

« La naissance du Grand-Duché de Luxembourg en tant qu'État :
1830/31, 1815 ou les deux ? »

Conférence du 29.09.2020

Conférence conjointe de la Section des sciences morales
et politiques et de la Section historique

DE LA NAISSANCE DE L'ÉTAT LUXEMBOURGEOIS. ANALYSE ET HISTORIQUE DE LA PROBLÉMATIQUE

par

Luc Heuschling

Luc Heuschling est, depuis 2011, professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg. Parmi ses dernières publications : « Un nouveau type, insolite, de refus de sanction : l'inaction du roi Baudouin en 1990 et du grand-duc Henri en 2008 », in *Semper perseverans. Liber Amicorum André ALEN*, Morsel, Intersentia, 2020, p. 1063-1074; « Luxembourg: Grand-Duke Henri's refusal, in 2008, to sign the bill legalizing euthanasia », in R. Hazell, B. Morris (eds), *The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared*, Oxford, Hart, 2020, p. 52-57.



I^{re} partie | La complexité d'une problématique juridique : la nécessité d'une réflexion épistémologique

Plan

A | « La création, en droit, d'une personne morale État » : les pièges de la polysémie

B | La complexité croissante de la problématique en cas de « création » d'un État par le droit international

1° Le cas simple et le plus fréquent : la création de l'État par des normes de droit interne

2° La « création » « d'un État » par le droit international : l'impact des théories du dualisme et des monismes

a) Le dualisme : deux États, deux créations

b) Le monisme avec primauté du droit international : le rôle « créateur » faible ou fort du droit international

II^e partie | S'inter l'actuel débat dans le temps : un essai de reconstruction

A | Le discours dominant sur cette problématique : « 1815 et 1839 »

1° Sa teneur

2° Les origines du discours *mainstream*

a) Pour ce qui est du rôle créateur du traité de Vienne : le revirement de 1830

b) Les ambiguïtés originelles des discours sur le rôle créateur du traité de Londres

B | Les récentes remises en cause du discours *mainstream*, côté 1815 et côté 1839

1° Deux études critiques, en histoire (G. Thewes) et en histoire du droit (L. Heuschling)

2° Les perspectives d'avenir : *Init* 1830/31. *Exit* 1839 (pour l'essentiel). Reste la question de 1815

Insuffisamment ou mal labouré, le champ de l'histoire constitutionnelle du Luxembourg – histoire que, en tant que juriste, je conçois essentiellement comme une histoire du *droit* constitutionnel, de *normes* constitutionnelles – recèle de nombreux mystères, des coins semi-obscur, des demi-vérités (des « mythes »¹⁾ et des surprises. Il en est ainsi d'aspects qui, de prime abord, sont de nature anecdotique. Ainsi qu'est-il arrivé dans le texte sol-disant officiel² de la Constitution actuelle du Grand-Duché au mot « roi » - l'ancien « *roi grand-duc* »³ -, « roi » qui n'y figure plus, alors qu'il n'a jamais fait l'objet d'une révision en vertu de l'art. 114 Const. ? Comment – à quel moment, du fait de qui, en vertu de quoi - ce mot s'est-il « perdu », « évaporé » ? N'est-il pas étrange dans un État de droit que des mots dans le texte de la Constitution fassent en quelque sorte « pschitt » et que personne ne s'en offusque, voire ne le remarque ? D'ailleurs, le mot a-t-il véritablement disparu ou est-il toujours présent en vérité, dans la vérité du droit ? Il y a d'autres questions déjà plus importantes sur le fond du droit. Ainsi qu'est-il arrivé exactement, sur le plan juridique, au projet de loi sur la défense de l'ordre politique et social (« loi muselière ») après le célèbre référendum du 6 juin 1937 ? Ce projet de loi définitivement adopté par la Chambre des députés disparut-il « de la surface » parce que, techniquement, Charlotte ne l'a pas signé (serait-ce donc un cas ignoré de refus de sanction bien avant la crise de 2008 ?) ou le gouvernement Bech de l'époque, après « l'avis » (le simple avis) du peuple, a-t-il refusé de transmettre le texte à Charlotte ou au Mémorial ? En avait-il la compétence ?⁴ Autre question, en lien justement avec le rôle du chef de l'État, sujet ô combien sensible dans notre pays : quels étaient, exactement, le but d'Henri et sa lecture du droit lors de la fameuse crise de 2008 ?⁵

1 L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51 § 7 Const. Lux.) Une déconstruction historique », *Partovité luxembourgeoise*, 2015, n°1, p. 1-49.

2 Je veux dire par là le texte de la Constitution luxembourgeoise qui, d'habitude, est présenté et cité comme le « **texte actuellement en vigueur** » par tous les juristes luxembourgeois à savoir : le Ministère d'État (Service central de la législation) dans ses publications commerciales, la Cour constitutionnelle ou quelque autre juridiction dans leurs arrêts et jugements, sans oublier la doctrine dans ses divers travaux (ex. le manuel d'Eyschen de 1910, le « Code Larcier Droit luxembourgeois », les diverses études de dogmatique du droit constitutionnel luxembourgeois dont d'ailleurs aussi les miennes).

3 Voir, par ex., dans le texte original de la Constitution du 17 octobre 1868 tel que publié dans le *Mémorial*, 1868, n°23, p. 220 ss : l'initiale du chapitre 1er, art. 4, art. 6, art. 7, art. 8, art. 32, art. 33, art. 34, art. 35, etc. Sauf à de rares occasions (ex. art. 5), l'organe faisant fonction de chef d'État s'appelait officiellement, en 1868, « *Roi Grand-Duc / König Grossherzog* » et non « *Grand-Duc / Grossherzog* ».

4 Sur ces différentes pistes, mais sans réponse finale : L. Heuschling, « Le discours sur la valeur... », *op. cit.*, p. 21.

5 Pour un premier quadrillage : L. Heuschling, « Un nouveau type, insolite, de refus de sanction : l'inaction du roi Baudouin en 1990 et du grand-duc Henri en 2008 », *Semper perseverans. Liber Amicorum André Allen, Mortsel, Intersecta*, 2020, p. 1063-1074.

Parmi les questions non-élucidées, ou que l'on croit à tort élucidées, figure également celle de la « naissance » (i.e. de la date de création) du Grand-Duché de Luxembourg, de sa naissance *en tant qu'État*. Cette dernière précision, ce besoin d'y insister, nous la devons spécialement à Guy Thewes. S'opposant à un glissement subreptice du mot « grand-duché » vers le concept d'État, il écrit : « *Der Verteilung des Titels 'Großherzogtum' darf nicht in die Irre leiten. Es ist kein Beleg für eine staatliche Eigenständigkeit* »⁶. Guy Thewes cite à ce sujet l'exemple du « Grand-Duché du Bas-Rhin » (en allemand : *Grossherzogtum Niederrhein*) : sous cette appellation créée par l'article 25 dernier alinéa de l'Acte final du Congrès de Vienne⁷, était désigné un territoire attribué au roi de Prusse, grand-duc du Bas-Rhin, territoire qui avait et gardait le statut de simple province. On pourrait encore ajouter les exemples du « Grand-Duché de Posen »⁸ et du « Duché de Saxe »⁹, territoires découpés par le traité de Vienne et qui, à leur tour, furent administrés comme une province ou une partie d'une province au sein de l'État prussien. Jusqu'en 1918, la titulature officielle longue des rois de Prusse comportait d'ailleurs toujours les titres de « *Großherzog vom Niederrhein und Posen* » et « *Herzog zu Sachsen* »¹⁰, dernier vestige de l'ancien concept de monarchie composée¹¹. L'observation pertinente de Guy Thewes nous oblige à une prudence accrue et à une formulation plus aiguisée de nos interrogations scientifiques face à une problématique qui est un véritable nœud de questions. Si le terme « grand-duché » à l'instar d'autres (« royaume », « empire », « principauté », etc.) évoque de prime abord, car le plus souvent, une personne morale du type « État », l'équation reste à confirmer au vu de critères de fond.

6 G. Thewes, « 1815 - Wie das Grossherzogtum Luxemburg entstand », in A. Fickers, N. Franz, St. Laux (dir.), *Repression, Reform und Neuordnung im Zeitalter der Revolutionen. Die Folgen des Wiener Kongresses für Westeuropa*, Berlin, Lang, 2019, p. 77-101. La citation se trouve p. 99.

7 Art. 25, *in fine* : « Les Provinces Prussiennes sur les deux rives du Rhin, jusqu'au dessous de la ville de Cologne, qui se trouvera encore comprise dans cet arrondissement, porteront le nom de Grand-Duché du Bas Rhin, et Sa Majesté en prendra le titre ».

8 Art. 2 Acte final du Congrès de Vienne : « La partie du Duché de Varsovie que S. M. le Roi de Prusse possédera en toute souveraineté et propriété, pour lui et ses successeurs, sous le titre de Grand-Duché de Posen, sera comprise dans la ligne suivante : (...) ».

9 Art. 16 : « Les provinces et districts du Royaume de Saxe qui passent sous la domination de S. M. le Roi de Prusse seront désignés sous le nom de Duché de Saxe, et Sa Majesté ajoutera à ses titres ceux de Duc de Saxe, Landgrave de Thuringe, Margrave des deux Lusaces et Comte de Henneberg. (...) ».

10 https://de.wikipedia.org/wiki/Titulatur_und_Wappen_der_Deutschen_Kaiser_nach_1873#Der_gro%C3%9Fe_Titel

11 W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München, Beck, 3^e éd., 2002, p. 44 ss (« *Zusammengesetzte Monarchie* »).

La question de la date de création de l'État luxembourgeois est-elle une problématique importante ? Nous taraude-t-elle un peu plus que d'autres sociétés ? J'ai l'impression que oui¹², mais c'est une hypothèse de travail qui reste à creuser. Un indice : au Luxembourg, un/e étudiant/e en droit n'échappe pas à cette question ; tout manuel de droit constitutionnel luxembourgeois l'évoque au moins de manière furtive. Il n'en va pas de même pour les manuels en France ou en Allemagne. Est-ce dû à la relative jeunesse et, surtout, à l'absolue petitesse de l'État luxembourgeois, l'existence même d'un tel État étant en soi déjà une sorte d'incongruité, un accident ou une divine surprise de l'histoire ? On peut le penser. Dans l'esprit du XIX^e siècle, retracer l'histoire et pouvoir remonter au plus loin les origines de l'État-nation permettrait, sur le plan idéologique, de gagner en dignité et légitimité (le « droit à l'existence »¹³). En 2021, l'État luxembourgeois ne gagne plus sa légitimité à travers le passé (mais plutôt par ce qu'il est, et fait, dans l'actualité) et, mise à part l'hypothèse d'une explosion de la centrale nucléaire de Cattenom¹⁴, la crainte de voir disparaître l'État luxembourgeois ne hante plus, fort heureusement. L'esprit de la plupart des Luxembourgeois (l'UE et l'OTAN y sont pour quelque chose). Pour ces raisons, même chez nous, la question de la date de naissance de l'État perd peu à peu en prégnance sociale. Abstraction faite des rituelles commémorations de « l'indépendance du Grand-Duché de Luxembourg », partir à la recherche de cette date est, avant tout, un enjeu de science. Mais le résultat risque quand même de nous confronter à un tout autre récit de nos origines...

Sur le plan scientifique, la question est, à coup sûr, intéressante. Elle intrigue, et ce pour deux raisons : elle n'est pas pleinement résolue et elle est compliquée : c'est une « *harte Nuss* ».

En introduction à ce débat organisé par l'Institut grand-ducal suite à une suggestion de ma part, il convient d'abord de prendre du recul par rapport à la problématique. Avant de lancer quelque *réponse* sur le fond, pour ou

12 En ce sens aussi F. Fehlen, « Das Gründungsdatum des Luxemburger Staates und die Sprachentscheidung. Über den Synbologehalt konkurrierender Narrative und einen blinden Fleck der Geschichtsschreibung (Teil I) », *Forum*, n°416, avril 2021, p. 57.

13 Lire, par ex., à ce sujet la préface de Nicolas Margue, historien et ministre (du parti chrétien-social), au numéro premier de *Hémécht* lors de sa refondation après l'occupation nazie. *Hémécht*, 1948, n°1, p. 6 : « L'étude du passé, la connaissance de ses glories et de ses souffrances est même plus nécessaire à une petite nation qu'à l'un des deux ou quatre grands qui ont d'autres moyens pour prouver leur droit à l'existence ». <https://viewer.luxemburgensia.lu/ark:/70795/3g33r8x688/pages/5>

14 Voir le documentaire-fiction « An zéro. Comment le Luxembourg a disparu » (2021) de Julian Becker et Myrtiam T.

contre telle « date » ou « ensemble de dates » (et à travers chaque « date », pour ou contre tel ensemble de normes juridiques, tel texte juridique), il importe de faire une radioscopie de la *question*. D'une part, il est indispensable, afin de faire progresser au maximum les connaissances scientifiques sur ce sujet, d'analyser plus en profondeur les termes mêmes de la question, de faire de cette problématique – qui, en son objet, est une problématique juridique – une analyse épistémologique. Il s'agit de déconstruire la complexité souvent insoupçonnée, inaperçue, de cette problématique juridique aux multiples ramifications théoriques, complexité qui se révèle en particulier dans le cas luxembourgeois. Celle-ci a trait à l'incidence variable, et assez mal cernée, du droit international dans le processus de création d'un État, lorsqu'on affirme, comme c'est le cas pour le Luxembourg, que « c'est le droit international », et non le droit interne, « qui a créé l'État ». Qu'est-ce que cela veut dire précisément, surtout si l'on tient compte des divers paradigmes que sont le dualisme et les monismes ? (I^{re} partie). D'autre part, il est utile de situer cette problématique sur la carte de l'histoire et de rappeler, dans la mesure du possible, et sans prétendre à l'exhaustivité, le contexte dans lequel s'inscrit l'actuelle discussion menée à la fois par des juristes et historiens. Où en sommes-nous ? Où allons-nous ? (II^e partie).

I^{re} partie | La complexité d'une problématique juridique : la nécessité d'une réflexion épistémologique

La présente problématique n'est pas aisée à résoudre. D'abord, c'est une question de droit, un point qui, parfois, peut passer inaperçu. Ensuite, en dépit de son apparente simplicité, cette question juridique se révèle pour les juristes, et *a fortiori* pour les non-juristes, particulièrement complexe dans le cas luxembourgeois. Si la question de la date de naissance d'un État est universelle, la difficulté de la réponse peut varier grandement. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer la réponse simple, évidente, pour ce qui est de la Belgique (la « révolution belge », i.e. la déclaration d'indépendance du 4 octobre 1830) au débat en partie hermétique au Luxembourg où la réponse usuelle renvoie à deux dates ensemble (1815 et 1839), dont chacune est à présent contestée, étant précisé qu'une troisième date surgit/resurgit (1830/1831) et qu'étant à cheval sur le droit international et le droit national (l'État luxembourgeois étant tout le temps présenté, à l'inverse de la quasi-totalité des autres États, comme la création d'un traité, voire de deux traités), le débat luxembourgeois se trouve, sans que ses protagonistes en soient toujours conscients, relié à et happé par la controverse théorique entre dualisme et monismes (dire qu'un « traité créé un État » n'a pas du

tout la même signification selon l'une ou l'autre de ces théories). Autrement dit, la question soulève des interrogations de fond, mais aussi et surtout, en amont, des interrogations d'épistémologie.

