

Luc Heuschling

LE CONCEPT DE DISSOLUTION, L'HISTOIRE DES DISSOLUTIONS DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS DU LUXEMBOURG ET LA COUTUME.

SECONDE PARTIE

Le *Holzweg* de la coutume, en matière de dissolution et de manière générale

Dans son avis du 18 juillet 2013, le Conseil d'État a, d'emblée, estimé qu'il convenait d'analyser la question qui lui était soumise dans un « contexte constitutionnel [...] plus large » (§ 2). Il est conduit ainsi à affirmer que la Constitution luxembourgeoise se composerait de diverses sources. Si l'une de ces sources est le texte de 1868 tel que formellement révisé jusqu'à ce jour, une autre ou l'autre — le nombre exact de sources n'est pas précisé par le Conseil — serait la coutume constitutionnelle. Il énonce en effet, en imbriquant étroitement ces deux sources, que « la dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède » (§ 13). L'invocation de la coutume par le Conseil d'État a suscité de l'étonnement : Voilà que, tout à coup, il est question d'une source juridique qui viendrait compléter (ou contredire ?) le texte constitutionnel, source dont, de surcroît, le contenu n'est pas clair. L'ordre constitutionnel serait profondément affecté, voire ébranlé dans ses fondations. Les critiques qui ont pu être exprimées immédiatement après la publication de l'avis, de la part des élus politiques¹⁵⁷ ou de la doctrine¹⁵⁸, sont amplement confirmées *a posteriori*. L'invocation de la « coutume constitutionnelle » par le Conseil d'État s'avère infondée tant sur le plan du *contenu* que sur celui du *contenant*.

Si, à titre d'hypothèse de travail, l'on admet que la coutume est une source de droit constitutionnel au Luxembourg ainsi que le prétend le Conseil d'État, se pose la question de son contenu. Comment est-il possible de connaître et, surtout, de prouver la teneur de la coutume en matière de dissolution ? Cette preuve a-t-elle été rapportée par le Conseil d'État ? Sur ce point, l'avis du Conseil d'État est sommaire et superficiel. Il affirme plus qu'il ne démontre, lacune qui ne saurait être comblée rétrospectivement par une étude historique approfondie. Au contraire, celle-ci ne fait que confirmer et amplifier les critiques déjà exprimées. L'historien ne trouve aucune trace dans le passé d'une éventuelle coutume constitutionnelle en matière de dissolution (A).

¹⁵⁷ L'avis n'a pas été suivi par les acteurs politiques. Voir, par ex., la réaction de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés, procès-verbal de la réunion du 18 juillet 2013, p. 3 *sqq.*, et le communiqué de presse du maréchalat de la cour grand-ducale du 19 juillet 2013.

¹⁵⁸ L. HEUSCHLING, « Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise. Une analyse scientifique de l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2013 », *Lëtzebuurger Land*, 2 août 2013, p. 10-11. Disponible sur : <http://orbilu.uni.lu/handle/10993/14395>

Au-delà du contenu, c'est le *contenant* même qui pose problème. La coutume constitutionnelle est-elle une source de droit au Luxembourg ? En vertu de quel fondement — de quel *type* de fondement —, le Conseil d'État, ou quelque autre acteur ou auteur, est-il habilité à soutenir une telle thèse ? Du reste quelle thèse ? Que veut dire exactement « coutume constitutionnelle » ? Cette dernière expression, employée par le Conseil d'État, désigne-t-elle des normes coutumières portant sur la matière constitutionnelle (mais qui n'ont pas forcément rang constitutionnel) ou, au contraire, s'agit-il de normes ayant rang constitutionnel, quelle que soit à la limite la matière (qui peut être ou non constitutionnelle) ? Autrement dit, quelle est censée être la place de cette source au sein de la hiérarchie des normes : à côté ou en dessous des normes consacrées dans le texte de la Constitution ? Sur ce point, fondamental, l'avis du Conseil d'État est silencieux. Il repose sur des présupposés implicites qui, mis au jour, s'avèrent infondés. Contrairement à ce que suggère le Conseil d'État, la « coutume constitutionnelle » n'est ni une source de droit de même rang que les normes consacrées dans le texte constitutionnel, ni même une source de normes infra-constitutionnelles portant sur une matière constitutionnelle. Elle n'existe pas en tant que source du droit. Il ne s'agit que de simples *usages* politiques (B).

A - L'INFRUCTUEUSE RECHERCHE D'UNE COUTUME EN MATIÈRE DE DISSOLUTIONS DISCRÉTIONNAIRES PAR LE GRAND-DUC

Pour ne pas se perdre dans l'histoire, et ses méandres, il faut savoir ce que l'on cherche. En l'espèce, l'objet recherché est une coutume (en matière de dissolution). Conceptuellement, une *coutume* doit être distinguée d'un simple *usage*. La plupart des gens, lorsqu'ils prennent la voiture, écoutent la radio. C'est une habitude, un usage. Mais, bien sûr, il ne viendrait à l'esprit de personne — ni à celui qui conduit, ni à un éventuel observateur externe — d'affirmer, tout à coup, au vu de cette seule constatation empirique de l'habitude, que, *de ce fait*, la personne concernée est désormais *obligée* d'écouter la radio. Certes, dans le passé, la personne n'a pas utilisé sa liberté de ne pas écouter la radio (liberté que nous imaginons accordée par les textes du droit) ; mais de ce non-usage il ne découle pas que la personne ait implicitement renoncé à cette liberté. L'usage, en l'espèce, n'est qu'un usage ; ce n'est pas une coutume. La différence entre les deux est simple, classique, et elle est fermement établie en science juridique. L'usage se définit par la simple répétition d'une même conduite. La coutume, elle, se définit par deux critères : un usage à quoi s'ajoute — élément crucial, spécifique, d'ordre psychologique — l'existence d'une « *opinio juris* ». Le concept d'*opinio juris* désigne le phénomène suivant : les acteurs sociaux eux-mêmes sont convaincus — dans *leur* esprit —, que cet usage du passé *doit* être respecté, qu'il s'agit d'une norme juridique. L'observateur externe, qui peut être un historien, un sociologue ou un juriste, doit se limiter à *constater* la présence, ou l'absence, de cette idée d'obligation, de cette prise de conscience collective chez les acteurs. Concrètement, celui qui invoque l'existence d'une coutume et donc d'une *opinio juris* doit être capable de citer des discours des acteurs d'antan dans lesquels ces derniers se disent « liés », « obligés » par tel usage¹⁵⁹. En tout cas, ce n'est pas à l'observateur

¹⁵⁹ À titre d'illustration, en Angleterre, voir R. BRAZIER, *Constitutional Texts. Materials on Government and the Constitution*, Oxford, Clarendon, 1990. L'avis de Christian TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der BRD*,

externe de créer ou d'alléguer cette *opinio juris*, sans quoi il réduirait arbitrairement la liberté des acteurs. Il ne serait plus observateur, mais législateur. Cette facette du concept de coutume est cruciale pour l'analyse de l'avis du 18 juillet 2013, car celle-ci est méconnue par le Conseil d'État.

