer. Or, tout jugement, en vertu de l'article 89 Const., doit être motivé : dès lors, le juge doit s'expliquer, *vis-à-vis des parties*, pourquoi il suspend et, partant, retarde le procès. Il ne peut le faire qu'en explicitant à la fois la norme législative qui est en jeu et, au minimum, un grief d'inconstitutionnalité (un seul) qui soit suffisamment sérieux. C'est pour cette raison — à savoir l'article 89 Const. — que le Conseil d'État réécrit sur ce point la proposition de Luc Frieden : la rupture du délibéré est écartée ; la question préjudicielle doit désormais, selon le nouvel article 20 (= actuel article 8 loi 1997) « figurer au dispositif du jugement » (ce qui introduit, de manière expresse, l'exigence d'un jugement en bonne et due forme) ; la phrase « La question préjudicielle ... ne doit répondre

à aucune condition particulière de forme » est maintenue alors que, désormais, elle n'a plus de sens (c'est une malheureuse scorie, puisque la forme de la question est désormais réglée : c'est un jugement !) ; enfin, le Conseil d'État supprime la 4^e phrase de l'article 20 et insère, dans la 3^e phrase, une obligation dans le chef de la *juridiction à expliciter le ou les griefs d'inconstitutionnalité* (nouvel article 20 = actuel article 8 : « la question préjudicielle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte »). Le *telos* de cette reformulation est clair : il s'agit d'obliger la juridiction de renvoi à se justifier *par rapport aux parties*, dont l'une ou peut-être même les deux (en cas de moyen soulevé d'office) ne seraient pas contentes de la suspension du procès. Or, par rapport aux parties, un seul grief d'inconstitutionnalité sérieux peut suffire à la limite : un seul grief permet de justifier la suspension du procès par la juridiction de renvoi. Bien sûr, toutes les juridictions judiciaires et administratives sont obligées de connaître, parfaitement, tout le droit applicable, y compris toute la Constitution¹⁰³ et elles sont obligées de soulever d'office tout grief d'inconstitutionnalité¹⁰⁴. Elles devraient, donc, en principe, établir la liste définitive de tous les griefs d'inconstitutionnalité sérieux. Or, *quid* si une juridiction ordinaire oublie un grief ou écarte tel autre grief qui, à ses yeux, ne serait pas sérieux, mais qui, de l'avis de la Cour constitutionnelle, est tout à fait pertinent : la Cour constitutionnelle pourrait-elle se saisir néanmoins de ce grief oublié ou écarté ?

La question a été, clairement, identifiée par les auteurs de la loi de 1997. Il faut, sur ce point, se référer au rapport final de la CIRC du 20 juin 1997 rédigé par Luc Frieden (*Doc. parl.* n° 4218-9). La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle valide la réécriture du Conseil d'État du futur (actuel) article 6 et rappelle, à nouveau, que le rôle de filtrage à jouer par les juridictions ordinaires a pour but d'éliminer des critiques d'inconstitutionnalité non sérieuses, afin de ne pas ralentir inutilement le procès en cours. Ensuite, elle se prononce dans des termes on ne peut plus clairs sur cette autre problématique qu'est la délimitation des standards de contrôle de la Cour constitutionnelle :

« Par ailleurs, si la décision de renvoi doit indiquer les dispositions constitutionnelles par rapport auxquelles la conformité de règles législatives doit être vérifiée par la Cour constitutionnelle, rien n'empêche cette dernière de prendre en considération également d'autres dispositions constitutionnelles pour rendre son arrêt ; elle n'est, sur ce point, pas liée par la décision de renvoi »¹⁰⁵.

Faut-il encore d'autres arguments pour laisser tomber l'actuelle lecture de l'article 8 ? Il me semble que non, mais je vais néanmoins en citer. On pourrait d'abord citer les modèles étrangers ou l'exemple du droit de l'Union européenne (la Cour de justice de l'UE est libre d'ajouter aux normes citées par la juridiction de renvoi toute autre source de droit de l'UE dès lors qu'elle est applicable à la matière). On peut ensuite, et surtout, se rendre à l'évidence ce qu'a d'absurde la solution actuelle : alors que, en vertu de l'article 6, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997, les *juridictions ordinaires* sont dans l'obligation de soulever d'office tout grief d'inconstitutionnalité, et alors qu'un simple *organe administratif*, quel qu'il soit, est, en vertu de l'article 3 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure administrative non contentieuse (PANC), « tenu d'appliquer d'office le droit applicable à l'affaire dont [il] est saisi », la Cour constitutionnelle serait-elle le seul organe à ne pas pouvoir, d'office ou suite à un nouveau grief d'inconstitutionnalité soulevé par l'une des parties¹⁰⁶, appliquer toutes les normes applicables de la Constitution, y compris des normes non évoquées par la juridiction de renvoi ? Serait-elle moins compétente qu'un simple organe administratif ? C'est le monde à l'envers... Conclusion sur ce point précis : tant l'article 95ter, § 1^{er}, Const. qui