Ce type de réflexion est souvent considéré comme difficile, ingrat, voire aride. Parfois, berné/e par l'apparente simplicité de la problématique, le chercheur/la chercheuse ignore de redoutables écueils, des marécages dans lesquels sa réponse s'empêtre sans même qu'il/elle ne s'en rende compte. Quoi qu'il en soit de la raison, il est un fait que nombre de travaux luxembourgeois évacuent ce type de réflexion relativement vite¹⁵. Pourtant, c'est la seule manière d'éviter des controverses stériles : il faut identifier les ambiguïtés et pièges de l'objet (« État », « création d'un État ») et de la/des méthode(s) de recherche. Comment « naît/est créé » un État ? Comment est-il concevable qu'un/e même scientifique, dans ce débat, puisse dire à la fois qu'à telle date, il existe *et* il n'existe pas un État luxembourgeois ?¹⁶ Est-ce sous le mot « État » un seul objet (concept) ou deux ? En soi, une telle dualité est pensable, et a été conceptualisée par des scientifiques du droit à certaines conditions (les théories du dualisme). En l'espèce, dans le cadre du Luxembourg, est-il justifié de mobiliser un tel schéma de pensée ? Autre facette de la problématique qu'il convient de creuser : Que cherchons-on, exactement, en parlant à la recherche de « la » date de création d'un État ? Faut-il chercher *une* date ou une pluralité ? Qu'est-ce que voudrait dire un tel pluriel ? Est-ce lié nécessairement au paradigme du dualisme ?

A | « La création, en droit, d'une personne morale État » : les pièges de la polysémie

Ce qui va suivre est, en quelque sorte, une succession de *carvezi*, de mises en garde, par rapport à la redoutable polysémie qui se cache sous l'innocente formule « création d'un État ».

¹⁵ Dans cette observation, j'inclus aussi ma propre étude de 2017 où, faite de temps, et à cause d'autres priorités, j'ai glissé trop vite sur les enjeux épistémologiques relatifs à la « création d'un État ». La présente étude permet de combler cette omission et du coup aussi de rectifier/clarifier le propos sur le fond. Cf. L. Heuschling, « Les origines au XIX^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in I. Rasseo, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Liberté Amicorum Rusem Ergae*, Luxembourg, Pastoris, 2017, p. 157-213. Sur la création de l'État luxembourgeois, lire spéc. p. 182-189.

¹⁶ Les exemples, dans le débat luxembourgeois, sont nombreux. Lire, par ex., la conclusion de l'étude de G. Theves, « 1815 - Wie das Grossherzogtum Luxemburg entstand », *op. cit.*, p. 101 : « *Als Mitglied dieses Staatenbundes war Luxemburg tatsächlich schon seit 1815 ein Staat. Als Besitztum Wilhelms I. blieb es aber eine niederländische Provinz* ».

Le débat qui nous occupe ici est la question de la « naissance » (plus exactement : de la création, institution, établissement) d'une personne morale. Un État est une *personne morale*. Voilà qui, dans notre débat passablement complexe, constitue une première certitude. Par « État », dans le présent débat, nous (et ce « nous » vise à la fois les juristes et les non-juristes) désignons un phénomène juridique, un sujet de droit, une personne morale. J'ajouterais, pour être précis : il s'agit d'une personne morale d'un certain genre, qui, à certains égards, est distincte des personnes morales privées (i.e. de droit privé) et des autres personnes morales publiques (communes, établissements publics, organisations internationales, etc.).

Je dois ajouter aussitôt un *caveat* par rapport au mot « un » (« un » sujet de droit, « une » personne morale). Le piège se situe dans l'incidence du débat entre dualisme et monismes. Pour les adeptes des divers monismes, le mot « État » (pour telle société fixée sur tel territoire : « État français », « État danois », « État tanzanien », etc.) renvoie bien à un sujet, et à un seul : une seule personne morale « État XYZ », agissant à la fois en interne et sur le plan international. Or il n'en va pas de même pour les juristes et systèmes juridiques se revendiquant du dualisme. Selon eux, il y a, sous le même mot « État XYZ », deux personnes morales : « l'État XYZ en tant que personne morale de droit interne » et « l'État XYZ en tant que personne morale de droit international »¹⁷. Autrement dit, partir à la recherche de la naissance de l'État luxembourgeois présuppose de se demander si l'on cherche une personne morale « État », et une seule, ou, en vérité, deux.

Le concept de personne morale renvoie à une entité « artificielle » : par rapport à l'État, Hobbes l'a énoncé de manière célèbre dans son *Leviathan*¹⁸, affirmation reprise ensuite par quasiment tous les juristes, quel que soit leur domaine de spécialisation (droit constitutionnel, droit administratif, droit international, etc.). C'est une entité artificielle qui est établie en droit, par des normes juridiques (dans ce cas, elle existe justement). En l'absence de telles normes, il n'y a pas « d'État », au sens de personne mo-

17 Lire par ex. Ch. Leben, « L'État au sens du droit international et l'État au sens du droit interne. À propos de la théorie de la double personnalité de l'État », *Mélanges offerts à G. Arango-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 131 ss.

18 T. Hobbes, *Leviathan, or The Matter, Form, & Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (1651), intro. C.B. Macpherson, London, Penguin, 1985, p. 81. « For by Art is created that great LEVIATHAN called a COMMON-WEALTH, or STATE, (in latine CIVITAS) which is but an Artificiall Man, though of greater stature and strength than the Naturall, for whose protection and defence it was intended, and in which, the Sovereignty is an artificiall Soul, as giving life and motion to the whole body : (...) ».

rale ; il y a, peut-être, autre chose – des rapports de pouvoir, de fait – mais il n'y a pas de régime politique appelé « État-personne morale »¹⁹. Autrement dit, quiconque cherche à connaître la date de naissance d'un État, qu'il s'agisse d'un(e) juriste ou non-juriste, se met à chercher du droit, des normes juridiques instituant une telle personne morale. Cela autorise, entre sciences et sciences, une coopération, un dialogue, même des franchissements des frontières disciplinaires (des non-juristes peuvent s'avancer sur le terrain juridique : il y a eu, autour de notre enjeu, au Luxembourg, plusieurs exemples heureux en ce sens)²⁰. Mais l'objet de recherche n'en reste pas moins un objet de nature juridique : pour le cerner dans son intégralité, il faut faire appel à l'outillage en partie spécifique de la science juridique.

Mais quelles normes juridiques, quels types de normes juridiques faut-il chercher ? Et où ? La question du « où » soulève la question des « sources de droit » (pour utiliser un terme classique) à inspecter. Dans quel ensemble de normes juridiques faut-il chercher ? Dans un seul ou dans plusieurs ? Il ne s'agit pas ici de reprendre le débat classique de savoir si l'État est né en droit naturel (les théories sur le contrat social) ou en droit positif. Pour les besoins de notre cause, la dernière thèse suffit : au Luxembourg, chaque date qui est avancée au titre de date de naissance (1815, 1839, 1830/31) se réfère à un texte précis de droit positif (texte se fondant, pour sa validité, sur une certaine *rule of recognition* ou *Grundnorm*). Le débat est ailleurs : dans quels groupes ou classes de normes du droit positif faut-il chercher ? Dans la Constitution supra-légale (i.e. dans l'étage constitutionnel de la hiérarchie des normes) ? Seulement ? Faut-il, aussi, regarder dans les étages infra-constitutionnels de la hiérarchie des normes (lois, règlements, etc.) ? Ou faut-il, aussi, et peut-être même surtout, regarder dans l'ensemble « droit international » (avec ses différentes subdivisions : traités, coutume, etc.) ? Mon propos ici est volontairement « naïf » – en vérité faussement

19 Pour une lecture contraire qui affirme, d'abord, que la création d'un État se fait nécessairement en interne (le droit international n'ayant aucun rôle à jouer) et qu'en interne la création de l'État est un fait, l'État en tant que fait précède l'État en tant que personne morale (théorie jellinekienne dite de la double nature ou des deux faces de l'État), voir G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3^e éd., Berlin, Harring, 1914, p. 269 ss. Pour des accents en partie proches, sur le caractère interne et factuel de la création de l'État, voir J. Combreau, S. Sir, *Droit international public*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 268 ss (« Formation de l'État »). Cette théorie jellinekienne a fait l'objet d'une critique incisive de la part de Keissen et de l'école de Viéna.

20 Pour une analyse plus approfondie des relations entre les disciplines de la science historique et de la science juridique (y compris l'histoire du droit), je me permets de renvoyer à ma future étude sur « La première Constitution – oubliée – du Grand-Duché de Luxembourg (1831-41) » (à paraître).

naïf – pour mieux éclairer deux points importants. D'une part, on arrive à cerner clairement que si la réponse à la question de la « naissance/création d'un État » se trouve dans différents groupes et classes de normes juridiques (par ex. dans la Constitution et dans telles lois), et que ces groupes sortent étalés dans le temps (la Constitution date de X, telle loi de X+3), il n'y a pas une date de création, mais une pluralité. Si, à l'inverse, toutes les normes indispensables se trouvent dans tel ensemble normatif, établi à telle date, la création de l'État en question se fait en une seule date. D'autre part, et surtout, une question se précise de plus en plus : il faut savoir *quoi* chercher dans ces ensembles et sous-ensembles de normes juridiques. Quels types de normes doivent être données pour dire : premièrement, la création de l'État a débuté (frontière « a », ou « en amont », de notre objet de recherche) ; deuxièmement, la création de l'État en question est achevée (frontière « b », « en aval »). Il faut vérifier que tout y est²¹. Bien sûr, il faut des normes juridiques délimitant un territoire, d'autres qui délimitent le groupe de destinataires des normes de l'État ; mais il faut surtout et d'abord des normes établissant cette personne morale, avec une organisation interne (des organes, des organes « essentiels ») et des compétences essentielles, sans lesquelles on ne peut parler d'un État, mais peut-être d'une commune (i.e. le/s critère/s visé/s sous ce mot aux multiples facettes de la « souveraineté » : légiférer, juger, usage de la contrainte, etc.). Or ici surgissent divers cas limites qui posent des problèmes de délimitation. J'en pointe deux types, l'un relatif à la frontière a), l'autre relatif à la frontière b).

Du côté de la frontière « a » (« en amont ») de notre objet : Quand débute la création d'un État ? Prenons d'abord, par contraste, un exemple hors du droit. Qui « crée » une route ? L'architecte qui établit le plan ? Le gouvernement qui décide de construire la route, selon tel plan et tel budget ? L'entreprise qui construit sur place, matériellement, la route ? Avec ce premier questionnement à l'esprit, analysons à présent deux exemples en droit. Exemple juridique n°1 : imaginons que l'organe d'État « corps électoral », lors d'un référendum décisionnel, adopte tel projet de loi. Le créateur de la loi est le corps électoral, le peuple. Il n'y a pas de doute. Les mots « créateur »/« création » ont un sens simple, fort. Exemple juridique n°2 : imaginons maintenant que le corps électoral n'a pas adopté immédiatement le projet de loi (qui n'existe pas encore), mais qu'il a adopté, lors

d'un référendum à valeur décisionnelle, une certaine « idée », « l'idée directrice » ou le « principe » de la future loi à rédiger et adopter par le parlement²². Le parlement, ensuite, a effectivement adopté une telle loi, comme il y était obligé. Qui est, à présent, le « créateur de la loi » ? Au sens étroit, le parlement et lui seul. La création débute avec lui. Pourtant, on sent qu'on pourrait aussi élargir la réponse, et ce pour être complet. Au sens large, on va dire que le peuple, via le référendum, a dirigé, prédéterminé, encadré la création de la loi en question et, en quelque sorte, a lancé le processus de création de la loi, qui s'est étalé sur deux étapes (et donc deux dates !). Mais on notera que le rôle de « créateur » du peuple dans l'exemple n°2, où il est seulement une sorte « d'instigateur » de la loi (sens complexe, faible, de « créateur »), est très différent de son rôle de « créateur » (au sens simple, fort) dans l'exemple n°1. Il faut donc être vigilant quel sens on attribue au mot « créateur »/« création ». Plus loin, on buttera sur cette question de délimitation en lien avec la frontière a) (« en amont »), lorsque j'aborderai le rôle du droit international dans la « création » d'un État : soit c'est le droit international qui, directement, crée l'État en question (analogie avec l'exemple n°1 : sens simple, fort, du mot création) ; soit le droit international oblige autrui (par ex. tel État colonial) à créer un nouvel État sur telle portion de son territoire, i.e. sur le territoire de sa colonie (ici il y a une analogie avec l'exemple n°2 : le droit international joue un rôle de « création », mais seulement dans un sens complexe, faible).

Autre cas limite, cette fois-ci du côté de la frontière b), en aval, de notre objet de recherche (quand est achevée la création de l'État ?) : Faut-il que les titulaires physiques de ces organes d'État soient désignés, investis (i.e. présence des normes individuelles de nomination du chef de l'État, des députés, des juges, des ministres, des fonctionnaires, etc.) pour que la création d'un État puisse être qualifiée d'« achevée » ? Si la réponse est affirmative (sans titulaires physiques, la personne morale État existe certes déjà, jusqu'à un certain point, sous une forme passive²³, mais sa personnalité n'est pas pleinement développée : ces organes ne peuvent rien faire), on retient un sens large, exigeant, de « création d'un État ». Si la réponse est négative, on retient un sens étroit. Cela a un impact sur l'ampleur et la datation de

21 C'est ce que les auteurs font lorsque, dans ce débat, ils définissent d'une certaine manière les conditions d'existence d'un État. Un exemple, parmi d'autres : M. Pauly, « 200 Jahre Grossherzogtum », *Forum*, n°352, juin 2015, p. 50 : « Zur Anerkennung der Existenz eines Staates gehören traditionell drei Voraussetzungen : ein Territorium, die souveräne Machtausübung über dieses Territorium und ein Staatsvolk ».

22 Pour des précisions et exemples réels en Suisse, voir L. Heuschling, « De la démocratie au Luxembourg, ou : Pourquoi et jusqu'à quel point les référendums de l'art. 51 § 7 Const. sont-ils décisionnels ? », *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal*, vol. XIX, 2016, p. 68 s ; *JTL*, n°43 du 5 février 2016, p. 1 ss (2^e partie, A, 4^e).
23 Cet État pourrait déjà être titulaire de dettes ou de biens. Mais, pourvu d'organes opérationnels, l'État ne pourrait pas agir : il ne pourrait produire aucune norme juridique nouvelle (loi, règlement, décision, contrat, etc.) ou entreprendre quelque action matérielle.

la création qui peut, éventuellement, s'étaler sur plusieurs dates (c'est un processus et non une création instantanée). Je reviendrai sur ce point en bas.