C'est à la lumière de cette grille d'analyse classique que seront étudiées successivement les sept dissolutions discrétionnaires grand-ducales (article 74 et articles analogues) qui ont eu lieu avant 2013 : il s'agit des dissolutions de 1848 (1^o), de 1854 (2^o), de 1915 (3^o), de 1925 (4^o), de 1958 (5^o) et de 2004 et 2009 (6^o)¹⁶⁰. La dissolution de 2013 ne sera pas évoquée pour la simple raison que la coutume invoquée par le Conseil d'État est censée préexister à cette dissolution.

1^o La dissolution du 29 mars 1848 : dissolution et révision

Sous la Constitution de 1841, la procédure de révision était ébauchée en termes succincts et imprécis par le dernier alinéa de l'article 52. Selon cet alinéa, seule une Assemblée des états « réunis en nombre double » était habilitée à consentir à un changement du texte constitutionnel approuvé également par le grand-duc¹⁶¹. Le texte n'explicitait pas la procédure selon laquelle était obtenu ce *nombre* double de parlementaires : était-ce par la voie d'une dissolution par le grand-duc (art. 18 al. 3 Const. 1841) ou la constitution de cette assemblée spéciale, en nombre double, se ferait-elle, éventuellement ou obligatoirement, par l'organisation d'élections complémentaires ? Cette dernière procédure, plus respectueuse des mandats des parlementaires en place, était prévue aux Pays-Bas. Sous le régime de la Loi fondamentale néerlandaise de 1815 (art. 229 et 230 *Grondwet*)¹⁶², il était prévu *expressis verbis* que le nombre double de parlementaires serait obtenu par la simple *adjonction* de nouveaux membres aux membres déjà élus. Une dissolution n'était ni prévue, ni même autorisée (en 1815, la *Grondwet* n'accordait pas le droit de dissolution au roi ; ce droit ne sera

Heidelberg, C. WINTER, 1972, p. 71 qui, de façon incidente, estime que, dans le cas d'un usage de la part des autorités publiques, l'existence d'une *opinio juris* est « en principe » (*in der Regel*) à présupposer, n'est guère étayé par l'auteur et est isolé dans la littérature européenne (voir tout au plus l'ancienne jurisprudence du *Oberverwaltungsgericht* de la Prusse : E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, t. 1, 10^e éd., München, Beck, 1973, p. 146 s). Un tel point de vue revient à ignorer qu'une pratique constante même de la part des autorités de l'État peut être due à de multiples facteurs, y compris des raisons d'opportunité, et non de légalité. Présupposer l'existence de l'*opinio juris* revient à dissoudre la différence entre un usage et une coutume.

¹⁶⁰ Dans son avis (§§ 14-19), le Conseil d'État cite, dans l'histoire politique luxembourgeoise, six dates, six événements qui sont censés se rapporter à la problématique de la dissolution : 1856, 1867, 1915, 1925, 1958 et 1968. Or, de ces six dates, trois — 1856, 1867 et 1968 — doivent être écartées car il ne s'agit pas de dissolutions au sens strict du terme. La soi-disant « dissolution » de 1856 (coup d'État) n'est pas une dissolution, mais un acte de suppression de l'organe parlementaire (abrogation des normes constitutives de l'organe). La date de 1867 renvoie à la démission du gouvernement dirigé par le baron de Tornaco suite à un revers au parlement. Le lien de cet événement avec la présente problématique n'est pas clair car il n'y a pas eu de dissolution. Faudrait-il, selon le Conseil d'État, attacher un sens normatif (lequel ?) à la non-présence d'une dissolution ? La date de 1968 doit également être écartée car il s'agissait d'une « dissolution de plein droit », donc d'un cas extraordinaire d'expiration des mandats en vertu de l'ancien article 114 Const. La liste du Conseil d'État se réduit dès lors à trois dates (1915, 1925, 1958). Cette liste est incomplète puisqu'elle omet, en amont, les deux dissolutions de 1848 et 1854, et, en aval, les deux dissolutions de 2004 et 2009.

¹⁶¹ Article 52, dernier alinéa, Const. 1841 : « La présente loi ne pourra être modifiée que du consentement du roi grand-duc et des états réunis en nombre double ». *Mémorial*, 1841, n^o 51, p. 436.

¹⁶² Pour le texte, voir <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pb1815.htm#11>

introduit qu'en 1848). Au Luxembourg, le texte de la Constitution de 1841 était silencieux sur la voie à suivre.

Lors de la révolution de 1848, qui a donné lieu à la première et unique révision de la Constitution de 1841, le gouvernement luxembourgeois dirigé par Théodore de la Fontaine s'était résolument engagé en faveur de la solution d'une dissolution. Dans une lettre du 27 mars 1848, après avoir envisagé les deux options, le gouvernement écrivit ce qui suit au roi grand-duc Guillaume II : « La nouvelle assemblée a un but spécial, déterminé ; les membres actuels des États n'ont pas reçu mission de concourir à la révision de la Constitution. Il convient du reste qu'il n'y ait dans cette assemblée que des membres ayant une origine commune, un caractère égal. Nous croyons donc qu'il convient de dissoudre l'assemblée actuelle ; après la révision de la Constitution il y aura lieu de constituer une nouvelle chambre d'après les changements éventuels qui seront apportés à la Constitution d'États »¹⁶³. Eu égard à l'agitation révolutionnaire de l'époque, il est probable que le gouvernement ait retenu cette interprétation afin de canaliser, et freiner, les aspirations du peuple dont certains (notamment le milieu catholique) allaient jusqu'à revendiquer la désignation d'une véritable Assemblée nationale élue au suffrage universel¹⁶⁴. « Sur les propositions de (son) conseil de gouvernement », Guillaume II s'est effectivement servi, le 29 mars 1848, de son droit de dissolution (art. 18 al. 3 Const. 1841), afin de faire élire en intégralité cette Assemblée des états spéciale¹⁶⁵. Selon les motifs de l'arrêté royal grand-ducal de dissolution, il fallait, eu égard à la « mission spéciale » de ces états, que « tous les membres aient une origine commune »¹⁶⁶. Composée de 74 parlementaires, cette Assemblée d'états spéciale (appelée aussi parfois « Assemblée nationale ») sera élue le 19 avril 1848, selon les règles du régime électoral ultra-censitaire de 1841.