¹⁰³ Idée simple, évidente, qui, pourtant, n'est jamais dite de manière directe et explicite dans le texte de la Constitution ! On l'y trouve que de manière indirecte, via, par ex., l'exigence, datant du XIX^e siècle, que les juridictions agissent « au nom du Grand-Duc » (article 49 Const.) ; or comme l'organe Grand-Duc lui-même ne peut agir que « conformément à la Constitution et aux lois » (article 32, § 1^{er}, 2^e phrase, Const.), cette dernière limitation vaut aussi pour les juridictions agissant « au nom du Grand-Duc ». Au niveau législatif, l'exigence que les juridictions ordinaires connaissent sur le bout des doigts la Constitution ressort de l'obligation de soulever d'office tout grief d'inconstitutionnalité (article 6, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997).

¹⁰⁴ Article 6, alinéa 3, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle.

¹⁰⁵ *Doc. parl.* n° 4218-9, p. 11, *sub* article 6.

¹⁰⁶ *Contra* : l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 40 du 25 mai 2007.

¹⁰⁰ À cet égard, je ne puis souscrire à l'affirmation de C. SAUER, *op. cit.*, p. 331, selon laquelle les travaux préparatoires seraient « peu révélateurs ». D'ailleurs, par la suite (p. 349), et à rebours de sa position antérieure, l'auteur se sert des intentions du législateur comme critère d'interprétation de l'article 8 de la loi de 1997.

¹⁰¹ *Doc. parl.* n° 4218-00, p. 7, *sub* article 18 (ce qui deviendra l'actuel 6 de la loi de 1997).

¹⁰² *Doc. parl.* n° 4218-2, p. 7, *sub* articles 19 et 20.

charge la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité des lois « à la Constitution », que l'article 8 de la loi de 1997, tel qu'interprété correctement à la lumière des intentions de ses auteurs, commandent un revirement de la part de la Cour constitutionnelle.

Conclusion générale

Quel avenir pour le principe fondamental de l'État de droit au Luxembourg ?

La reconnaissance de l'existence d'un principe fondamental de l'État de droit inaugure-t-elle une nouvelle étape, cruciale, dans l'évolution de notre constitutionnalisme ? La Cour constitutionnelle, autrefois si proche — trop proche, selon d'aucuns — du texte de la Constitution, deviendra-t-elle un juge de plus en plus activiste à mesure qu'elle découvrira (ou que les autres acteurs judiciaires lui feront découvrir) le potentiel de ce nouveau principe ? Selon le célèbre décompte opéré par Katarina Sobota, le terme « Rechtsstaat » est associé, en droit constitutionnel et administratif allemand, à plus d'une centaine de normes, des plus générales au plus concrètes¹⁰⁷ ! De combien de normes a « grossi » la Constitution luxembourgeoise à travers l'inclusion de ce principe ? La refonte de la Constitution est-elle encore nécessaire ? Est-ce que, désormais, on assistera en droit constitutionnel luxembourgeois, à rebours de la traditionnelle « belgophilie » et « francophilie » remontant au XIX^e siècle, à une « germanisation » des esprits ? Car, s'il est un pays qui a le plus développé la théorie et la dogmatique du « principe de l'État de droit », c'est bien l'Allemagne. L'arrêt n° 146 serait-il un arrêt si « grand », si fondamental au point d'insuffler au droit constitutionnel luxembourgeois une nouvelle dynamique ?

L'avenir le dira.

Pour l'instant, je dirais, d'une part, que la refonte du texte constitutionnel reste, même si l'on exploite au mieux le caractère spongieux — d'aucuns diront : « attrape-tout » — du principe constitutionnel de « l'État de droit », une nécessité absolue. Déjà, il serait malsain, du point de vue de la clarté et de l'accessibilité du droit, que la Constitution luxembourgeoise se compose en quelque sorte, d'un côté, d'un texte démodé, alambiqué, aux multiples couches historiques — bref d'un texte de plus en plus incompréhensible pour le commun des mortels — et, de l'autre, de principes les plus abstraits dont la Cour constitutionnelle dégagerait des solutions novatrices. L'écrit, le droit écrit, reste un élément central dans un bon État de droit ; la confiance dans les juges, aussi sages fussent-ils, n'est pas sans limite. À cela s'ajoute que ce n'est pas grâce à ce levier qu'est le principe de l'État de droit, que la Cour constitutionnelle, si déjà elle est saisie, pourra faire sauter nombre d'incongruités de notre régime constitutionnel actuel (le *Führerrecht*, l'inviolabilité du grand-duc, la pratique des référendums seulement « consultatifs », le régime de la dissolution de la Chambre, la dépendance du parquet par rapport au ministre de la justice, etc.). Bref, il faut continuer sur la voie de la proposition n° 6030.