Pour conclure cette réflexion sur les deux types de cas-limite — en lien avec la frontière « a » (en amont : où débute la création) et en lien avec la frontière « b » (en aval : où s'arrête la création) — je ne dis pas qu'il faut retenir, exclusivement, tel sens ou tel autre. J'attire seulement l'attention sur le fait qu'il peut y avoir, comme cela ressort des exemples, plusieurs usages légitimes du mot « création/créateur » dans des contextes pourtant différents, mais que, du coup, le sens du mot varie. Il faut garder à l'esprit cette polysémie par rapport à son propre usage de ces mots, pour éviter des dialogues de sourds-muets avec d'autres.

B | La complexité croissante de la problématique en cas de « création » d'un État par le droit international

1° Le cas simple et le plus fréquent : la création de l'État par des normes de droit interne

Approfondissons à présent cette complexité sous l'angle de l'articulation du droit international et du droit interne. Au Luxembourg, le discours « dominant »²⁴ affirme, et ce depuis 1830, que l'État luxembourgeois est une création²⁵ du droit international. Si c'est exact (depuis l'écrit de G. Thewes, c'est contesté, il y avait quelques illustrations seulement au XIX^e siècle²⁶ ou encore après la 1^{re} guerre mondiale²⁷) et, *a fortiori*, dans les temps présents (les manuels actuels de droit international ne citent plus d'exemple récent, ce qui participe à l'oubli de cette piste dans les travaux scientifiques).

24 Ce qui est visé sous le terme « discours dominant, *mainstream* » sera explicité dans la 2^e partie (II.A.1°).

25 Sans creuser si le mot « création » signifie sens ordinaire fort ou sens complexe faible.

26 Ex. la création de la République de Cracovie par le traité relatif à Cracovie entre l'Autriche, la Prusse et la Russie du 3 mai 1815, révisé une première fois le 21 avril 1815. Ce régime de droit international a été confirmé par l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 (art. 6 à 10), auquel le traité du 3 mai/21 avril 1815 fut annexé. Pour le texte du traité du 3 mai 1815 et de son annexe, voir par ex. le journal officiel de la Prusse de l'époque : <https://babel.hathitrust.org/cgi/pdf?id=mdp.35112103077343&view=image&seq=323>

27 Ex. la création par le traité de paix de Versailles de 1919 (art. 100-108) de l'État de la Ville libre de Dantzig, placé ensuite sous protectorat polonais. D. Anziloti, *Lehrbuch des Völkerrechts*, trad. de la 3^e éd. italienne, Berlin, Gruyter, 1929, p. 172 s.

Pour la plupart des pays, et en particulier pour ce qui est des créations d'État récentes, l'État est une création en/droit interne. Abstraction faite (pour les cas récents) de l'éventuelle incidence du principe du « droit des peuples de disposer d'eux-mêmes », le droit international, dans les cas récents et dans la plupart des cas anciens, n'est intervenu qu'en aval, pour prendre acte de l'émergence de ce nouvel acteur qui se dit déjà (dans sa Constitution, à travers ses lois et autres normes) « État ». À ce titre, ce sujet prétend aussi participer à la vie internationale ainsi qu'il ressort de sa Constitution où un/des organe(s) d'État (généralement le chef de l'État, agissant avec/sans le gouvernement et/ou parlement) se voit/se voient confier la compétence de négocier et ratifier des traités, d'établir des relations diplomatiques, etc. Or cette prétention de participer à la vie internationale doit encore être acceptée par les autres. Au regard de certains critères qui, sur le fond, renvoient à des enjeux internes (ce sujet qui se dit déjà « État » doit, effectivement, être maître chez lui : territoire, population, souveraineté interne) ou non — pour ce qui est des enjeux du droit international —, cette qualité « d'État ». Il est, ou non, admis comme membre du « club » qu'est la communauté internationale. Si la carte de « membre » lui est refusée par tous ou seulement par certains, cela n'empêche pas l'État en question d'exister *a minima*, « à volure réduite », dans sa face interne, en son système de droit interne (exemple : Taïwan, Chypre du nord ; autrefois les États-Unis juste après la proclamation d'indépendance, l'État du Mandchoukouo établi en 1932, la RDA, la Rhodésie après 1965, l'Algérie, etc.²⁸). Une telle lecture focalisée sur le rôle matriciel du droit, du droit *interne*, est ouvertement véhiculée dans les narrations sur le contrat social et dans les théories qui en sont les héritières. Elle apparaît aussi, de manière indirecte, dans nombre d'écrits sur le droit international lorsque la question de l'émergence de l'État est happée par l'enjeu et la perspective de la reconnaissance : les critères traditionnels de reconnaissance renvoyant, comme déjà indiqué, à des critères internes, la construction en interne de l'État se trouve, par ce biais, projeté sur le devant de l'analyse scientifique interna-

28 K. Doehring, *Allgemeine Staatslehre. Eine systematische Darstellung*, 3^e éd., Heidelberg, C.F. Müller, 2004, p. 16 s, p. 51.

tionaliste de la création d'États²⁹. La possibilité qu'un État puisse être créé par le droit international est à peine effleurée³⁰.

En introduisant un certain rôle du droit international, le cas ancien du Luxembourg (et celui de certains autre pays) introduit du coup un facteur insolite et même troublant. Car que veut dire, exactement, que « le droit international crée un État » ? Inversement, quel rôle reste-t-il (si rôle il reste) au droit interne dans la création, ou devrais-je dire : le « processus de création », de cet État ? Ce qui est pris, très souvent, comme une évidence se révèle assez compliqué à l'analyse. Pour cerner l'incidence des possibles rôles du droit international, il convient d'abord d'en faire abstraction, d'étudier l'hypothèse plus classique, simple, de la création d'un État par des normes de droit interne.

Un individu naît à un moment précis : il a « une » date de naissance (tel jour, telle heure), notée dans l'acte de naissance. Ce raisonnement, qui vise en vérité l'individu en tant qu'être biologique et non en tant que sujet de droit, s'applique-t-il *mutatis mutandis* pour une personne morale ? Peut-on, là aussi, parler au singulier de « la » date de création (« naissance ») ? On le fait spontanément... Mais est-ce justifié ? De prime abord, je suis tenté de répondre par l'affirmative. La date de création d'une personne morale se laisse définir en référence aux normes la créant. Si, à la date X à telle heure (imaginons à 11h36), tel acteur social (un monarque, une assemblée de représentants populaires, des militaires organisant une sécession, un front de libération, etc.) adopte/signé un texte à prétention juridique appelé « Décla-

29 Lire, par ex., J. Cambaean, S. Sur, *op. cit.*, p. 268 ss, et spéc. p. 276 ss. L'internationaliste allemand d'obédience dualiste Karl Doehring évoque certes, dans l'introduction historique à la problématique de la « Entstehung von Staaten » (*Allgemeine Staatslehre*, p. 50 s), des exemples ponctuels d'États créés par des traités internationaux, mais, une fois qu'il aborde la question juridique de manière systématique, il n'approfondit guère cette piste. Le plan de son propos en dit long : il débute par le droit constitutionnel (p. 51 s), pour arriver ensuite au droit international (p. 52 ss). Plus explicite et radical sur la position en aval du droit international dans le processus de création d'un État : G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre, staatlichen Existenz an, vernag dieser Faktum aber nicht zu schaffen* ».

30 Outre les références déjà citées, voir aussi le silence à ce sujet dans d'autres manuels, par ex. dans P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, p. 575 ss (« Création de l'État dans le monde contemporain ») ; D. Aïand, *Manuel de droit international public*, 4^e éd., Paris, PuF, 2017, p. 59 ss ; P.-M. Dupuy, Y. Kerbrat, *Droit international public*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 32 ss. Ce silence se retrouve aussi dans des études pointues comme, par ex., H. Ruiz-Fabri, « Genèse et disparition de l'État à l'époque contemporaine », *AFDI*, 1992, p. 153-178.

ration d'indépendance »³¹, « Constitution provisoire », etc., dont la validité est admise par ses destinataires à travers une certaine *rule of recognition/Grundnorm*, et dont l'objet est de créer un (nouvel) État sous tous les aspects nécessaires, et si le texte entre en vigueur à telle date à telle heure (« immédiatement », « à la date X, à minuit », etc.³²), c'est au moment précis de l'entrée en vigueur de ce texte que la personne morale « État » en question prend « vie ». Elle existe désormais en droit (au moins en droit interne, dans son système de droit interne). Elle peut être le titulaire d'habilitations (« compétences/pouvoirs », « droits »), d'interdits et d'obligations. Imaginons, par ex., que l'État nouveau est né par sécession : à la date précise de sa création, l'État devient, selon son système juridique³³, le propriétaire de certains biens publics. Il peut, aussitôt, avoir des dettes ou créances³⁴. Les chefs de la rébellion victorieuse, réunis au sein d'un organe collectif autoproclamé « gouvernement transitoire / comité révolutionnaire de libération nationale/ etc. », voient leur rôle consacré dans ce système juridique : l'organe d'État en question est fonctionnel à l'instant. Si le texte l'a prévu, explicitement ou implicitement, l'État produit dès sa date de création des décisions de justice : les juridictions locales de l'ancienne puissance coloniale sont reconduites, à titre transitoire, en tant que juridictions du nouvel « État ».

Cela dit, il se pourrait que ce premier texte (de droit interne) créant la personne morale « État » soit incomplet : il crée le sujet « État » avec certaines compétences spécifiques à l'espèce « États » (« souveraineté » : légiférer, gouverner, juger, exercer de la contrainte, établir des relations internationales, etc.) ; il établit, en droit, des organes pouvant agir pour cet État (ex. un parlement, habilité à faire des lois ; une cour constitutionnelle habilitée à trancher certains contentieux) ; mais ce premier texte juridique ne désigne pas déjà, pas même à titre transitoire, les titulaires physiques de ces deux organes. En droit, il existe un « parlement », une « cour constitu-

31 Exemple : les déclarations d'indépendance des treize États des États-Unis du 4 juillet 1776, de la Belgique du 4 octobre 1830, du Congo (Kinshasa) le 30 juin 1960, de l'Erythrée du 24 mai 1993, etc.

32 Exemple : l'arrêté royal de Guillaume 1^{er} du 31 décembre 1830 entrant en vigueur le même jour, à minuit (= 1^{er} janvier 1831, à zéro heure). C'est pour cela que je cite, en abréviation, cette date sous la forme « 1830/31 ».

33 Dans le cas du nouvel État de la Namibie, lire l'annexe 5 à sa Constitution de 1990 (version originale) : <https://laws.parliament.na/cms/documents/gg-2-84084f920e.pdf> R. Goy, « L'indépendance de la Namibie », *AFDI*, 1991, p. 404.

34 Exemple : le nouvel État de la Namibie s'est retrouvé à la date de l'indépendance (de sa création, i.e. le 31 mars 1990) avec une dette de 700 millions de randis sud-africains (263 millions de dollars). Il avait aussi, à l'égard de l'Afrique du sud, du fait de l'illégalité de l'occupation sud-africaine, un droit à réparation. R. Goy, *op. cit.*, p. 397, p. 404.

tionnelle », mais ces organes sont incapables de faire leur travail, de produire des normes, faute de personnel. À la date de sa naissance, l'État est propriétaire, il a des dettes, il est soumis aux obligations de droit international valables à l'égard de tout État ; mais il ne peut encore faire des lois. Sur ce point précis, sa personnalité juridique est bloquée, en jachère ; elle n'est pas opérationnelle, effective. En ce sens, on peut dire que la création d'un État débute bien à une certaine date précise (en référence à tel texte juridique de droit interne), mais la création (la mise en place, sa « montée en puissance ») peut s'étaler sur une certaine période, à travers une succession de textes juridiques dans le temps.

2° La « création » « d'un État » par le droit international : l'impact des théories du dualisme et des monismes

En quoi l'opération de création d'un État devient-elle différente, plus complexe, si le droit international intervient non pas en aval (sous l'angle de la reconnaissance), mais, déjà, en amont ? Pour le cerner, il faut avoir à l'esprit la distinction entre dualisme et monisme (le monisme avec ses deux variantes, étant précisée que, par facilité, je me concentre sur le seul monisme à primauté du droit international). À noter : les termes mêmes de « dualisme » et « monisme » sont des anachronismes par rapport à l'époque qui nous concerne (la première moitié du XIX^e siècle). Pour autant, je me permets de les utiliser de manière rétrospective (je ne dis pas : *rétroactive*), en ce qu'au moins des éléments essentiels des vastes constructions intellectuelles désignées, plus tard, sous ces termes par Triepel, Anzilotti, Keisen, Verdross, etc. sont déjà présents, i.e. informent déjà l'esprit de divers juristes.

a) Le dualisme : deux États, deux créations

Dans la logique paralléliste du dualisme, dire que le droit international crée un État fait sens, mais dans un sens très restreint : dans cette configuration théorique, le droit international ne peut créer l'État en tant que sujet de droit que dans sa propre sphère, i.e. dans la sphère de droit international. Il est ontologiquement impossible au droit international de créer l'État en tant que personne morale de droit interne : c'est totalement hors de sa portée car hors de sa sphère. Dans le cadre de la coexistence de deux univers juridiques, il y a, du coup, au lieu d'un État XYZ, deux personnes morales portant le nom de « État XYZ ». Au lieu de la création de l'État XYZ, il faut

en vérité parler de deux créations, avec deux dates (ou séries de dates : deux processus de création) et deux séries de normes opérant les deux créations. D'une part, il y a la création, par des normes de droit international, de l'État en tant que personnalité morale de la communauté internationale. D'autre part, il y a la création, par des normes de droit interne, de l'État en tant que personne morale de la sphère interne. Eu égard à ces deux naissances — chacune étant indépendante de l'autre, du point de vue de la validité des normes créatrices (en droit international, en droit interne) —, il se pourrait qu'il y ait un décalage, un écart. La littérature cite volontiers, spécialement dans une perspective dualiste, des exemples de créations d'État où l'État créé en droit interne n'est pas, ou pas totalement, reconnu en droit international³⁵. Le cas inverse n'est pas évoqué : un État serait créé d'abord en droit international en tant que sujet de cette sphère, mais, ensuite, pour diverses raisons, la création de l'État dans la sphère interne n'aurait pas lieu. Est-ce possible, pensable ?