En résumé, en 1848, le gouvernement et le monarque retenaient de l'article 52 de la Constitution de 1841 une certaine concrétisation qui nouait un lien fort entre révision et dissolution, celle-ci devenant une condition *sine qua non* de celle-là. Ce lien sera aboli par la suite, sous les Constitutions de 1848 et 1868, pour être remplacé par la « dissolution de plein droit » qui, comme il a été vu, n'était pas une dissolution au sens strict du terme mais un cas extraordinaire d'expiration des mandats. Il convient également de remarquer qu'à aucun moment des échanges épistolaires entre les ministres résidant à Luxembourg et le roi grand-duc Guillaume II résidant à La Haye, n'a été mentionnée une quelconque norme coutumière.

¹⁶³ Lettre du conseil de gouvernement à Guillaume II du 27 mars 1848, Archives nationales Lux., dossier F007.

¹⁶⁴ Sous la pression de la rue, et sur demande d'un gouvernement inquiet, Guillaume II avait concédé de signer le 31 mars 1848 un arrêté créant une « Assemblée nationale » élue au suffrage direct et au cens réduit (par rapport au suffrage ultra-censitaire du règlement électoral du 16 octobre 1841). Mais cet arrêté du 31 mars sera finalement gardé secret par le gouvernement, une fois que l'agitation avait baissé. Voir A. Calmes, *La révolution de 1848 au Luxembourg*, 2^e éd., Saint-Paul, Luxembourg, 1982, chap. VIII et X.

¹⁶⁵ Arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848 décrétant la dissolution des états actuels et la convocation de nouveaux états en nombre double, pour la révision de la Constitution, *Mémorial*, 1848, n° 27, p. 221.

¹⁶⁶ Arrêté royal grand-ducal du 29 mars 1848, *Mémorial*, n° 27, p. 221.

2° La dissolution du 15 mai 1854 : le paradigme de la dissolution monarchique de combat

La deuxième dissolution au Luxembourg date du 15 mai 1854. Celle-ci révèle, de façon paradigmatique, l'ampleur du pouvoir *discrétionnaire* du monarque en matière de dissolution. A quelques semaines seulement des élections régulières prévues en juin 1854, le nouveau roi grand-duc Guillaume III, monté sur le trône en 1849 et hostile aux idéaux de 1848, s'est servi, « sur proposition de [son] conseil des administrateurs généraux », de son droit de dissoudre la Chambre des députés (art. 76 Const. 1848)¹⁶⁷. L'objectif technique était de provoquer un renouvellement de la totalité des mandats des députés, au lieu du simple renouvellement partiel, par moitié, prévu en vertu des règles d'expiration ordinaire des mandats¹⁶⁸. L'objectif politique sous-jacent de Guillaume III était d'obtenir un parlement plus docile à ses visées politiques réactionnaires. En termes d'analyse politique, il s'agissait d'une dissolution *de combat* : le monarque entendait poursuivre une ligne politique personnelle et cherchait à se libérer de l'entrave d'une majorité parlementaire réfractaire. En témoigne de façon topique le fait que le gouvernement de Charles-Mathias Simons avait proposé à Guillaume III de procéder à une seconde, voire troisième dissolution, si jamais les électeurs, malgré la pression exercée par l'administration, ne se montraient pas suffisamment malléables aux desiderata du gouvernement et du monarque¹⁶⁹.

Contre un tel usage éminemment monarchiste du droit de dissolution, nul n'a invoqué à l'époque l'existence d'une quelconque règle juridique, écrite ou coutumière. Ainsi, le député libéral Michel Jonas, défenseur sourcilieux de la Constitution de 1848, déclarait, lors de la rentrée de la nouvelle Chambre : « Certainement, le gouvernement était en droit de dissoudre la Chambre, c'est un droit que la Constitution sanctionne »¹⁷⁰. Mais il critique vertement les modalités autoritaires des élections du 14 juin 1854 (les pressions exercées par l'administration sur les électeurs, les menaces distillées selon lesquelles Guillaume III briserait la Constitution si la majorité parlementaire n'était renversée). Lors d'une vive discussion avec Simons, Jonas concède encore une fois : « Vous étiez dans votre droit en dissolvant la Chambre »¹⁷¹, point que le chef du gouvernement se plaît à redire : « Le droit ne fait pas de doute ; c'est la question d'opportunité. Le droit est dans la Constitution ; c'est la prérogative de la Couronne »¹⁷². Nul

¹⁶⁷ Arrêté royal grand-ducal du 15 mai 1854 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 51, p. 405. L'arrêté est, matériellement, signé par le prince Henri, lieutenant-représentant de Guillaume III, et contresigné par tous les cinq membres du cabinet ministériel présidé par Charles-Mathias Simons.

¹⁶⁸ P. WEBER, « Les Constitutions du 19^e siècle », in *Conseil d'État 1856-1956. Livre jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 333 ; C. CALMES & D. BOSSAERT, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1995, p. 98. Sur le contexte général, voir aussi V. MOLITOR, *Histoire de l'idéologie politique dans le Grand-Duché de Luxembourg 1841-1867, op. cit.*, p. 99 sqq. ; J. GOEDERT, *La révision de la Constitution de 1856*, Luxembourg, Saint-Paul, sans date.

¹⁶⁹ Voir A. WEHRER, *L'histoire parlementaire du coup d'État de 1856*, non daté (probablement : 1926), sans éditeur, 19 pages, spéc. p. 8 sq. Wehrer cite un rapport de Simons à Guillaume III du 19 janvier 1854. Cette menace est mentionnée aussi par le député Ritter lors de la rentrée parlementaire : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sessions de 1854, p. 65.

¹⁷⁰ *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sessions de 1854, p. 60 (séance du 6 octobre 1854 relative à la réponse au discours du trône).

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 68.

¹⁷² *Ibid.*

acteur n'a donc, à ce moment, évoqué une quelconque limite juridique au droit de dissolution du monarque, excepté l'obligation du contreseing.

Comme la fin recherchée par Guillaume III (la révision de la Constitution de 1848) n'a pas été atteinte avec la Chambre issue des élections du 14 juin 1854, il a été amené à user de méthodes autrement plus musclées. Plutôt que de procéder à une nouvelle dissolution, il a fomenté le coup d'État du 27 novembre 1856. À cette occasion, il a aussi proclamé la « dissolution de la Chambre des députés », mais, comme déjà montré, cette « dissolution » était en vérité un acte de suppression de l'organe parlementaire (abrogation).