D'autre part, il n'est pas exclu que l'engouement actuel pour le « principe de l'État de droit » se tasse un moment, soit parce qu'il donne lieu à des usages autrement plus discutables et clivants que dans le présent cas, soit parce que, par prudence, les juges, après un premier élan, se retirent par peur de faire un faux pas (un peu comme à la procession d'Echternach : « un pas en avant, trois pas en arrière »...). Certes, les « principes » sont mieux admis, de nos jours, même parmi les juristes luxembourgeois, ce qui n'était pas toujours le cas dans le passé. En 1956, un juriste aussi éminent et influent que Pierre Pescatore déniait à la formule « démocratie parlementaire » le caractère de norme juridique¹⁰⁸. De nos jours, l'air du temps est assurément plus favorable au maniement des principes. Dans la théorie

contemporaine du droit, Ronald Dworkin et Robert Alexy ont emporté la victoire contre les Kunig, Kelsen et les positivistes du XIX^e siècle qui voulaient garder la justice à l'écart de dispositions aussi creuses. Que ce soit dans la science internationale du droit constitutionnel ou dans les multiples réseaux de juges (les associations et conférences de cours constitutionnelles en Europe et dans le monde, auxquelles participent aussi, à présent, certains représentants de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise), l'ambiance intellectuelle encourage le recours aux principes, en particulier à celui d'État de droit, qui est, certainement, parmi les plus abstraits (le plus abstrait serait, sans doute, celui de « l'intérêt général/bien commun », mais celui-ci n'a pas encore, à ma connaissance, connu de consécration¹⁰⁹).

Pourtant, il ne faut pas oublier que le récent activisme de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise recèle aussi des angles morts. Une certaine méfiance resurgit lorsqu'il est question, par exemple, et surtout, de l'article 11, § 1^{er}, Const.¹¹⁰ Les espoirs placés dans cet article en vue de moderniser le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution luxembourgeoise étaient importants. Plusieurs facteurs y étaient favorables : à l'inverse de « l'État de droit », il s'agit d'une disposition inscrite, telle quelle, dans le texte de la Constitution ; après un premier malaise¹¹¹, la Cour constitutionnelle a estimé que l'article 11, § 1^{er}, Const. consacrait, seulement (!), deux principes, qui sont pourtant parmi les plus fondamentaux et fertiles : celui de la « dignité humaine » et celui de « la liberté » (au singulier)¹¹². Que fallait-il de plus, en tant que Cour constitutionnelle, pour se lancer dans une jurisprudence libérale audacieuse ? Or, après cette déclaration de principe, la Cour n'en a plus fait grand-chose, même lorsque les avocats et les juridictions de renvoi (qui filtrent les arguments « non sérieux ») ont présenté sur le plateau ce moyen à la Cour. Les dernières années, elle ne daigne même plus répondre sur le fond à ce moyen, estimant que d'autres griefs permettent déjà de censurer la loi¹¹³. Or comment la Cour constitutionnelle veut-elle que la Constitution informe, de plus en plus, la pratique juridique, si elle ne développe pas le contenu de la Constitution ? N'est-ce pas une manière de décourager les parties, les avocats et les juridictions de renvoi, en recalant (ignorant) à chaque fois ce « principe » ? Qu'est-ce qui garantit que le même sort ne sera pas réservé au principe fondamental de l'État de droit, d'autant que celui-ci a une portée encore plus large ?

Luc HEUSCHLING

Professeur de droit constitutionnel
Université du Luxembourg

¹⁰⁷ K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tubingue, Mohr, 1997.

¹⁰⁸ P. PESCATORE, « Essai sur la notion de loi », in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg - Livre jubilaire 1856-1956*, Luxembourg, Bourg-Bourger, 1957, p. 372.

¹⁰⁹ En Bavière, l'article 3 de la Constitution de 1946 (« Bayern ist ein Rechts-, Kultur- und Sozialstaat. Er dient dem Gemeinwohl ») met, certes, en exergue la nécessaire soumission de l'État à « l'intérêt général », mais il reste à savoir si cette dernière expression est, en soi, le siège d'une normativité. En France, où le discours sur « l'intérêt général » est omniprésent chez les juristes, spécialement chez les spécialistes du droit administratif, le Conseil constitutionnel n'a jamais érigé cette formule en norme constitutionnelle autonome. Sur cette problématique, voir l'étude de G. Merland. En France, voir l'étude de G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2004.

¹¹⁰ Sur ce sujet, voir C. SAUER, *op. cit.*, pp. 203 et s.

¹¹¹ Arrêt n° 2 du 13 novembre 1998.

¹¹² Arrêt n° 20 du 28 mai 2004 : « Considérant que le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté ».

¹¹³ Arrêt n° 110 du 11 juillet 2014 ; arrêt n° 113 du 28 novembre 2014.