Cette dernière configuration, qui reste à vérifier en sa concevabilité, semble à certains égards se prêter à l'analyse du cas du Luxembourg³⁶. Je me demande en effet si Guy Thewes, en distinguant deux sens au mot « État »³⁷, et d'autres auteurs défendant la thèse du « non *soff* »³⁸ n'appliquent pas implicitement une grille dualiste. Le paradigme dualiste viendrait soutenir le discours suivant : en 1815, l'État luxembourgeois existe et il n'existe pas. En droit international, plus exactement dans le cadre du système juridique du *Deutscher Bund* (Confédération germanique), l'État luxembourgeois aurait existé dès 1815 (c'est l'État luxembourgeois, et non l'État néerlandais, qui, dès 1815, était membre de la Confédération) ; mais, en droit (néerlandais) interne, comme chacun sait, il n'existait pas d'État luxembourgeois après

³⁵ Voir *supra* note 28.

³⁶ Un autre cas qui, de prime abord, par certaines facettes, pourrait faire penser à cette situation est celui de la Namibie sous le régime établi en 1967 par les Nations Unies. En 1967, l'Assemblée générale des NU a créé le « Le Conseil des NU pour la Namibie » qui, bien qu'il n'ait aucune emprise sur le territoire namibien (celui-ci étant illégalement occupé par l'Afrique du sud), était censé administrer en interne et en externe ce territoire colonisé. Le Conseil pour la Namibie a pu notamment, à ce titre, ratifier des traités internationaux pour ce territoire et délivrer des passeports. Voir R. Goy, *op. cit.*, p. 387 ss ; L. Lucchini, « La Namibie, une construction des Nations Unies », *AFDI*, 1969, p. 355-375. Mais le rapprochement avec l'hypothèse théorique évoquée est très discutable. Déjà l'assimilation du Conseil des NU pour la Namibie avec un État namibien est contestable. Surtout, il n'est pas établi que le cas namibien ait été traité dans une logique dualiste. Le fait que ce Conseil soit, officiellement, en droit des NU, investi de l'administration *interne* du territoire plaide en faveur de la prévalence d'une analyse moniste.

³⁷ Voir *infra* note 98.

³⁸ Sur ce que j'entends par là, voir *infra* II^e partie, A, 1^o.

1815 et ce jusqu'à une certaine date. Si, à titre d'hypothèse de travail, on poursuit le raisonnement dualiste dans l'exemple luxembourgeois, il faudrait, une fois que l'État luxembourgeois en tant que personne morale de droit interne est né, identifier des normes de *droit interne* le créant. Or, dans le débat luxembourgeois, de manière classique, il est fait référence seulement à des traités (traité de Vienne, traité de Londres). La logique dualiste requiert néanmoins, de manière impérative, la présence de normes de droit interne pour la naissance de la personne morale « État » de droit interne. Effectivement, lorsqu'on relit la littérature juridique luxembourgeoise sous cet angle, on peut noter que plusieurs auteurs ont mentionné, dans le sillage et à l'ombre d'un certain traité, des textes de droit interne. Pierre Majerus, après avoir insisté sur le rôle fondateur du traité de Londres de 1839, mentionne aussi rapidement, sans trop s'y attarder, une série de mesures juridiques de droit interne de Guillaume 1^{er} (l'arrêté royal grand-ducal du 11 juin 1839 concernant la reprise de possession des territoires rendus par la Belgique, l'ordonnance royale grand-ducale du 4 janvier 1840 concernant l'organisation des autorités, etc.)³⁹. Nicolas Margue, très critique à l'égard de la célébration du rôle du traité de Londres, pointe le doigt à l'inverse vers l'Acte final de 1815 et, après lui, dans son sillage, il mentionne plusieurs dates et textes marquants de droit interne⁴⁰. Mais ces auteurs décrivent cette suite de normes sans replacer leur propos dans un cadre théorique dualiste. Or voilà la question cruciale : peut-on, si l'on veut rester le plus proche de la vérité historique, de l'état d'esprit des acteurs et juristes de l'époque, analyser les matériaux du cas luxembourgeois à la lumière de la précompréhension dualiste ? Comme déjà dit, les juristes du début du XIX^e siècle ignoraient les mots « dualisme » et « monisme », mais l'idée sous-jacente était déjà théorisée sous d'autres mots. En particulier, ce noyau dur de ce que l'on appellera plus tard le monisme à primauté du droit international était déjà présent, dès cette époque, au Luxembourg⁴¹ et aux Pays-Bas⁴². Ce raisonnement n'était pas juste « présent » ; il y était dominant, il servait de

39 P. Majerus, *L'État luxembourgeois. Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif luxembourgeois*, 1^{re} édition, Luxembourg, Belfort, 1948, p. 24 (= 6^e éd., Edipress, Esch-sur-Alzette, 1990, p. 25 s.).

40 N. Margue, « Aperçu historique », in *Le Luxembourg – Livre du centenaire*, Luxembourg, 1948, p. 20-21 : « L'existence du Grand-Duché remonte à 1815, l'administration autonome a été proclamée (et appliquée dans les limites possibles) dès le 31 décembre 1830, des progrès vers l'indépendance véritable et complète ne seront réalisés que dans la suite, en 1840, 41, 48 et au-delà ».

41 Sur ce point, je renvoie à mon étude précitée de 2017.

42 Sur ce point, je renvoie à la thèse en préparation, sous ma direction, de Danielle Wöler, portant sur une analyse historique comparée de la primauté des traités aux Pays-Bas et au Luxembourg.

paradigme. On peut donc, pour ce qui est du Luxembourg, mettre de côté l'hypothèse du dualisme.

b) Le monisme avec primauté du droit international : le rôle « créateur » faible ou fort du droit international

Dans le cadre du monisme avec primauté du droit international, la problématique de la création d'un État par le droit international se pose en des termes radicalement distincts que dans le cadre dualiste. Par « État XYZ », on entend une seule et même personne morale. On ne peut donc plus dire, comme dans la logique dualiste, « que l'État XYZ existe et qu'il n'existe pas ». Cela n'a pas de sens. En revanche, on pourrait dire : « l'État XYZ existe plus ou moins, jusqu'à un certain degré ». La personnalité juridique de cette personne morale unique « État XYZ » peut en effet varier en ampleur, selon que, par ex., sa compétence d'interagir au plan international avec les sujets déjà admis dans la Communauté internationale est admise ou non, ou en partie. Sa personnalité peut être développée au maximum ou, au contraire, être limitée.

Comme la personne morale « État » se situe dans la sphère unique du droit, sphère dans laquelle les normes de droit international et les normes de droit interne coexistent, l'initiative pour la création d'un nouvel État (État XYZ) peut provenir ou bien des premières ou bien des secondes. Si l'initiative provient du droit international, celui-ci peut jouer un rôle « créateur » plus ou moins étendu. Je reprends ici le raisonnement esquissé plus haut (I.A.).

Rôle minimaliste (faible) : le droit international ne crée pas lui-même l'État, mais il oblige un autre sujet à le faire, ou à le laisser faire, en droit interne. Cet idéal-type peut être illustré notamment par le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Dans le cadre de la décolonisation, le droit à l'autodétermination obligeait l'État colonisateur à laisser tel peuple colonisé s'exprimer sur son sort (maintien au sein de cet État, création de son propre État, absorption dans un autre État) ; si le peuple en question optait, en général via un référendum, pour son indépendance, l'État colonisateur devait établir lui-même cet État ou laisser cette création se faire sur initiative de gouvernants locaux, investis ou auto-proclamés. Ici, la création de cet État se fait en droit interne : l'État colonisateur, à travers l'octroi d'une première

Constitution, établit à telle date le nouvel État (exemple : le Congo belge⁴³) ; ou bien ce sont des gouvernants locaux de fait (front de libération nationale, etc.), qui, en rupture avec le droit interne du colonisateur, établissent un nouveau système juridique de droit interne, à travers une déclaration unilatérale d'indépendance et une Constitution née de manière révolutionnaire. Tant que l'acteur visé par l'obligation ou l'habilitation de droit international n'a pas agi et établi cet État, celui-ci n'existe pas. Dans ce droit interne, il faut nécessairement une constitution (souple ou rigide, peu importe). Dans cette hypothèse, on peut reconnaître au droit international tout au plus un rôle « créateur » au sens faible, complexe : il est l'instigateur du processus, à travers cette obligation/habilitation, comme lorsqu'un peuple, par référendum, n'adopte pas la loi, mais oblige le parlement à légiférer en un certain sens. Mais la véritable création se fait en droit interne.

À noter : cette obligation ou habilitation de droit international peut être alourdie, étoffée, par des conditions plus ou moins détaillées : le droit international pourrait dire à tel sujet qu'il est obligé de/habilité à créer, sur tel territoire, non pas n'importe quel État, mais un État d'un certain genre (unitaire/fédéral, républicain/monarchique, respectant tel ou tel droit de l'homme, etc.). Le meilleur exemple est la Namibie lorsqu'elle accède enfin, en 1990, à l'indépendance : chargée d'établir la Constitution pour le futur État, l'Assemblée constituante namibienne élue sous la supervision des Nations Unies se voyait imposée par le plan de transition négocié au niveau international certains principes constitutionnels : elle se devait d'établir un État unitaire, démocratique, avec séparation des pouvoirs, garantissant les droits de l'homme et disposant d'une Constitution rigide⁴⁴. Ici se pose la question de savoir jusqu'à quel point des normes du droit international peuvent, valablement, imposer à un processus constituant interne des exigences (de procédure, voire de fond) sans enfreindre le principe, de droit international, de respect des affaires internes de chaque État. Les instances internationales ne doivent s'immiscer dans ce que l'autonomie constitutionnelle de l'État naissant a de discrétionnaire. Dans le cas de la Ville libre de Dantzig, par exemple, le traité de Versailles de 1919 se contentait de définir un cadre procédural (toujours serré, car exigeant) pour l'élaboration en droit

interne de la future Constitution de l'État⁴⁵. Plus tard, en matière de décolonisation, le droit international imposait en général aux États colonisateurs seulement des exigences relatives aux référendums sur l'auto-détermination à organiser par eux (cadre procédural qui, toutefois, n'était pas totalement neutre sur le fond)⁴⁶ ; il n'encadrerait pas davantage le processus constituant (cf. le choix entre capitalisme ou communisme, pluralisme ou parti unique, etc.).

Voyons, à présent, l'autre idéal-type : le rôle créateur fort, au sens ordinaire, du droit international (vision maximaliste). C'est le droit international qui, lui-même, crée l'État. Il fait naître la personne morale à telle date, avec tel régime (tels organes supérieurs, disposant de telles compétences et composées selon telle règles). Si la création se fait par un traité, le traité en question est une sorte de « traité-constitution », de traité valant constitution et rendant du coup une telle superflue en droit interne. Une fois que le traité est ratifié, et qu'il fait donc partie du système juridique unique de ce pays, il n'y a plus besoin d'un texte constitutionnel, d'un « étage constitutionnel » dans la hiérarchie des normes ; il est possible de passer aussitôt à la concrétisation du « traité-constitution » par le biais de lois, règlements, etc. Exemple : dans le cas de la République de Cracovie, le traité entre l'Autriche, la Prusse et la Russie du 3 mai 1815⁴⁷, incluait, en annexe, le texte de la « Constitution de la Ville libre de Cracovie⁴⁸. Il n'y eut pas d'autre « constitution » en droit cracovien interne. À certains égards,

45 Article 103 du traité de Versailles de 1919 : « La constitution de la ville libre de Dantzig sera élaborée, d'accord avec un haut-commissaire de la Société des Nations, par des représentants de la ville libre, régulièrement désignés. Elle sera placée sous la garantie de la Société des Nations ». L'approbation de la Société des Nations était également exigée pour toute altération du texte de la Constitution. Art. 49 Const. Dantzig 1922.

46 Le niveau maximum d'encadrement a été atteint dans le cas des colonies relevant du régime des territoires placés sous la « tutelle » des Nations Unies (Chap. XII de la Charte des Nations Unies) : M. Merle, « Les plébiscites organisés par les Nations Unies », *AFDI*, volume 7 1961, p. 425-445.

47 Pour le texte du traité et de son annexe, voir par ex. le journal officiel de la Prusse de l'époque <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?d=mop.35112103077345&view=image&seq=323>

48 Cette annexe peut être consultée également sur le site <http://www.verfassung.eu/pl/krtakuindex.htm> qui indique en outre les modifications successives apportées à cette Constitution par voie de traités modificatifs ratifiés par les trois puissances protectrices. Moins complet le site <https://njp.univ-perp.fr/constit/pj-cracovie1815.htm>

43 Voir, par ex., la loi fondamentale relatives aux structures du Congo du 19 mai 1960 adoptée par le législateur belge en tant que constitution transitoire de l'État indépendant du Congo : <https://njp.univ-perp.fr/constit/cd1960.htm> Elle est entrée en vigueur à la date de la proclamation de l'indépendance le 30 juin 1960.

44 R. Goy, « L'indépendance de la Namibie », *AFDI*, 1991, p. 394 ss.

on peut aussi mentionner ici la Convention de Paris du 19 août 1858⁴⁹ signée par les puissances européennes (Autriche, France, Grande-Bretagne, Prusse, Russie, Sardaigne) et par l'Empire ottoman, convention par laquelle fut acté le principe de la fusion des deux principautés roumaines de la Valachie et de la Moldavie, placées sous la suzeraineté du sultan ottoman, en une seule principauté. En interne, cette principauté fonctionnait comme un État ; sur le plan international, elle fut traitée comme une « province » à statut particulier de l'Empire ottoman. Ce traité (i.e. le corps du texte et son annexe) prévoyait, pour le fonctionnement du régime politique (étatique) de cette principauté unique, laquelle avait son prince, son gouvernement, son parlement, ses juridictions, ses nationaux, etc., un ensemble de plus de 71 articles assez détaillés, que l'on aurait pu trouver, et transposer, tel quel dans une « Constitution » de droit interne. Sur le fond, c'était un système normatif constitutionnel. L'article 48 de la Convention de Paris obligeait le sultan à reproduire exactement, dans un délai de 15 jours, toutes ces 71 stipulations du traité dans un texte de droit interne (un « *hatti-schérif* », une ordonnance, du sultan), ce qui pourrait faire penser à une lecture dualiste⁵⁰. Or en pratique, un tel *hatti-schérif* n'est jamais intervenu et les acteurs roumains ont appliqué, en interne, directement les 71 stipulations pertinentes de la Convention de Paris à titre de Constitution de la Principauté roumaine. La validité des lois et autres normes de la Principauté se fondait directement sur la Convention de Paris.

Toujours au titre de ce rôle « fort » : le droit international pourrait même aller jusqu'à investir, à titre transitoire, les premiers titulaires physiques des organes supérieurs de l'État. Après tout, au XIX^e siècle, au nom de la défense de l'ordre international (monarchique), nombre de traités imposaient à de nouveaux États (Grèce, Roumanie, Bulgarie, Albanie, etc.), au moment de leur création ou lors de leur transformation, la forme monarchique et le nom d'un prince en tant que fondateur d'une nouvelle dynastie nationale. Le droit international pourrait aussi déjà régler que ce nouvel État serait membre de tel ensemble politique plus vaste (confédération, organisation

49 Pour le texte original (en français), voir, par ex., E. Schmidt, *Die verfassungsrechtliche und politische Struktur des rumänischen Staates in ihrer historischen Entwicklung*, München, Reinhardt, 1932, p. 115-121, lequel se fonde sur le Nouveau recueil de Martens, XVI, 2, p. 50 ss. Pour une contextualisation : D. Müller, B. Murgescu, « Rumänien », in W. Daum et alii (dir.), *Handbuch der europäischen Verfassungsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Band 3, Dietz, Bonn, 2020, p. 1347 ss. Voir aussi E. Binder-Sijma, *Die Institutionalisierung der rumänischen Monarchie unter Carol I. 1866-1881*, München, Oldenbourg, 2003.