3° La dissolution du 10 novembre 1915 : le dernier soubresaut de l'esprit monarchiste du XIX^e siècle

À partir de 1854, plus aucune dissolution *stricto sensu* n'est intervenue jusqu'en 1915. Aussi, comparé à la fréquence des dissolutions dans les pays voisins, le nombre de dissolutions au Luxembourg au cours du XIX^e siècle est-il peu élevé : deux, voire trois si l'on inclut la dissolution de 1915 au titre du « long XIX^e siècle ». Une fois le régime autoritaire de 1856 remplacé par le régime plus libéral de la Constitution de 1868, le système politique s'est stabilisé, ainsi qu'en témoigne notamment la longévité politique de Paul Eyschen, ministre d'État pendant 27 ans (de 1888 jusqu'à sa mort en 1915). Le monarque a été, peu à peu, éclipsé du jeu politique ordinaire, soit qu'il était géographiquement éloigné (Guillaume III qui, à partir de 1879, n'était plus représenté à Luxembourg par un lieutenant-représentant), soit qu'il était d'un âge très avancé (Adolphe, né en 1817 et régnant de 1890 jusqu'en 1905), soit qu'il était gravement malade (le cas de Guillaume IV, dont le règne a duré de 1905 à 1912).

Aussi l'arrivée sur le trône en 1912 de la grande-duchesse Marie-Adélaïde (1894-1924, règne de 1912 à 1919), qui entendait pleinement épuiser les pouvoirs que lui conférait le texte de la Constitution, constituait-elle une rupture sur le plan des usages¹⁷³. Très croyante, elle fut proche (trop proche) des positions de l'Église catholique et du parti (catholique) de droite. Elle a non seulement envisagé de se servir de son droit de refuser la sanction d'une loi (à l'encontre de la loi scolaire de 1912, votée par une majorité anticléricale) et a, effectivement, refusé certaines nominations de fonctionnaires et bourgmestres, mais en outre elle a « sorti de l'oubli » le mécanisme du droit de dissolution qui n'avait plus été employé depuis plus de 60 ans. La dissolution de la Chambre des députés prononcée par Marie-Adélaïde le 10 novembre 1915 s'inscrivait dans la logique monarchiste du XIX^e siècle. Loin d'inaugurer le XX^e siècle et la nouvelle pratique démocratique du droit de dissolution – ce sera le cas après la guerre, avec la

¹⁷³ Sur la conception que se faisait Marie-Adélaïde de son rôle et de son indépendance, lire par ex. la déclaration de politique générale du ministre d'État Loutsch du 9 novembre 1915, *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1915-16, vol. 1 et *Luxemburger Wort*, 10 novembre 1915, p. 1. En soutien à cette conception, lire l'article anonyme instructif « Ein wenig Verfassungsrecht » dans le *Luxemburger Wort*, 11 nov. 1915, p. 1 (la Constitution se réduit au *texte* de la Constitution) et « Was wollten sie ? » (*Luxemburger Wort*, 18 nov. 1915, p. 1). Sur le règne de Marie-Adélaïde, voir C. CALMES, *1914-1919. Le Luxembourg au centre de l'annexionnisme belge*, Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 1976, p. 518 *sqq.* ; C. CALMES & D. BOSSAERT, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1995, p. 262 *sqq.* ; G. TRAUSCH, « Le Grand-Duché face à sa dynastie. Un essai d'analyse historique et politique », *Luxemburger Wort*, 7 octobre 2000, édition spéciale « Trounwiessel », p. 6 *sqq.*

dissolution prononcée par la grande-duchesse Charlotte en 1925, sans oublier l'autodissolution de la Chambre des députés de 1919 –, la dissolution de 1915 fait figure de dernier sursaut de l'esprit dualiste du XIX^e siècle, où le monarque et le parlement se faisaient face tels deux pôles politiques opposés¹⁷⁴. Cet événement de 1915 est crucial pour notre problématique car, si la thèse de la coutume en tant que source du droit constitutionnel luxembourgeois doit avoir quelque pertinence historique, on s'attendrait à la voir émerger à cette occasion. C'eût été le moment idéal pour les forces libérales de faire admettre, ou à tout le moins de revendiquer, la transformation d'un simple usage politique (60 ans d'absence de toute dissolution de combat) en une véritable norme juridique à caractère coutumier (la prohibition d'une dissolution de ce type). Or, en 1915, une telle thèse n'est jamais formulée.

L'avis du Conseil d'État de 2013 étant très succinct sur cet événement historique, il convient d'insister sur cette crise politique majeure. Après le décès de Paul Eyschen, le 12 octobre 1915, et la démission du très éphémère gouvernement de Mathias Mongenast (dont la démission était due à des divergences de vue « principielles » avec la grande-duchesse¹⁷⁵), Marie-Adélaïde a nommé Hubert Loutsch à la tête du gouvernement le 6 novembre 1915, alors même que Loutsch, issu du parti (catholique) de droite, ne disposait pas d'une majorité à la Chambre des députés. Dès la présentation de son programme à la Chambre des députés le 9 novembre, Loutsch a dû faire face à l'hostilité virulente de la majorité libérale-socialiste qui lui reprochait son inexpérience politique, ses origines plébéiennes et, surtout, le fait qu'il était issu du parti catholique, minoritaire à la Chambre. Le lendemain, le 10 novembre 1915, la grande-duchesse Marie-Adélaïde signa l'arrêté grand-ducal de dissolution, « sur proposition de [son] ministre d'État, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »¹⁷⁶. Le but était d'obtenir, grâce aux élections anticipées, qui valaient de surcroît renouvellement total (et non partiel) des mandats, une majorité parlementaire au profit de la droite. C'était une dissolution de combat. De l'avis de la grande-duchesse et de son gouvernement, la configuration de la Chambre des députés ne reflétait pas l'état d'esprit du corps électoral.

C'était aussi la première utilisation du droit de dissolution discrétionnaire dans le cadre de la nouvelle Constitution, globalement plus libérale, de 1868¹⁷⁷. Le texte de l'article 74 de cette Constitution était pourtant des plus laconiques. L'article 74 énonçait alors (et énonce toujours à l'heure actuelle) que : « Le grand-duc peut dissoudre la Chambre. Il est

¹⁷⁴ Sur l'esprit dualiste du droit constitutionnel luxembourgeois jusqu'en 1919, voir L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarque*, p. 117 *sqq.*

¹⁷⁵ Voir la lettre ouverte de Mongenast, Thorn et Leclère dans *Luxemburger Zeitung*, 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2 (« Ein Protest der alten Regierung ») et *Luxemburger Zeitung*, 6 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2 : « Quo vadis ! ». L'élément déclencheur fut le refus de Marie-Adélaïde de nommer le professeur Oster — à qui le camp catholique reprochait de ne pas être un catholique pratiquant — à la tête de l'école de formation des instituteurs. C'était relancer la guerre scolaire de 1912 et, aussi, porter atteinte à la Constitution qui interdisait toute discrimination pour motif religieux dans l'accès aux fonctions publiques. De manière plus large, était posée la question du rôle actif (« régime personnel ») ou effacé (« au-dessus des partis ») du chef de l'État.

¹⁷⁶ *Mémorial*, 1915, n° 94, p. 1033. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, voir *Mémorial*, n° 98.

¹⁷⁷ Pour une analyse nuancée du caractère libéral de ce texte (la pratique politique était, en vérité, plus libérale que le texte ; le droit luxembourgeois se situait à mi-chemin entre le modèle de la monarchie dite parlementaire et de la monarchie dite constitutionnelle), voir l'étude doctrinale de « Dr. rerum pol. M. », « Staatsrechtliche Gedanken », *Luxemburger Zeitung*, 24 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2-3.

procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution ». À quelques détails près (la définition des délais), la rédaction de l'article était (est) la même qu'en 1856 (art. 74), 1848 (art. 76) et 1841 (art. 18). À lire ce qu'écrivait Paul Eyschen, ministre d'État et auteur du premier et longtemps unique manuel de droit constitutionnel luxembourgeois, en 1890 et encore en 1910, la prérogative du chef de l'État était, sur le fond, inconditionnée : « Auch das Recht der Auflösung der Kammer steht dem König-Grossherzog *unbeschränkt* zu (Le droit de dissolution de la Chambre est confié également au roi grand-duc *de manière illimitée*) »¹⁷⁸. Selon Eyschen, seules des règles procédurales (contresering ministériel, obligation de convoquer de nouvelles élections) limitaient le pouvoir discrétionnaire du grand-duc. Il ne parla point de coutume, ni sur ce point précis, ni de manière générale¹⁷⁹. De même, l'auteur anonyme « M », fin connaisseur de la littérature constitutionnaliste française, allemande et luxembourgeoise, et proche des cercles libéraux, ne retenait guère en droit luxembourgeois la thèse de l'existence de la coutume constitutionnelle, brièvement effleurée¹⁸⁰. La coutume n'apparaissait non plus dans le petit manuel *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, publié en 1914 par le conseiller de gouvernement Robert Frauenberg¹⁸¹.

L'arrêté grand-ducal de dissolution de 1915 se revendiquait de cette conception très large de la discrétion du chef de l'État, évoquée par Eyschen, puisque la dissolution visait à renverser les rapports de majorité au sein de la Chambre des députés. La radicalité de cette démarche a-t-elle, par réaction, provoqué dans l'esprit des acteurs de l'époque la prise de conscience de l'existence d'une coutume constitutionnelle qui, bien que jusque-là latente, innommée (en tout cas non mentionnée par Eyschen, ni par « M » ou par Frauenberg), aurait interdit un tel agissement ? À la lecture des débats parlementaires de l'époque, en particulier ceux des séances fatidiques et agitées des 9 et 10 novembre 1915, lorsque la majorité libérale-socialiste présentait déjà l'imminence d'une dissolution — Robert Basseur, Pierre Pescatore et Nicolas Welter en parlèrent ouvertement —, l'observateur contemporain est frappé de constater qu'aucun des leaders du bloc de gauche n'a fustigé le caractère inconstitutionnel d'une telle dissolution¹⁸². S'il avait existé à l'époque une coutume constitutionnelle en matière de dissolution, les ténors de la Chambre des députés, de surcroît hostiles à Loutsch, n'auraient-ils pas été les premiers à en connaître l'existence et à en faire valoir le bénéfice ? Or, il n'en est rien. Alors qu'ils sont peu avarés en critiques d'inconstitutionnalité, s'il en existe — qu'on

¹⁷⁸ P. EYSCHEN, *Staatsrecht*, 1890, p. 108 (souligné par moi ; trad. pers.). La phrase est reprise à l'identique dans l'édition de 1910 (p. 58).

¹⁷⁹ Voir *infra* note 254.

¹⁸⁰ Dr. rerum pol. M., « Staatsrechtliche Gedanken », *op. cit.*

¹⁸¹ Robert FRAUENBERG, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg* (Luxembourg, Th. Schroell, 2^e éd., 1914), revue par Jules Kalbfleisch pour la 3^e édition (1922) et par Jules Brucher pour la 4^e édition (1937).

¹⁸² Lire le *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1915-16, vol. 1, p. 11 *sqq.*, p. 42 *sqq.* Même silence aussi dans la presse qui soutenait le bloc de gauche et évoquait dès le mois d'octobre la menace d'une dissolution. Voir le journal libéral *Luxemburger Zeitung*, 25 oct. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 ; 6 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2-3 (« Quo vadis ! ») ; 7 nov. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 1 *sq.* (« Quo vadis ! II ») ; 8 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 *sq.* (« Quo vadis ! III ») ; 12 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 (« Zur Kammerauflösung ») ; 24 nov. 1915, Abend-Ausgabe, p. 2 *sq.* (M, « Staatsrechtliche Gedanken ») ; 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2. Côté presse socialiste : *Tageblatt*, 12 nov. 1915, p. 1 (« Die Auflösung der Kammer ») ; 13 nov. 1915, p. 1 (« Letzte Warnung ») ; 17 nov. 1915, p. 3 (P.S., « Die Hofkamarilla gegen das Volk » ; J.G. « *Consummatum est* ! Das politische Verbrechen ist vollbracht ! »).

relise simplement les critiques acerbes, en 1907, de Welter quant à l'inconstitutionnalité du droit princier¹⁸³ ou, en 1915, la dénonciation d'une « violation flagrante de la Constitution » (*i. e.* du principe d'égalité) dans l'affaire du refus de nomination du professeur Otter par Marie-Adélaïde¹⁸⁴ —, aucun des dirigeants de la majorité libérale-socialiste n'a clamé l'inconstitutionnalité de la dissolution imminente. Aucun d'entre eux n'a invoqué une coutume constitutionnelle. À l'inverse, Émile Reuter, au nom du parti catholique, a vigoureusement défendu le 10 novembre 1915 l'idée que, dans un régime dualiste, où la couronne et le parlement se faisaient face, il n'était que normal qu'en cas de conflit entre ces deux acteurs, le peuple puisse, par le biais d'une dissolution, être appelé à trancher¹⁸⁵. Sur ce point précis — la constitutionnalité du recours à l'article 74 —, il n'a pas été contredit. Même après la dissolution, lorsque la nouvelle Chambre des députés – toujours dominée de peu par le bloc de gauche¹⁸⁶ — s'est réunie pour la première fois le 11 janvier 1916¹⁸⁷, le reproche qui a été aussitôt adressé au gouvernement Loutsch, et qui lui a valu le vote d'une motion de censure, était celui d'être un gouvernement minoritaire et incompétent. Nul n'a évoqué une quelconque inconstitutionnalité de la dissolution ou un quelconque « coup d'État », terme *polémique* qui, à certains moments, a certes surgi dans la propagande électorale¹⁸⁸, mais qui n'a jamais été étayé ne serait-ce que par un début de démonstration.