50 Le principe de cette transposition était déjà prévu par l'art. 25 du traité général de paix de Paris du 30 mars 1856, qui terminait la guerre de Crimée. Pour le texte, voir : E. Schmidt, *op. cit.*, p. 115 ou : <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1856paris.htm>

internationale, etc.). Le droit international comporterait, pour ce qui est de la création de cet État, un grand nombre de normes générales et même des normes individuelles (nominations). Le droit interne prendrait ensuite la « relève » : il « prolongerait », dans la mesure où cela est encore nécessaire, le processus de création (la mise en place) de l'État, mais une grande partie des normes nécessaires à la création de l'État seraient déjà adoptées en droit international.

De nos jours, la mise en place de ce second idéal-type est délicate, du fait des exigences propres au droit international actuel (universel et/ou régional) relatives au respect de l'autonomie constitutionnelle des États, en particulier d'un État naissant. Mais, en 1815, par rapport à la République de Cracovie, il n'y avait pas de tels obstacles. C'était possible. Était-ce aussi la solution retenue par le Congrès de Vienne pour le Grand-Duché de Luxembourg ?

Depuis 1830, les adeptes du discours dominant⁵¹ affirment que l'Acte final de 1815 a « créé » l'État luxembourgeois, mais, en l'absence de toute théorisation, ils ne précisent pas si le rôle du traité de Vienne se rapprochait de l'idéal-type du rôle fort ou de l'idéal-type du rôle faible. Pour ma part, si, à titre d'hypothèse de travail⁵², on estime que le traité de Vienne de 1815 a « créé » un État luxembourgeois, j'estime que le mot « création » peut tout au plus renvoyer au rôle faible. En contraste avec l'exemple de la République de Cracovie, le traité de Vienne, dans le cas du Luxembourg, ne rendait pas superflue toute Constitution en droit interne. Au contraire, pour créer l'État luxembourgeois, il en a fallu une : en 1841 (cf. la Constitution dite d'États) et, selon moi, déjà auparavant, dès la naissance de l'État luxembourgeois le 31 décembre 1830 (la Constitution non codifiée, simple, « ignorée », qui fut en place en droit luxembourgeois interne du 1^{er} janvier 1831 jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1841 le 1^{er} janvier 1842⁵³). La potentielle critique à l'égard de Guillaume I^{er}, pour ce qui est de la période allant de 1815 à 1830, devient alors non pas qu'il aurait détruit un État luxembourgeois déjà existant (car créé par le traité de Vienne), mais qu'il n'a pas érigé sur le territoire luxembourgeois un État spécifique alors

51 Voir *infra* II^e partie, A, 1^o.

52 Je ne veux pas déjà empiéter sur le débat suivant entre Guy Thewes et Michel Epeiding autour de la teneur de l'Acte final de Vienne. La présente étude, dans sa version orale, était une introduction à la conférence, et non une conclusion ; cette optique est conservée dans sa version publiée.

53 Voir mon étude à paraître prochainement sur ce sujet.

qu'il aurait dû le faire (formulation qu'on peut d'ailleurs trouver chez des défenseurs du discours dominant).

II^e partie | Situer l'actuel débat dans le temps : un essai de reconstruction

Après cette clarification du cadre épistémologique de la problématique, il convient à présent de resituer l'histoire de cette discussion au Luxembourg, de présenter l'état « actuel » du savoir, i.e. son état avant la conférence à l'Institut grand-ducal. Où en sommes-nous ? Quels sont les défis scientifiques pour l'avenir ?

A | Le discours dominant sur cette problématique : « 1815 et 1839 »

1° Sa teneur

Depuis très longtemps, il existe sur le présent sujet un discours habituel, dominant (*mainstream*), qui, de par son existence et son âge avancé, respectable, peut faire croire qu'il n'y a plus rien à creuser. Si je résume, à la lumière de la grille conceptuelle pré-définie, ce discours dominant, qui, je le précise d'emblée, n'est pas un monolith (il y a, en interne, des flottements, variations et tensions), et que l'on trouve sous la plume à la fois de juristes et d'historiens, cela donne la reconstruction suivante :⁵⁴

En vertu de certaines dispositions précises de l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815, l'État luxembourgeois est créé, à cette date, par ces normes de droit international. Le sens du mot « créer/création », utilisé de manière récurrente par ces auteurs, n'est pas défini d'avantage. Ces normes du traité ont-elles été respectées ? Réponse : non. Tantôt, ce non est un non radical (« thèse du non radical, de l'absence totale d'un État luxembourgeois à par-

tir de 1815 ») : l'État luxembourgeois n'a pas du tout vu le jour⁵⁵. Entre 1815 et 1839, il n'y a eu sur les territoires néerlandais et luxembourgeois qu'une seule personne morale du type État, à savoir l'État néerlandais, le « Royaume des Pays-Bas ». Deuxième thèse, celle du « non plus nuancé, *soft* » : en 1815, grâce au seul traité de Vienne, le Luxembourg a accédé au moins au statut d'État membre du *Deutscher Bund* : c'est le Luxembourg (= État luxembourgeois), et non le Royaume des Pays-Bas, qui était membre à partir de 1815 de la Confédération germanique. Autrement dit, selon cette thèse du « non *soft* », l'État luxembourgeois a existé « en partie », dans le cadre du seul *Deutscher Bund* (il n'est pas allégué, par les défenseurs du « non *soft* », que l'État luxembourgeois, ainsi partiellement établi, aurait existé pleinement en droit international, en signant notamment des traités). Selon les deux versions du non, il existe un écart entre les exigences du traité de Vienne et le droit (néerlandais) interne qui, lui, pour ce qui le concerne, traitait le Luxembourg le plus souvent comme une banale province. En vertu du traité, l'État luxembourgeois aurait dû exister « pleinement » ; effectivement, il n'a pas existé « du tout », ou seulement « en partie ». Cette étrange configuration (est particulièrement étrange l'hypothèse que l'État luxembourgeois serait né/aucunement existé « en partie ») est due, selon le discours dominant, au fait que Guillaume I^{er} et les auteurs de l'article 1^{er} de la *Grondwet* ont violé, totalement ou partiellement, le traité de Vienne. Le changement décisif sur ce plan n'interviendrait qu'en 1839, avec le traité de Londres (à noter : le discours dominant, curieusement, et à l'inverse de ce qui se passe pour l'Acte final de 1815, ne cite aucun article précis, technique, du traité de Londres lorsqu'il le mobilise : le discours à ce sujet reste très général, globalisant, superficiel). Le traité de 1839 aurait « effectué lui-même »⁵⁶ (ou « imposé à autrui, à Guillaume I^{er} »⁵⁷ ?) le basculement vers la création, « en totalité » ou « pour la majeure partie manquante », de cet État luxembourgeois. Désormais, celui-ci existait à tout égard. Pour citer le propos métaphorique de Gilbert Trausch, adepte de la thèse du non radical : « L'État-fiction de 1815 devient une réalité »⁵⁸.

54 Le plus souvent, les guillemets dans ce résumé n'annoncent pas des citations d'autres auteurs, mais au contraire des reformulations ou reconstructions de ma part, sur lesquelles j'attire l'attention, et qui peuvent paraître étranges aux lecteurs, et ce d'ailleurs pour de bonnes raisons. L'impression d'étrangeté n'est pas due au fait que ces reconstructions faussifient le discours dominant (j'espère que ce n'est pas le cas : elles se veulent, en tout cas, fidèles) ; elle est due, selon moi, au fait qu'en révélant la teneur intime de ce discours, ces reformulations en révèlent aussi les « étrangetés » car ambiguës, maladroites et incohérentes qui, d'habitude, sous un langage plus lisse, moins incisif, peuvent passer inaperçues. Je ne dis pas que toutes ces étrangetés révèlent, forcément, des erreurs, des absurdités ; ce que je dis, à ce stade, c'est qu'elles doivent être creusées d'avantage en science en vue d'une évaluation.

55 C'est ce que suggère, sans autres précisions sur le plan juridique, et selon une terminologie (« fiction », « papier ») que le/la juriste trouvera peu satisfaisante, l'historien Gilbert Trausch en 1989 dans son discours grand-public du 18 avril 1989 : « L'État créé en 1815 n'est qu'une fiction, il n'existe que sur le papier ». G. Trausch, *De l'État à la Nation. Allocation prononcée le 18 avril 1989, à l'occasion de la commémoration officielle du 150^e anniversaire de l'indépendance du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, Banque générale du Luxembourg, 1989, p. 7.

56 Cf. l'idéal-type du rôle fort du droit international.

57 Cf. l'idéal-type du rôle faible du droit international.

58 G. Trausch, *De l'État à la Nation*, p. 9.

En quelque sorte, ce discours dominant suggère une sorte de naissance « contrariée », « interrompue », « sabordée »⁵⁹ de l'État luxembourgeois : la naissance/création était un processus, processus qui s'est fait en deux temps (en 1815 et en 1839) à cause d'une violation du droit international de la part de Guillaume I^{er}. Pour chacun de ces deux temps, le texte juridique clé (en quelque sorte, « l'acte de naissance », l'acte de naissance d'une personne morale) était un texte de droit international : derrière la date de « 1815 » est visé l'Acte final du Congrès de Vienne (avec des articles précis, qui restent bien sûr à interpréter), derrière celle de « 1839 » le traité de Londres (aucun article précis n'est visé). On remarquera aussi que, selon ce discours dominant, la naissance de l'État luxembourgeois ne semble pas avoir fait intervenir des normes de droit interne, ce qui, de prime abord, est insolite. Le rôle du droit interne dans le processus juridique de création de l'État semble soit inexistant soit marginal.

2° Les origines du discours *mainstream*

a) Pour ce qui est du rôle créateur du traité de Vienne : le revirement de 1830

Les origines de ce discours sont anciennes. La référence à l'Acte final du Congrès de Vienne en tant que point de départ de la création de l'État luxembourgeois est même très ancienne, sans que pour autant ses racines ne se perdent dans les méandres et profondeurs du passé. Ce discours est datable : les premières occurrences remontent jusqu'à l'automne de 1830, dans le sillage de la révolution belge⁶⁰. Pour contrecarrer la révolution belge, y compris sur le plan juridico-idéologique (la « guerre des idées »), Guillaume I^{er} et les notables orangistes au Luxembourg redécouvrent sous un autre jour le traité de Vienne.

La célèbre proclamation du gouverneur Jean-Georges Willmar du 6 octobre 1830⁶¹ marque à ce sujet un premier pas, mais il ne convient pas de

⁵⁹ Ces adjectifs sont de ma part.

⁶⁰ Cette datation est établie, par ex., par D. Scuto, *Une histoire contemporaine du Luxembourg en 70 chroniques*, Luxembourg, Fondation R. Krieps / Université du Luxembourg, 2019, p. 30 s (« 1815-2015. Un anniversaire bicentenaire sans gâteau ni bougies ») ; L. Heuschling, « Les origines au XIX^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in I. Kiassetto, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Liber Amicorum Ruesen Erges*, Luxembourg, Pastiris, 2017, p. 182-189.

⁶¹ *Mémorial administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 1830, vol. II, n°57, p. 181 ss.

perdre de vue l'ambivalence de cet écrit hautement politique. Ce qui frappe, c'est qu'il débute par réaffirmer le discours antérieur, celui en vogue entre 1815 et 1830, à savoir la thèse du choix. En effet, après avoir développé l'idée que le traité de Vienne (articles 65, 67, 69 et articles 54 et 63) a « conféré au même Prince deux souverainetés indépendantes entre elles, l'une le Royaume des Pays-Bas, l'autre le Grand-Duché de Luxembourg », Willmar continue par affirmer, sans l'once d'un doute, la thèse du choix : « Le Prince avait indubitablement le choix d'administrer [= gouverner] séparément les deux États, ou de leur appliquer une loi commune [i.e. les fusionner dans un État commun, unique, avec un seul parlement, une seule législation, etc.] »⁶². Ensuite, Willmar se lance dans un raisonnement assez spéculatif, en tentant de convaincre les habitants du Grand-Duché que, depuis 1815, nonobstant la fusion opérée par l'article 1^{er} du *Grondwet*, Guillaume I^{er} a toujours respecté « l'indivisibilité nationale »⁶³ du Grand-Duché. Il cite, à l'appui, cet article 1^{er} et, ce faisant, s'entorce dans des contradictions flagrantes puisque cet article affirmait que le Luxembourg était « placé sous la même souveraineté que le Royaume des Pays-Bas », alors qu'au début, Willmar est parti de la prémisse de l'existence de deux souverainetés. Mais, dans les entrelacs et méandres de ce discours surgit, de façon confuse, l'idée que le Luxembourg a été érigé en État par le Congrès de Vienne puisque Willmar dit, d'une part, qu'il faut dans cette situation trouble revenir au traité de Vienne et que, d'autre part, depuis 1815, le Luxembourg est traité par la *Grondwet* « comme État indépendant spécialement délimité, et nullement comme fraction de ce royaume. Celui-ci pourrait cesser d'exister, que le Grand-Duché ne resterait pas moins tel que les souverains de l'Europe l'ont créé. Une nationalité propre (...) est attachée au sol luxembourgeois »⁶⁴. La distinction de deux États serait donc établie et imposée par le traité de Vienne, du fait de la volonté des alliés réunis à Vienne ! Willmar le dira, sous une forme plus nette et ramassée, dans son arrêté du 2 novembre 1830, où il rappelle que « le pouvoir qui s'est établi en Belgique (...) ne peut exercer aucune autorité sur le Grand-Duché, sans commettre un acte d'usurpation sur un État considérée par les puissances de l'Europe (...) »⁶⁵.

Guillaume I^{er} lui-même se fait le vecteur de ce nouveau discours à travers son arrêté royal du 31 décembre 1830. Lorsqu'il extrait, par cet acte,

⁶² *Ibid.*, p. 183.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, p. 184.