En conclusion, il n'existe aucune preuve de l'existence en 1915 d'une coutume constitutionnelle restreignant le pouvoir discrétionnaire du monarque en matière de dissolution de la Chambre des députés.

4° La dissolution du 28 janvier 1925 : l'infléchissement de la pratique suite à la césure juridique de 1919

Une nouvelle pratique — démocratique — de la dissolution de l'article 74 Const. a été inaugurée par la dissolution signée le 28 janvier 1925 par la grande-duchesse Charlotte (règne : 1919-1964), « sur proposition de [son] ministre d'État, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »¹⁸⁹. Ce changement de la pratique a-t-il donné naissance à une coutume ou convient-il simplement de replacer

¹⁸³ Chambre des députés, Projet de loi conférant force de loi au statut de famille de la maison de Nassau du 16 avril 1907. Discussions et annexes, Luxembourg, Buck, 1907.

¹⁸⁴ Parmi de nombreux documents, lire par ex. la lettre ouverte des députés libéraux Schmit, Pescatore et Brasseur à l'avocat Loesch, publiée dans *Luxemburger Zeitung*, 11 déc. 1915, Morgen-Ausgabe, p. 2-3.

¹⁸⁵ *Compte-rendu*, session 1915-16, p. 54.

¹⁸⁶ En ce sens, l'allégation par la grande-duchesse Marie-Adélaïde d'une contradiction entre le parlement et le corps électoral ne s'est pas confirmée.

¹⁸⁷ *Compte-rendu*, session 1915-16, p. 93 *sqq.*

¹⁸⁸ Voir le manifeste électoral des députés socialistes du canton d'Esch, Escher Tageblatt, 20 nov. 1915, p. 1 : « [...] *Kampf denen, die zur Erreichung ihrer dunklen Pläne vor einer Kammerauflösung, die einem Staatsstreich d.h. einem Verbrechen gleich kommt, nicht zurückschrecken.* [...] ». De même : le manifeste des députés libéraux de la ville de Luxembourg, *Luxemburger Zeitung*, 21 déc. 1915, *Abend-Ausgabe*, p. 2 (« *Mitbürger! Ihre bisherigen Vertreter in der Kammer, die durch einen Gewaltstreich ihres Mandates beraubt worden sind...* »).

¹⁸⁹ Arrêté grand-ducal du 28 janvier 1925 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 4, p. 37. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, voir *Mémorial*, n° 5.

ces événements dans le contexte de la révision constitutionnelle de 1919 ? Pour y répondre, il faut s'interroger, d'un côté, sur les éléments constitutifs de la coutume et, de l'autre, sur l'impact du nouveau principe de la souveraineté de la nation (art. 32, § 1^{er} Const.). Si le premier volet peut être évacué assez rapidement — il manque toute trace d'une *opinio juris* (a) —, le second soulève la question cruciale de savoir quelle place a, effectivement, occupé le nouveau principe de la souveraineté de la nation dans l'analyse doctrinale (b), et quelle place il aurait dû occuper (c).

a) *La nouvelle pratique démocratique du droit de dissolution : l'émergence d'une coutume ?*

Le 20 janvier 1925, lors du second vote sur la ratification de la convention ferroviaire avec la Belgique, cruciale pour l'avenir du pays¹⁹⁰, le gouvernement de droite d'Émile Reuter a vu sa majorité s'effriter, plusieurs députés du parti catholique ayant voté avec l'opposition. À l'inverse du premier vote, qui avait été favorable, le second vote sur la convention se solda par une égalité de voix (24 pour, 24 contre), ce qui valait rejet du traité et, en même temps, de la question de confiance posée par Reuter. Le gouvernement démissionna le soir même. Débuta alors une période d'incertitudes où la grande-duchesse Charlotte sondait les intentions des partis et les possibilités d'une nouvelle majorité. La tâche était ardue car, comme le notait le journal socialiste *Tageblatt*, le parti de droite avait perdu la majorité et la gauche à son tour n'avait pas de majorité¹⁹¹. Plus aucune majorité ne se dessinait clairement. En outre, la durée de vie d'un nouveau gouvernement aurait été des plus courtes puisque des élections ordinaires devaient avoir lieu en juin 1925. Dès les premiers jours des conciliabules, la presse commençait à spéculer sur une dissolution¹⁹². Celle-ci intervint effectivement le 28 janvier 1925, au vu de l'impossibilité de faire émerger une majorité. Le communiqué officiel du gouvernement énonçait ainsi : « *Unter diesen Umständen hat die Grossherzogin entsprechend den für diesen Fall von der Mehrzahl der Delegierten gemachten Vorschlägen die Auflösung der Abgeordnetenkammer beschlossen* (Dans ces conditions, la grande-duchesse a décidé de dissoudre la Chambre des députés, suivant les propositions émises par la plupart des délégués pour cette hypothèse) »¹⁹³. Le précédent de 1925 tombe ainsi dans le registre des « dissolutions-remède »¹⁹⁴, comme le note à juste titre le Conseil d'État dans son avis du 18 juillet 2013. Face à l'incapacité des partis de se mettre d'accord sur une majorité gouvernementale, la grande-duchesse Charlotte, sur demande des partis, et avec le contreseing des ministres, a soumis l'issue de la crise à l'appréciation des électeurs.

¹⁹⁰ Voir C. CALMES & D. BOSSAERT, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg de 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1994, p. 325, 330 *sqq.* L'affaire fut jugée si importante par certains opposants, en termes de transferts de souveraineté, qu'ils en appelèrent à l'organisation d'un référendum.

¹⁹¹ *Tageblatt*, 22 janvier 1925, p. 1 (« Die Demission »). Voir aussi *Tageblatt*, 28.1.1925, p. 1 et le journal de la droite catholique *Luxemburger Wort*, 28.1.1925, p. 2 et 29.1.1925, p. 3. D'aucuns espéraient, dans l'attente des élections ordinaires prévues en juin 1925, la formation d'un gouvernement d'union nationale ou d'un gouvernement de techniciens chargés de quelques dossiers précis.

¹⁹² *Tageblatt*, 22.1.1925, p. 1 : « *Sollte eine Verständigung unmöglich sein, so würde eine Auflösung der Kammer sich aufdrängen. Diese Lösung [...] hat denn auch bereits heute manche Sympathien* ».

¹⁹³ Publié dans *Tageblatt*, 29 janvier 1925, p. 3.

¹⁹⁴ La formule est empruntée à la classification de F. DELPÉRIÉ, *op. cit.*, p. 913 *sq.*

Illustration d'une dissolution-remède, cet usage du droit de dissolution révèle-t-il de surcroît que, désormais, la dissolution-remède est en droit — en vertu d'une règle coutumière — le seul usage autorisé de l'article 74 ? Peut-on, déjà en 1925, mettre en évidence des preuves d'une *opinio juris* ? Les acteurs de l'époque se sont-ils, dans leur esprit, sentis liés par une norme juridique à caractère coutumier à propos de la dissolution ? L'avis du Conseil d'État de 2013 (lire § 13 *sqq.*) est silencieux sur l'existence d'une *opinio juris* en 1925, car, de manière générale, il omet de développer ce point, qui est pourtant un élément clé de toute coutume. Or des sources historiques disponibles ne ressort aucune preuve de l'existence d'une *opinio juris* en ce sens. Aucune source écrite provenant de la part des acteurs politiques de l'époque (débat parlementaire, écrits autobiographiques, *etc.*) ne vient corroborer la thèse de l'existence d'une coutume. La presse de l'époque n'évoqua pas la question sous cet angle. La doctrine juridique, à son tour, ne relate aucune preuve à cet effet. Il faut dire qu'aucun ouvrage doctrinal luxembourgeois, ancien ou récent (la courte introduction de Frauenberg, le manuel de Majerus, le précis de Paul Schmit et, *last but not least*, le commentaire de la Constitution édité par le Conseil d'État lui-même) ne défend, en matière de dissolution, la thèse de l'existence d'une coutume¹⁹⁵.

b) La révision de 1919, les principes et la place des principes dans l'analyse doctrinale

Ce silence sur la coutume n'est pas surprenant. Il s'explique, et se justifie, par le fait que l'origine du *nouveau* cadre normatif du droit de dissolution — ce cadre évolue, en effet, au cours du XX^e siècle — n'est pas à chercher dans une quelconque coutume, mais dans le texte de la Constitution, plus exactement dans les modifications introduites dans ce texte à partir de 1919. 1925 marque bien une rupture de la pratique, mais celle-ci est fondée sur une rupture juridique qui, elle, est consommée dès 1919. Entre la dissolution de 1915, qui est le dernier sursaut du XIX^e siècle, et la dissolution de 1925 qui, avec l'autodissolution de 1919, inaugure la nouvelle pratique démocratique de la dissolution au Luxembourg, se situe un fossé ouvert par la révision constitutionnelle du 15 mai 1919¹⁹⁶.

Certes, l'énoncé de l'article 74 Const. demeura inchangé à cette occasion. Il était, et est toujours : « Le grand-duc peut dissoudre la Chambre. Il est procédé à de nouvelles élections dans les trois mois au plus tard de la dissolution ». Mais, ce n'est pas parce que le *texte* de cet article est resté le même, avant et après 1919, que son *sens* l'est également. Le juriste s'intéresse au sens (normatif) d'un texte, le texte (le support verbal, l'*instrumentum*) n'est qu'un moyen, que le chemin qui mène le juriste vers la norme. Or, depuis l'entrée en vigueur de la révision de 1919, le texte (inchangé) de l'article 74 fait partie d'un texte plus large – la Constitution dans son ensemble – qui, lui, a changé. La révision de 1919 y a introduit l'idéal de démocratie à travers les nouveaux articles 32 (la souveraineté de la nation) et 52 (suffrage universel, masculin et féminin). En 1948, cet idéal est

¹⁹⁵ Voir leurs analyses à propos de l'article 74 : R. FRAUENBERG, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 3^e éd. revue par J. KALBFLEISCH, 1922, p. 30 et 4^e éd. de 1937 revue par J. Brucher, p. 29 ; P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, p. 169, 220 ; *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution*, p. 260 ; P. SCHMIT, *Précis de droit constitutionnel*, p. 159 *sq.* Ainsi que cela a été souligné précédemment (voir *supra* note 10), la doctrine s'intéresse très peu à la pratique.

¹⁹⁶ *Mémorial*, 1919, n^o 33.

rappelé, et confirmé, à travers la proclamation du principe de la « démocratie parlementaire » dans l'article 51 Const. *Idem*, en 1998, avec la reformulation de l'article 1^{er} Const. qui, depuis lors, affirme (exige !) que le Grand-Duché de Luxembourg est (*doit être* !) un État « démocratique ».

« On ne peut suffisamment insister sur le changement apporté par la révision de 1919 au caractère général de la Constitution de 1868. Depuis 1919, la souveraineté réside dans la nation et la Constitution luxembourgeoise est démocratique dans son essence »¹⁹⁷. Qui ne pourrait souscrire à ce propos de Pierre Majerus? Pourtant, nombre de représentants de la doctrine luxembourgeoise traditionnelle, à commencer par Majerus lui-même, n'ont *pas* suffisamment insisté sur le changement apporté par la révision de 1919, une fois qu'il s'agissait de tirer du « caractère général » ou de « l'essence » de la Constitution quelque effet sur le plan de la dogmatique juridique, au niveau des articles techniques qui configurent le système constitutionnel à l'instar de l'article 34 (d'avant la révision du 12 mars 2009¹⁹⁸) ou de l'article 74. Objet d'une apologie au niveau des principes, la révision de 1919 se voyait refuser toute incidence juridique au niveau de la définition du sens des dispositions techniques. Ainsi, nonobstant les affirmations du nouvel idéal démocratique en 1919 (art. 32 et 52 Const.) et en 1948 (proclamation du principe de la « démocratie parlementaire » dans l'article 51 Const.), Majerus a continué, à propos de l'article 34, à affirmer l'existence d'un « droit de veto absolu » (sic) du grand-duc¹⁹⁹ et, au sujet de l'article 74, à laisser la porte ouverte à un usage néo-monarchiste du droit de dissolution. En effet, le manuel de Majerus, après avoir tant insisté de manière rhétorique (à la page 33) sur l'importance « générale » de la césure de 1919, a persisté jusqu'en 1990, jusqu'à la 6^e et dernière édition reprise par Marcel Majerus, à affirmer, page 169 (loin des propos de la page 33), que : « Le grand-duc peut par exemple user de son droit de dissolution pour consulter le pays *lorsqu'il est en désaccord avec la Chambre* ou lorsque la constellation politique empêche la formation d'un gouvernement majoritaire »²⁰⁰. Ainsi, l'ancienne pratique de la dissolution de combat est présentée comme une option — et même comme la première option ! — qui, sous l'empire de l'article 74, même après la révision de 1919, resterait ouverte au grand-duc pour l'exercice de « son »²⁰¹ droit de dissolution.