⁶⁵ *Mémorial*, 1830, vol. II, p. 215 (italique ajoutée). Lire aussi, *ibid.* l'avis de Willmar du 16 novembre 1830.

le Grand-Duché de Luxembourg hors de l'État néerlandais, il le fait en se fondant sur le traité de Vienne, dont il définit la teneur comme suit : « Vu le traité de Vienne, du 9 juin 1815, par lequel le Grand-Duché de Luxembourg nous a été cédé en pleine propriété et souveraineté, comme État faisant partie de la Confédération germanique et *entièrement séparé des provinces qui composent le Royaume des Pays-Bas (...)* »⁶⁶. Voilà que Guillaume opère un revirement : il n'affirme plus qu'il a le choix entre fusionner ou séparer les Pays-Bas et le Luxembourg, mais qu'il est (et était) obligé, par le traité de Vienne, de créer pour le territoire luxembourgeois un État distinct. Dans le sillage de cet arrêté, les États (provinciaux) du Grand-Duché de Luxembourg se servent, en s'adressant aux habitants, d'un langage des plus directs : « Mais ne vous a-t-on pas prouvé jusqu'à la dernière évidence, que ces traités, aussi positifs que solennels, vous constituent en un État absolument indépendant de la Belgique (...) ? »⁶⁷. Cette proclamation s'approprie aussi le discours des deux souverainetés pour l'inflechir, à l'inverse de Willmar, dans le sens d'une nécessaire dualité d'États.

Cette lecture du traité se généralisait ensuite au Luxembourg, tant chez les juristes que chez les historiens. Du côté des juristes, la première occurrence après le moment 1830/31 se situe, à ma connaissance, sous la plume de l'influent Paul Eyschen, ministre d'État et auteur du premier manuel systématique portant sur le droit public luxembourgeois. Il y reprend la thèse de la « double souveraineté (*doppelte Souveränität*) ». Or, dans l'esprit d'Eyschen, il est évident que qui dit « deux souverainetés » dit, *ipso facto*, « deux États ». Voici ce qu'écrit Eyschen : « *Beide Länder sollen zwar von einem gemeinsamen Fürsten regiert werden, doch lag hier gleich von Anfang an eine doppelte Souveränität vor, indem einerseits verschiedene Successionsrechte für beide Throne bestanden, somit beide Kronen in verschiedene Hände kommen konnten, und andererseits Luxemburg zum Deutschen Bund gehörte* »⁶⁸. Eyschen avance et agrège trois arguments : 1. Le traité évoque, à travers deux articles distincts, la souveraineté accordée à Guillaume I^{er} et à ses successeurs sur le territoire des Provinces Beligiques (art. 65), respectivement sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg (art. 67)⁶⁹. 2. L'article 71 du traité

prévoit, pour le Grand-Duché, un droit de succession au trône spécifique, distinct du régime successoral établi par la *Gronauwet* et noté par l'art. 65 du traité pour ce qui est du trône du Royaume des Pays-Bas⁷⁰. 3. C'est le Grand-Duché de Luxembourg, et non le Royaume des Pays-Bas qui était, en vertu de l'art. 67 alinéa 2, membre de la Confédération germanique⁷¹. Si Eyschen se donnait la peine d'étayer en droit son argumentation juridique, nombre de ses successeurs se contenteront de la formule habituelle, récurrente, que le traitement réservé par Guillaume I^{er} au Luxembourg, rabaisé pour l'essentiel au statut de province néerlandaise, était une violation de la lettre et/ou de l'esprit du traité de Vienne. L'État luxembourgeois est présenté comme une création, une créature, du droit international. Les citations mobilisables, à ce titre, sont légion. Je n'en donnerai, du côté des juristes, que celle d'Hubert Loutsch, particulièrement tranchante : « *Das Grossherzogtum ist mithin in seiner Entstehung und in seinen wesentlichen Merkmalen ein Gebilde des Völkerrechts. Der Wille der in Wien versammelten Mächte hat*

66 *Mémorial*, 1831, n° 1, p. 2 s (italique ajoutée).
67 Publication de la Députation des États du Grand-Duché de Luxembourg, 11 janvier 1831, *Mémorial*, 1831, n° 1, p. 5.

68 P. Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, Freiburg, Mohr, 1890, p. 11 : Dans l'édition de 1910 (P. Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1910), lire p. 6.

69 Eyschen ne tient donc pas compte que le traité de Vienne, en son article 72, place à l'inverse ces deux territoires sous une seule souveraineté. L'article est, il est vrai, assez marginal.

70 Cet argument, à lui tout seul, n'est pas convaincant. Pour s'en apercevoir, il suffit d'imaginer, de manière fictive, que jusqu'en 1890, le Luxembourg aurait continué à être traité comme une province néerlandaise et qu'Adolphe aurait continué à régner sur la Principauté de Nassau-Weilbourg nonobstant la guerre de 1866. À la mort de Guillaume III, l'État néerlandais aurait été obligé, en vertu de l'art. 71, d'extraire le Luxembourg de sa souveraineté et de le transférer à son propriétaire légal, à savoir la branche aînée de la Maison globale de Nassau, représentée en la personne du prince Adolphe. Celui-ci aurait pu alors décider de joindre le territoire du Luxembourg à celui de Nassau-Weilbourg au sein de l'État nassovien. Le transfert du Luxembourg d'une branche à l'autre de la maison de Nassau aurait eu lieu dans le parfait respect de l'article 71 et du droit princier nassovien. Et pourtant ni avant le transfert ni après le transfert, un État luxembourgeois n'aurait vu le jour. Ce n'est donc pas l'art. 71, en soi, qui exigeait la création d'un État luxembourgeois.

71 Eyschen n'attache donc aucune importance aux articles 53 et 56 du traité de Vienne. À la lecture de ces dispositions, il est loisible de penser que c'est le Royaume des Pays-Bas qui était l'État membre de la Confédération, et qui votait à la Diète, étant précisé que, dans cette hypothèse, l'engagement de l'État néerlandais se limitait à une partie seulement de son territoire et de sa population (i.e. le territoire et la population du Grand-Duché), solution qui s'appliquait déjà à la Prusse, à l'Autriche et au Danemark.

das Land zum staatlichen Sein erhoben »⁷². Du côté des historiens, on peut citer Nicolas Margue qui, en 1939/1948, affirmait non sans un brin de provocation, dans la première phrase de sa contribution au Livre du centenaire : « Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas été créé en 1839 ; il a été érigé par le Congrès de Vienne en 1815 »⁷³. Cette interprétation du traité de Vienne semblait définitivement acquise : du côté des juristes et des non-juristes, elle n'a plus jamais été contestée depuis 1830 jusqu'à l'étude récente de Guy Thewes. À ce titre, il importe de remarquer que même les juristes qui, à des degrés variés, vont se faire les avocats de la date de 1839 (voir *infra* point b : Eyschen, Wehrer, Majerus) reconnaîtront toujours l'importance première de l'Acte final du Congrès de Vienne. Dans le discours dominant, les deux dates de 1815 et 1839 se combinent, s'agrègent, sans que l'articulation entre ces deux traités soit véritablement tirée au clair, faute de théorisation.

Pourtant, il existait une autre lecture, déjà dans le passé, qui affirmait que le traité de Vienne laissait à Guillaume I^{er} le choix entre soit l'absorption du Luxembourg dans l'État néerlandais, soit sa différenciation. Cette lecture opposée était, me semble-t-il⁷⁴, dominante entre 1815 et 1830 : Guil-

72 H. Loutsch, *Für die Heimat. Das Grossherzogtum Luxemburg. Seine geschichtliche Vergangenheit. Seine völkerrechtliche Stellung und vertragswirtschaftliche Lage*, Luxembourg, Saint-Paul, 1919, p. 25. L'affirmation est développée notamment dans les multiples écrits sur le « statut international de l'État luxembourgeois », un sujet classique et fréquemment abordé dès le 19^e siècle dans une littérature juridique luxembourgeoise pourtant assez clainisée. Lire E. Servais, *Le Grand-Duché de Luxembourg et le traité de Londres du 11 mai 1867*, Paris, Plon, 1879 ; P. Eyschen, *Staatsrecht, op. cit.*, 1890, p. 23 ss (« Die völkerrechtliche Stellung Luxemburgs ») ; A. Wehrer, *Le statut international du Grand-Duché de Luxembourg*, tiré à part de la Revue franco-belge, mai 1937 ; id., centenaire, Luxembourg, 1948, p. 37 ss ; P. Majerus, *Le Luxembourg indépendant. Essai d'histoire politique contemporaine et de droit international public*, Luxembourg, Belfort, 1945 ; P. Pescatore, « La souveraineté nationale et les traités internationaux au fil de l'histoire luxembourgeoise (1815-1956) », in *Le Luxembourg*, 1967, n°2, p. 129-166 ; etc.

73 N. Margue, « Aperçu historique », in *Le Luxembourg. Livre du centenaire*, Luxembourg, 1948, p. 9. Voir aussi, en ce sens, dans des synthèses historiques récentes : M. Pauly, *Geschichte Luxemburgs*, 2^e éd., Munschen, Beck, 2013, p. 66 ss ; idem, « 200 Jahre Grossherzogtum », in *70 chroniques*, Luxembourg, Fondation R. Krieps / Université du Luxembourg, 2019, p. 26-31 (« 1815-2015. Un anniversaire bicentenaire sans gâteau ni bougies »).

74 C'est une hypothèse de travail que je formule, mais que je n'ai pu creuser, faute de temps et faute d'accès à la littérature « néerlandaise » (au sens de l'époque) portant sur l'article 1^{er} de la *Gronawer*. G. Thewes, *op. cit.*, p. 98, pointe vers la prévalence de cette thèse de manière indirecte, incidente, en évoquant le silence opposé du côté de la Prusse aux remarques de son propre ambassadeur à La Haye, von Brockhausen, qui, en 1815, avait critiqué l'absorption du Grand-Duché comme une violation de l'Acte final de Vienne. Michel Erpelding, dans sa contribution qui suit, conforte cette hypothèse pour ce qui est de la littérature et de la pratique de droit international de l'époque (à la seule exception de Klüber).

laume I^{er} et les auteurs de l'article 1^{er} de la *Gronawer* avaient tout intérêt à prôner la lecture du choix, sous peine de tendre des verges à leurs critiques ! En tout cas, la thèse du choix a surgi, comme déjà vu, de manière évidente dans la proclamation du gouverneur Willmar du 6 octobre 1830⁷⁵. Elle apparaît aussi, en 1861, dans la riche et longue étude dédiée au Grand-Duché de Luxembourg écrite par le célèbre professeur de droit constitutionnel de Göttingen, Heinrich Albert Zachariä⁷⁶ : il y affirmait la thèse du choix au vu de la totale discrétion laissée à Guillaume I^{er}, par l'art. 67 alinéa 1^{er} *in fine* du traité de Vienne, de faire hériter le territoire luxembourgeois soit par son fils aîné, soit par son second fils, qui était son préféré⁷⁷. Or, au Luxembourg, la thèse du choix, si influente avant 1830, fut presque totalement oubliée par les juristes et historiens après 1830.

b) Les ambiguïtés originelles des discours sur le rôle créateur du traité de Londres

La mobilisation du traité de Londres de 1839 est également assez anecdotique comme l'a montré Denis Scuto dans un récapitulatif incisif⁷⁸. Elle est esquissée d'abord en 1889 par Paul Eyschen en vue d'une événementielle commémoration. Mais c'est en 1939 que la date « s'impose », pour les raisons politiques conjoncturelles que l'on sait. Comme l'a écrit Claude Wey : « L'élément purement historique (le traité de Londres de 1839) sera largement éclipsé par l'élément essentiellement politique »⁸⁰, i.e. l'enjeu propre au moment de 1939 de prouver à soi et à l'étranger la volonté des Luxembourgeois de rester indépendants. En 1989, la date devient à nouveau, sur le plan officiel, la date de référence pour les commémorations de

75 Voir *supra* note 62.

76 H.A. Zachariä, « Luxemburg und Limburg » in J.C. Bluntschli, K. Brater (dir.), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, volume 6, Stuttgart/Leipzig, 1861. Pour la partie sur le Luxembourg, lire p. 460-479. Antérieure même au manuel d'Eyschen, l'étude systématique de Zachariä sur le Luxembourg révèle, de par la richesse des sources et informations, une remarquable connaissance du système juridique du Grand-Duché. Malheureusement, l'étude n'a jamais été prise en compte ou citée dans la littérature juridique luxembourgeoise, et ce depuis le XIX^e siècle. Eyschen ne la cite guère. De nos jours, elle est totalement oubliée. L'ouvrage est accessible sur Google Books.

77 Lire *ibid.*, p. 463.

78 Une exception : P. Weber, *Geschichte des Luxemburger Landes*, Luxembourg, Buck, 1949, p. 216.

79 D. Scuto, *Une histoire contemporaine du Luxembourg en 70 chroniques*, p. 34-45 (« 1839 ou comment le Luxembourg s'est inventé son anniversaire »).

80 C. Wey, « Le centenaire de l'indépendance et sa commémoration en 1939 », *Hémécht*, 1989, n°1, p. 36.

la création de l'État, et ce toujours pour des raisons qui tiennent davantage à la conjoncture politique qu'à la vérité historique comme l'a éclairé Michel Pauly : le ministre d'État de l'époque, Jacques Santer, souhaitait alors combattre la résurgence d'idées et de forces nationalistes au Luxembourg⁸¹.

Dès le départ, les discours autour de 1839 sont ambigus en ce que, à tour de rôle, ils évoquent cette date à différents titres, que ce soit en tant que point de départ d'une « ère de prospérité exceptionnelle pour le pays » (Eyschen, en tant que chef de gouvernement)⁸², en tant que début de l'« autonomie du pays/Autonomie des Landes » (Eyschen⁸³), ou en tant que date de naissance de « l'indépendance du pays/Grand-Duché » (commémorations de 1939, 1989, 2014⁸⁴). Or il est évident qu'une « ère de prospérité » peut débiter bien après la date de la naissance d'un État. Pour ce qui est des expressions « indépendance du pays / autonomie du pays », qui, en soi, dans le langage juridique, peuvent renvoyer à différents sens, on peut admettre que, dans le cas d'espèce, est visé le sens de « création de l'État » (le Luxembourg serait, à cette date, devenu indépendant, distinct, « autonome », par rapport à l'État néerlandais). Or, en même temps, on trouve chez les juristes qui ont propulsé la date de 1839 sur le devant de la scène des propos qui appellent à la prudence.

Eyschen met en avant le traité de Londres en tant que point de départ de la « *Autonomie/autonomie* » ou « *Selbständigkeit/indépendance* » du pays. Or, d'une part, le même Eyschen a défendu, comme on l'a vu, la thèse de la « double souveraineté » : c'est le traité de Vienne qui a érigé le Luxembourg en État⁸⁵. D'autre part, Eyschen se réfère aussi, sans toutefois suffisamment accentuer et étayer son propos, à ce texte juridique crucial – pour une fois de droit interne ! – qu'est l'arrêté royal du 31 décembre 1830 portant établissement d'une administration particulière pour le Grand-Duché de Luxembourg. À travers cet arrêté, et dans le sillage de cet arrêté

81 M. Pauly, « 200 Jahre Grossherzogtum », *Forum*, n°352, juin 2015, p. 52.
82 D. Scuto, *op. cit.*, p. 35.

83 Dans sa fonction de ministre d'État, D. Scuto, *op. cit.*, p. 35. En science du droit, lire : P. Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, Freiburg, Mohr, 1890. Dans l'importante introduction historique de l'ouvrage, il distingue successivement, après la fin de l'occupation française, trois périodes : 1. la période 1814-1830, marquée surtout par l'incorporation dans le Royaume des Pays-Bas (§ 4, p. 10 ss) ; 2. la période 1830-1839 placée sous le signe de la « révolution belge » (§ 5, p. 15 ss) ; 3. la période dite « d'autonomie du pays » qui part de 1839 et s'étend jusqu'à la fin de l'historique (§ 6, p. 18 ss). Dans la 2^e édition, Eyschen substitue simplement au mot peu usité de « *Autonomie des Landes* » celui de « *Selbständigkeit des Landes* ». P. Eyschen, 1910, p. 10.

84 D. Scuto, *op. cit.*, p. 34, 37 s, p. 42.
85 P. Eyschen, *op. cit.* 1890, p. 11 ; éd. de 1910, p. 6.

té, ont été posés selon Eyschen les premiers jalons, en droit interne, de la mise en place d'un État luxembourgeois distinct de l'État néerlandais (« *die ersten Schritte zur definitiven Constituirung eines eigenen unabhängigen Gemeinwesens* »)⁸⁶. Il avance ainsi trois dates (1815, 1830, 1839) dont les deux premières réduisent substantiellement l'importance de la troisième dans le processus de création de l'État.

Autre juriste : Albert Wehrer. En tant que conseiller de gouvernement, puis secrétaire général du gouvernement, il a joué un rôle clé dans le lancement du « centenaire de l'indépendance » en 1939. Ses propos comportent souvent des bémols par rapport au rôle du traité de Londres. Dans une première note au gouvernement de 1934 sur le « centenaire », écrite très probablement de sa plume, le traité de Londres est présenté comme un texte qui « constituait définitivement notre pays dans son intégrité territoriale actuelle »⁸⁷ (1839 est donc, juste, une affaire de découpage de l'assise territoriale d'un État déjà existant...). La note ajoutait ensuite : « On peut dire que 1839 est la véritable date de naissance du Grand-Duché actuel puisque c'est à cette date que le gouvernement s'installa à Luxembourg et que se prépara une administration nationale vraiment indépendante »⁸⁸. Le lecteur/la lectrice aura noté la présence de l'adjectif « véritable » et aussi le renvoi (en vérité approximatif), au titre de la date de 1839, non pas au traité de Londres, mais à des mesures juridiques de droit interne prises par Guillaume I^{er} en vue d'organiser le gouvernement (ces mesures furent prises, en vérité, tantôt avant tantôt après 1839). C'est dans une 2^e note, de 1938, que Wehrer identifie davantage le traité de Londres au « véritable point de départ de notre indépendance nationale »⁸⁹. Là encore l'adjectif « véritable » marque une certaine réserve mentale. Ces réserves apparaissent enfin, et surtout, dans la contribution de Wehrer au *Livre du centenaire*, publié en 1948. Dans sa contribution à ce livre, il présente l'apport du traité de 1839 exclusivement sous deux aspects : 1. la réduction du territoire luxembourgeois ; 2. la garantie internationale de l'indépendance de l'État luxembourgeois⁹⁰. Il ne dit jamais que c'est à cette date que l'État est né. Il n'utilise d'ailleurs pas le langage, précis et technique, de « création/fondation/naissance » d'une personne morale « État », préférant se servir du

86 P. Eyschen, *op. cit.*, 1890, p. 15, 17. Dans l'édition de 1910, lire p. 9 (« *die ersten Schritte zur endgültigen Bildung eines eigenen unabhängigen Gemeinwesens* »).

87 Cité par C. Wey, *op. cit.*, p. 32.

88 *Ibid.*

89 *Ibid.*

90 A. Wehrer, « Le statut international du Grand-Duché de Luxembourg », in *Le Luxembourg – Livre du centenaire*, lire p. 38-41 la section intitulée « 1839 ».

mot chatoyant et flottant « d'indépendance » du « Grand-Duché ». Or ce qui frappe est de voir que son étude publiée à l'occasion du centenaire du traité de Londres, débute – comme celle de Nicolas Margue dans le même volume – par une référence à... 1815 ! « L'indépendance du Grand-Duché dans sa forme actuelle se prépare en 1815. (...) Le Congrès de Vienne ressuscita le statut d'indépendance du Luxembourg »⁹¹.

Il est également intéressant de citer Pierre Majerus qui, en 1939, était le secrétaire de la Commission du centenaire présidée par Wehrer⁹². Dans son manuel *L'État luxembourgeois*, Majerus affirmait : « L'État luxembourgeois existe, dans sa forme actuelle, depuis le traité de Londres du 19 avril 1839, conclu entre les grandes puissances, les Pays-Bas et la Belgique »⁹³. Déjà, l'incisive « dans sa forme actuelle » est de nature à faire tiquer les lecteurs scrupuleux : l'État luxembourgeois existait-il déjà avant 1839, sous une autre forme (territoriale) ? Effectivement, Majerus, dans le paragraphe qui suit, et qui a trait au traité de Vienne, relativise : « Ces éléments distinctifs [ces articles de l'Acte final, spécialement l'art. 67] auraient dû faire parler, l'union personnelle avec les Pays-Bas, réalisée dans la personne du Roi-Grand-Duc, n'aurait pas dû entamer la souveraineté du Grand-Duché »⁹⁴. Donc, c'est le traité de Vienne qui, en droit, a joué un rôle primordial, déclencheur, dans la création de l'État luxembourgeois (on peut penser que Majerus, ici, attribue au traité de Vienne un rôle créateur au sens faible).

B | Les récentes remises en cause du discours *mainstream*, côté 1815 et côté 1839

1° Deux études critiques, en histoire (G. Thewes) et en histoire du droit (L. Heuschling)

Ces dernières années, le débat sur la création de l'État luxembourgeois a connu deux rebondissements. Deux mises en cause fondamentales du

91 *Ibid.*, p. 38. Analogie : A. Wehrer, « Le statut international du Grand-Duché de Luxembourg », tiré à part d'un article paru dans la *Revue franco-belge*, mai 1937, spéc. p. 4-5.

92 C. Wey, *op. cit.*, p. 37 note 19.

93 P. Majerus, *L'État luxembourgeois. Manuel de droit constitutionnel et de droit administratif luxembourgeois*, 1^{re} édition, Luxembourg, Belfort, 1948, p. 23 (= 6^e éd., Edipress, Esch-sur-Alzette, 1990, p. 25).

94 *Ibid.*, 1^{re} éd. 1948, p. 23 (= 6^e éd., p. 25).

discours dominant, qui ont visé – pour simplifier – l'une la date de 1815, l'autre la date de 1839.

D'un côté, en histoire (sous-entendue : en histoire générale), à l'occasion du bicentenaire du traité de Vienne, Guy Thewes a remis en question – jusqu'à un certain point – la date de 1815. Décortiquant les débats à Vienne en particulier sous l'angle des stratégies militaires⁹⁵, il affirme de manière nette qu'il n'y avait aucune *intention* de la part des puissances européennes réunies à Vienne de créer un État luxembourgeois distinct : « *Die Intention der Akteure auf dem Wiener Kongress war aber nicht, einen separaten und souveränen Staat zu schaffen* »⁹⁶. Pour le/la juriste, cette thèse iconoclaste avancée par un non-juriste sur un objet éminemment juridique est, à coup sûr, intrigante : elle oblige à relire avec un œil frais, plus scrupuleux, le traité de Vienne et à scruter avec suspicion le discours établi relatif à la naissance de l'État luxembourgeois. En même temps, le propos fait naître aussi des doutes et interrogations. Lorsqu'il s'agit d'interpréter un texte juridique, les juristes savent que, parfois, les auteurs d'un texte ont à l'esprit certaines intentions, mais que celles-ci sont mal traduites dans le texte au point que le texte dit le contraire de ce que voulaient ses auteurs. Que faire, par ex., de l'article 67 du traité de Vienne qui stipule que « le Grand-Duché de Luxembourg (...) formera un des États de la Confédération germanique » ? Si, en tant que juriste, on admet que le *Deutscher Bund* était un regroupement d'« États » (et non de simples individus, i. e. les monarques : ayant signé en 1815 ce traité), il devait donc, nécessairement, y avoir un État qui participait à ce *Bund* au titre du « Grand-Duché de Luxembourg ». Que l'État ? À ce sujet, le propos de Guy Thewes suscite plus des questions qu'il ne fournit de réponses. Car, il ne revient pas simplement à l'ancienne thèse (oubliée) du choix. Il conclut en effet son étude par un propos qui sème le trouble, et qui s'inscrit encore dans le discours dominant, dans ce que j'a

95 Pour une analyse des débats de Vienne sous l'angle plutôt des enjeux du droit primitier au sein de la Maison de Nassau, lire l'article de l'historien Jean Schoofs, « Die nassauische Thronfolge in Luxemburg. Ihre Geschichte und ihre Probleme », *Rheinische Vierteljahrsblätter*, 1954 Jahrgang 19, Heft 3, p. 556 ss. Il admet, sans davantage la discuter, l'hypothèse de la création d'un État luxembourgeois par le Congrès.

96 G. Thewes, « 1815 - Wie das Grossherzogtum Luxemburg entstand », *op. cit.*, p. 101. La recherche des « intentions » est le fil rouge du travail. Voir aussi le propos synthétique introductif p. 97 : « *Zu keiner Zeit hatten die Grossmächte die Gründung eines separaten souveränen Staates neben dem Königreich der Niederlande in Erwägung gezogen* ». Du même auteur, « Le Grand-Duché de Luxembourg est-il né en 1815 ? Analyse et réflexions sur la signification réelle des événements d'il y a 200 ans », *Luxemburger Wort*, 9 juillet 2015 supplément *Die Woche*, p. 2-4.

appelé la « version soft du non »⁹⁷. G. Thewes écrit, en guise de conclusion : « *Als Mitglied dieses Staatenbundes war Luxemburg tatsächlich schon seit 1815 ein Staat. Als Besitztum Wilhelms I. blieb es aber eine niederländische Provinz* »⁹⁸. Comment comprendre ce propos ambivalent, en partie énigmatique ? S'agit-il d'un écart entre « intentions » des auteurs (qui n'auraient pas voulu d'un État luxembourgeois) et ce que dit, objectivement, le texte du traité (celui-ci aurait établi, néanmoins, un État, du moins en partie) ? Ou, autre grille de compréhension, le propos de G. Thewes s'explique-t-il par l'usage, implicite, de la théorie du dualisme : l'État luxembourgeois en tant que personne morale de droit international (« *als Mitglied...* ») aurait existé ; l'État luxembourgeois en tant que personne morale de droit interne (« *als Besitztum...* ») n'aurait pas, pas encore, existé ? Une telle dualité fait-elle sens ? Je ne le pense pas, et ce pour deux raisons : d'une part, comme déjà évoqué, le dualisme n'était pas le paradigme dominant à l'époque ; d'autre part, la thèse du « non soft » n'est pas une application fidèle du dualisme (elle n'affirme pas que, dès 1815, le Luxembourg était un État « en droit international », mais seulement, de manière restrictive, qu'il était cohérent avec la théorie dualiste). Il reste aussi une autre question ouverte dans l'étude de G. Thewes : si le Luxembourg, sous un certain angle (« *als Besitztum...* »), n'a pas été érigé en État par l'Acte final de Vienne, quand a lieu cette création ? À quelle date ultérieure, par quel texte ?

D'autre part, en science juridique, dans la filière « histoire du droit/histoire du droit constitutionnel », j'ai moi-même en 2017, dans le cadre d'une étude sur l'origine historique du principe de la primauté des traités internationaux au Luxembourg, « sorti de l'oubli » (d'un relatif oubli) la date de la Saint-Sylvestre de 1830 comme date de naissance – en droit interne – de l'État luxembourgeois, en référence à l'arrêté royal de Guillaume I^{er} du 31 décembre 1830 portant établissement d'une administration particulière pour le Grand-Duché de Luxembourg⁹⁹. Ce faisant, en situant la naissance de l'État plus en amont, au tournant 1830/31, j'ai pu tout simplement ignorer l'incidence du traité de Londres de 1839, à l'instar d'ailleurs de certains historiens (Nicolas Margue, Michel Pauly, etc.) qui, déjà auparavant, avaient

⁹⁷ Voir *supra* II^e partie, A, 1^o.

⁹⁸ G. Thewes, « 1815... », *op. cit.*, p. 101. Voir aussi p. 98 : « *Die Wiener Schlussakte machte Luxemburg zu einem der Staaten des Deutschen Bundes (...)* ».

⁹⁹ L. Heuschling, « Les origines au XIX^e siècle du rang supra-constitutionnel des traités en droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in L. Riassetto, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Libor Amicorum Kasen Erges*, Luxembourg, Pastiriste, 2017, p. 157-213, lire spéc. p. 182-189.

critiqué la focalisation sur 1839. En revanche, en 2017, je n'ai pas interrogé davantage l'interprétation dominante de la date de 1815, interprétation que j'ai simplement reprise (selon ma lecture de l'époque, la naissance s'étalait sur deux moments : 1815 et 1830/31). Je n'avais pas non plus creusé ce que voulait dire que le traité de Vienne aurait « créé l'État luxembourgeois ».

La découverte de l'étude de G. Thewes, dont la lecture me fut recommandée par Michel Pauly, m'a inspiré l'idée de la présente conférence permettant des regards croisés d'histoire (générale) et d'histoire du droit. Car, prises ensemble, ces deux études viennent chambouler les repères classiques : la date de 1839 semble écartée ; celle de 1815 aussi (du moins en partie, voire totalement : cela reste à clarifier du point de vue des instruments de la science juridique) ; et une nouvelle date – totalement ignorée du grand-public (... mais non des spécialistes de l'époque) – surgit/resurgit pour ainsi dire du « néant ». Pour tirer au clair ces incertitudes et articuler ces deux nouvelles impulsions en un ensemble cohérent, il fallait reprendre le débat, l'approfondir et, aussi, l'élargir en introduisant la perspective spécifique de l'histoire du droit international, tâche que Michel Erpelding a bien voulu accepter. Car, à mes yeux, le débat tourne à présent, essentiellement, autour de l'arrêté du 31 décembre 1830, et de l'éventuel apport du traité de Vienne en amont.

2^o Les perspectives d'avenir : *Inti* 1830/31. *Exiti* 1839 (pour l'essentiel). Reste la question de 1815

Il me semble indubitable que le traité de Londres de 1839 n'a pas « créé », quel que soit le sens fort ou faible de ce terme, la personne morale (unique) de l'État luxembourgeois. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer deux preuves.

D'abord, il faut faire l'effort de relire (lire) le texte de ce traité¹⁰⁰, de le lire en détail et en totalité, pour s'apercevoir qu'il n'y a aucune disposition qui, même avec l'interprétation la plus bienveillante, soit aurait créé cette personne morale, soit aurait obligé Guillaume I^{er}, i.e. le Royaume des Pays-Bas, à la créer. Il n'y a aucun élément textuel en ce sens. Et c'est bien pour cela que les divers auteurs et acteurs méritent en avant 1839 se sont bien

¹⁰⁰ Pour le texte du traité de Londres signé le 19 avril et ratifié le 8 juin 1839 (le corps du texte et, surtout, son annexe composée de 24 articles) : *Mémorial législatif et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 1839, n^o 9, p. 53 ss. <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/1839/9>

gardés de citer un quelconque extrait précis du traité de Londres. Celui-ci est à la fois mis en avant et occulté.

Ensuite, et surtout, il est évident que si on arrive à prouver que l'État luxembourgeois (personne morale unique, selon une logique moniste) a existé déjà avant le traité de Londres, celui-ci ne saurait avoir joué un rôle, du moins un rôle initial, dans la création de celui-là. Or, c'est le cas. L'étude approfondie – que je vais publier prochainement – de l'arrêté royal du 31 décembre 1830 et de la suite des arrêtés pris par Guillaume I^{er} dans le sillage de ce premier texte, textes juridiques analysés à la lumière des interprétations des juristes de l'époque et d'observateurs ultérieurs (depuis la Cour supérieure de justice, Paul Eyschen jusqu'aux historiens Albert Calmes et Nicolas Margue), montre que c'est à ce moment, à minuit du 31 décembre 1830, que l'État luxembourgeois né, en vertu de normes de droit interne (article 1^{er})¹⁰¹, selon une logique moniste, et avec une certaine effectivité (certes réduite, car réduite à la Ville de Luxembourg, mais non nulle). Cet être de droit, ce sujet de droit se voit investi de toutes les compétences d'un État, y compris celle d'entretenir des relations internationales (les articles 2 et 3 de l'arrêté visent « toutes les affaires concernant le Grand-Duché », y compris donc les affaires internationales¹⁰²). Mais, aussitôt, Guillaume I^{er}, en tant que Grand-Duc agissant pour l'État luxembourgeois, transfère l'exercice des compétences sur le plan international (diplomatie, guerre) au Royaume des Pays-Bas (art. 6 de l'arrêté¹⁰³), ce qui fait que l'État luxembourgeois ainsi créé ressemble, à certains égards, à un État sous protectorat. À certains égards seulement, car, dans le cas du Luxembourg, la délégation réversible de ces compétences a eu lieu dans le cadre d'une union personnelle, facteur particulier qui n'était pas présent dans les relations de domination coloniale.

101 Lire art. 1^{er} : « À partir du 1^{er} janvier 1831, Notre Grand-Duché de Luxembourg sera gouverné par Nous, distingué et séparé du Royaume des Pays-Bas ». L'arrêté royal du 31 décembre 1830 a été publié en français et en allemand, au Luxembourg, au *Mémorial*, 1831, n°1 du 18 janvier 1831, p. 2 s. Mais cette publication n'était que partielle, une partie de l'arrêté restant secrète. Pour une version intégrale, traduite du texte original hollandais, v. A. Calmes, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la Révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, Édition universelle, 1939, chap. VI, p. 113 s.

102 Art. 2 : « L'Administrateur Inspecteur des mines, C. E. Stiff, est nommé notre Référendaire intime pour les affaires (dans la version allemande : *fin alle Sachen*) concernant notre Grand-Duché de Luxembourg ». Art. 3 : « Dans cette qualité il est chargé, sous nos ordres immédiats, de traiter toutes les affaires concernant le Grand-Duché, qui exigent une disposition de notre part ».

103 Art. 6 : « Toutefois, les affaires du Grand-Duché qui se rattachent au département des affaires étrangères et de la guerre, seront encore et jusqu'à disposition ultérieure, que nous pourrions donner, traitées par lesdits départements ; à leur égard, notre Référendaire intime Stiff se mettra en rapport avec les chefs respectifs de ces départements et travaillera avec eux ».

Il me semble même que cette nouvelle réalité, i.e. l'existence d'un État luxembourgeois désormais distinct de l'État néerlandais, a été prise en compte, à divers endroits, par le traité de Londres, lorsque la distinction en un impact sur l'enjeu à régler. Que la relation que le traité de Londres entendait régir n'était pas seulement une relation à deux parties (les affaires entre, d'un côté, l'État belge et, de l'autre, l'État néerlandais), mais aussi, à certains égards, une relation triangulaire mettant en cause trois États ressort de la manière la plus frappante dans l'article 19 de l'annexe. Selon le traité de Londres, qui reprenait une solution usuelle, les « propriétaires mixtes », i.e. les propriétaires résidant dans l'un des États et ayant aussi des biens immobiliers dans l'autre, ne devaient pas, suite à l'apparition de nouvelles frontières internationales, être réprimés par des taxes spéciales s'ils décidaient de vendre leurs biens dans l'autre État et de rapatrier ainsi leur fortune. Or combien d'États étaient visés par cet interdit de tout « droit d'aubaine et de détraction » ? Deux ?¹⁰⁴ Alors que l'article 17 entamait la problématique des propriétaires mixtes en référence à « deux pays », i.e. deux États (« Hollande », « Belgique »), l'article 19 revenait sur cet enjeu et énonçait, *express verbis*, que cet interdit jouait entre « trois pays » : la « Hollande », le « Grand-Duché de Luxembourg » et la « Belgique ». Autre endroit : le traité laissait le choix à Guillaume I^{er} de rattacher la partie du Limbourg qu'il récupérerait de la Belgique soit à la « Hollande », soit au « Grand-Duché » (art. 4, alinéa 1^{er} et 2, de l'annexe). Le fait qu'à certains endroits, le traité se sert de la dénomination non officielle de « Hollande » (art. 8, art. 12, art. 13, art. 17) ou désigne Guillaume I^{er} seulement par le titre de « Roi des Pays-Bas » (sans faire mention du titre de Grand-Duc : art. 4 *in fine*) – formulations qui, toutes, permettent d'exclure le Luxembourg, i.e. l'État luxembourgeois, du règlement de tel problème – montre que le traité de Londres a pris acte, de manière incidente, de la séparation opérée par Guillaume I^{er} le 31 décembre 1830. Le traité de Londres en a pris acte, en aval ; mais en aucune façon, le traité de Londres n'a créé lui-même un État luxembourgeois ou a obligé tel sujet (S.M. le Roi des Pays-Bas) à le créer. Car cet État existait déjà, suite à une création par des normes de droit interne.

104 Le chiffre « deux » apparaît dans l'article 6 (« chacune des deux parties »), article 6 qui concernait aussi le Luxembourg. Voir aussi la référence aux « deux parties » dans l'art. 24 de l'annexe. À ces endroits, le chiffre deux peut être dû simplement au fait que, formellement, selon un style de rédaction daté, l'annexe visait à régler les rapports entre deux monarques : « S.M. le Roi des Pays-Bas, Grand-Duc de Luxembourg » et « S.M. le Roi des Belges ». Le chiffre deux figure aussi dans l'art. 2 (la nouvelle frontière établie, à travers l'ancien territoire du Grand-Duché, « entre les deux États »), dans l'art. 9 (§ 2 et § 5), dans l'art. 12 *in fine* (« deux pays / deux gouvernements / deux parties ») ; le Luxembourg n'est pas concerné et dans l'art. 17.

Le traité de Londres a néanmoins affecté et transformé l'existence de cet État de manière substantielle. D'une part, le traité de Londres a réduit, en droit, le territoire et, ce faisant, la population de cet État. Jusque-là, en droit interne, le cadre spatial et démographique dont se voyait officiellement investi, le 31 décembre 1830 à minuit, le nouvel État luxembourgeois, était le cadre défini par le traité de Vienne et par d'ultérieures corrections territoriales validées par Guillaume I^{er}. Avec le traité de Londres (art. 2 et 6 de l'annexe), Guillaume I^{er} a dû renoncer, pour l'État luxembourgeois (l'État néerlandais n'est plus concerné) et pour la Maison de Nassau, à deux tiers du territoire du Grand-Duché. D'autre part, en vertu de l'article 6, combiné avec l'article 2 de l'annexe, l'État belge a été obligé de se retirer de la partie du territoire luxembourgeois occupé par lui et qui devait rester entre les mains de l'État luxembourgeois et de la Maison de Nassau. De ce fait, l'État luxembourgeois a gagné en réalité, en effectivité (critère clé pour la reconnaissance ou non-reconnaissance au sein de la communauté internationale ¹). L'écart entre le territoire qu'il revendiquait jusque-là de régir en son droit et le territoire qu'il régissait effectivement (la Ville de Luxembourg et ses immédiats alentours) s'est réduit ; s'il n'a pu étendre son emprise effective jusqu'au maximum, son emprise s'est étendue tout de même de manière substantielle. Sa souveraineté est devenue, grâce au traité de Londres, plus effective, ce qui a « débloqué » sa reconnaissance au niveau international. Du coup, sa compétence d'interagir avec l'étranger, de participer à la vie inter-étatique – compétence revendiquée en droit interne dès l'arrêté royal du 31 décembre 1830 et en même temps transférée aux Pays-Bas par le même arrêté – a été peu à peu admise par les autres États à partir de 1839. Cette facette de la personnalité juridique de l'État luxembourgeois a pu, enfin, se déployer. La personnalité de l'État luxembourgeois est devenue pleinement opérationnelle. En ce sens, on pourrait dire que le traité de Londres a participé, par ces transformations, à l'achèvement du processus de création de cet État.

Reste alors une question, la question cruciale que je me contente d'annoncer, sans y répondre : ce processus de création entamée par des normes de droit interne le 31 décembre 1830 a-t-il, en droit, débuté à zéro (l'Acte final du Congrès de Vienne n'obligeait nullement Guillaume I^{er} et ses héritiers à régir ce territoire sous forme d'un État spécifique : thèse du choix) ou l'arrêté royal du 31 décembre 1830 intervenait-il en second, en subalterne, en remplissant – enfin ! – une obligation de création d'un État contenue dans le traité de Vienne ? Cette question, qui, depuis 1830, semblait résolue,

se pose à nouveau avec acuité depuis l'écrit de Guy Thewes et, désormais, la contribution de Michel Erpelding qui va dans le même sens. De la réponse à cette question dépend si l'État luxembourgeois peut toujours être dit une « création/créature » du droit international (au sens faible du mot « création »), ou si l'État luxembourgeois est, en vérité, un cas « banal », ordinaire, de création d'État par des normes de droit interne. Normalisation. Peut-être même désenchantement. Ce serait un facteur de plus (outre notre participation à l'UE) qui nous obligerait à regarder le paradigme du monisme avec primauté du droit international (lui aussi très spécial en Europe et dans le monde) sous un autre jour.

Reste aussi un « détail » (du point de vue de la science juridique) : les commémorations. Celles-ci, par la force des choses, se réfèrent à une date, à un point de départ, et pas à un processus, à une succession de dates. Or si 1839 tombe en tant que point de départ, et si 1815 tombe également, un nouveau défi s'ouvre. Car que va-t-on fêter au titre de l'arrêté royal du 31 décembre 1830, si on le fête ? Le cadre général du régime ainsi établi (une monarchie absolue, illipitienne et rétrograde) ? Voilà un point de départ peu rehausant... La beauté de ce texte, son ton solennel et grandiloquent ? Il suffit de lire l'arrêté pour renoncer aussitôt à l'idée (et je n'évoque pas même les modalités abusives de sa publication ou, devrais-je dire, de sa non publication dans le *Mémorial*...). Pourrait-on se souvenir, à travers cette date, de la volonté populaire favorable à l'existence d'un État luxembourgeois ? Que nenni : en 1830, comme en 1839, la plupart des Luxembourgeois se voyaient faire partie de la Belgique, régime progressiste par excellence ! Fêtera-t-on alors l'auteur de l'arrêté ? Va-t-on, si ce n'est ériger une statue pour Guillaume I^{er}, du moins lui payer des hommages rituels tous les 25 ou 50 ans ? Ce serait la rédemption de ce roi grand-duc voué aux gémonies, au Luxembourg, depuis les critiques ravageuses d'Albert Calmes¹⁰⁵. Peut-être, certains de ses conseillers à La Haye ou à Luxembourg, qui lui auraient soufflé l'idée de cet arrêté, auront l'honneur de sortir de l'ombre. Serait-ce même le retour en grâce du gouverneur Willmar, lui qui est décédé sur son bureau de travail, durant la nuit du... 31 décembre 1830 ? Au pire, dira le facétieux, il suffit de fêter (ce qui sera simple le jour de la fête de nouvel an) et de s'en tenir au propos de Gilbert Trausch de 1989, en rayant simplement la référence à 1839 : « Notre commémoration

¹⁰⁵ J. Maas, « Régime néerlandais, orangisme et indépendance nationale dans l'historiographie luxembourgeoise », in C. Tansse, G. Trausch (dir.), *Die Beziehungen zwischen den Niederlanden und Luxemburg im 19. und 20. Jahrhundert*, SDU Utgerij, s-Gravenhage, 1991, p. 21-31.

d'aujourd'hui ne célèbre pas le partage de 1839 [mettez : l'arrêté royal du 31 décembre 1830 et son régime politique] qui a été un événement triste, douloureux [mettez : peu glorieux] car la volonté des Luxembourgeois a été méconnue, bafouée [vrai aussi]. Notre fête d'aujourd'hui veut *rappeler ce que les Luxembourgeois ont fait depuis 1839* [1830] ... »¹⁰⁶. Mais, à la limite, pour ce but là – regarder en arrière, se projeter dans l'avenir et se fêter soi-même – il n'y a, peut-être, pas besoin de cette date de naissance. De manière pragmatique : la fête nationale fera amplement l'affaire, d'autant que la date de celle-ci est purement artificielle (elle manque de substance). En fin de compte, sur ce plan-là (celui des commémorations), la vérité des dates importe peu¹⁰⁷.

106 G. Trausch, *De l'État à la Nation, op. cit.*, p. 9 (texte entre crochets et italique ajoutés).

107 En témoignage aussi l'exemple de Samoa. Sur le plan juridique, l'ancien territoire sous tutelle des Nations Unies de *Western Samoa*, administré par la Nouvelle-Zélande, avait accédé à l'indépendance le 1^{er} janvier 1962. Proposée par l'Assemblée générale des Nations Unies lorsqu'elle a formulé les questions du référendum d'auto-détermination (M. Merle, *op. cit.*, p. 444), cette date fut approuvée par le peuple de Samoa occidental à cette occasion et fut consacrée dans la section 2 de la loi néo-zélandaise *Western Samoa Act 1961* (http://www.nzlii.org/nz/legis/hist_act/wsa19611961n68189/). Pourtant, c'est le 1^{er} juin qu'est fêtée officiellement l'indépendance de Samoa, de l'« État indépendant de Samoa ». Voir <https://www.un.int/samoa/event/independence-day>.