Une telle lecture n'est, logiquement, concevable qu'à condition d'ignorer totalement les révisions de 1919, 1948 et 1998, c'est-à-dire de

¹⁹⁷ P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 6^e éd., 1990, p. 33.

¹⁹⁸ *Mémorial A*, 2009, n^o 43.

¹⁹⁹ P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, p. 151, 170. Cette thèse du « droit de veto absolu » (sic) fut défendue aussi, peu de temps après la révision de 1919, par l'auteur qui a repris l'opuscule *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg* de Robert Frauenberg décédé entre-temps. Voir la 3^e éd. revue par Jules Kalbfleisch, Luxembourg, Th. Schroell, 1922, p. 18, 27, 30 ; 4^e éd. revue par Jules Brucher, 1937, p. 16, 26, 29 (l'auteur a changé de nom patronymique entre-temps). L'auteur maintient même l'idée, issue du XIX^e siècle, du veto du grand-duc en matière de révision (p. 22 resp. p. 21). Sur le droit de veto dans la littérature luxembourgeoise, voir L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarche. Réflexions sur le grand-duc, la famille grand-ducale et le droit de vote*, Promoculture-Larcier, 2013, p. 123 sq.

²⁰⁰ C'est moi qui souligne.

²⁰¹ Que le grand-duc ne puisse agir qu'avec le contreseing ministériel n'est ni mentionné ni répercuté ici par Majerus. La question de savoir qui *décide* véritablement d'une dissolution n'est pas thématifiée. Le monarque *prononce* assurément la dissolution, c'est lui qui *signe* l'arrêté de dissolution. Il ne peut le faire qu'avec le contreseing d'un ministre. Mais a-t-il encore le droit de s'opposer à une demande de dissolution soumise par le gouvernement ou par une partie du gouvernement ?

refuser, comme l'a argumenté de façon explicite Pierre Pescatore dans son étude de 1956 sur le concept de loi, la qualité de norme juridique aux énoncés des articles 32, 51 et 1^{er} Const. Selon lui, il s'agirait d'énoncés à caractère *politique, idéologique*, mais non de véritables normes juridiques²⁰². Ailleurs, Pescatore écrivait : « Sa Constitution [celle du Luxembourg], qui date de l'année 1868, est restée inchangée depuis dans ses dispositions *essentiels*; deux révisions, faites en 1919 et 1948, ont introduit des modifications importantes, mais elles n'ont néanmoins *pas affecté sa substance* »²⁰³. Une thèse analogue avait été formulée dès le lendemain de la révision de 1919, en 1922, par le conseiller de gouvernement Jules Kalbfleisch (ou Jules Brucher, comme il s'appellera plus tard). Chargé de la mise à jour du manuel de droit public luxembourgeois rédigé en 1914 par Robert Frauenberg, Jules Kalbfleisch (Brucher) affirma en 1922, et le réaffirma en 1937 : « La Constitution de 1919, en établissant ce nouveau principe [la souveraineté de la nation], n'a apporté aucune atteinte aux prérogatives que la Constitution de 1868 garantissait au Souverain. Comme par le passé, le grand-duc exerce seul le pouvoir exécutif et il a conservé son ancienne part au pouvoir législatif [et au pouvoir de révision]. Aussi ce nouveau texte, loin de changer notre droit public, n'a-t-il que sanctionné l'état des choses existant depuis 1868 »²⁰⁴. Loin d'être une césure, la révision de 1919 n'aurait fait que maintenir l'état du droit du XIX^e siècle. En toute rigueur, il faudrait conclure que le constituant, en 1919, aurait pu tout aussi bien s'abstenir de la révision de l'article 32.

Le résultat des argumentations de Kalbfleisch (Brucher), Majerus et Pescatore est le même : en interprétant l'article 74 Const., le juriste n'a pas à tenir compte de la révision de 1919 (art. 32 § 1^{er}), ni de celles, ultérieures, de 1948 (art. 51 § 1^{er}) et de 1998 (art. 1^{er}). Or, qu'est-ce qui autorise un auteur, ou un acteur, à dénier la qualité de norme juridique à un énoncé figurant dans le texte de la Constitution édictée par le pouvoir constituant ? Il est certain que tout mot, toute phrase, qui se trouve dans le texte constitutionnel n'est pas nécessairement le support d'une norme. Il reste dès lors à dégager le critère de la présence d'une norme juridique. Sauf à penser que leur attitude soit, en elle-même, le fruit d'une posture ouvertement idéologique (en l'espèce antidémocratique et néo-monarchiste), admettons que le critère retenu par les divers auteurs cités soit celui de la « précision technique ». Un énoncé, dans un texte de droit positif, n'accède au statut de norme juridique qu'à condition d'être « normatif », d'indiquer une direction (une norme oblige, interdit ou autorise). Si un énoncé n'indique aucune direction à la conduite des individus (s'il est « vague », « flou »), il n'y a pas de norme. Est-ce le cas avec l'énoncé consacrant « la souveraineté de la nation », la « démocratie parlementaire » ou le caractère « démocratique » de l'État ? Une telle thèse serait pour le moins osée (la Cour constitutionnelle, quant à elle, ne l'a pas retenue²⁰⁵). Certes, le mot

²⁰² Voir P. PESCATORE, « Essai sur la notion de la loi », in *Conseil d'État 1856-1956. Livre jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 372, où il réduit les articles 32 et 51 à des déclarations « à portée idéologique et politique plutôt que juridique ». Il n'en tient aucunement compte dans son analyse du concept de loi, car ce discours « n'ajoute rien de nouveau à la solution du problème qui nous intéresse ». Pour une mise en perspective, voir L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarchique*, *op. cit.*, p. 124, 203-4.

²⁰³ P. PESCATORE, *L'organisation générale de l'État au Grand-Duché de Luxembourg*, 2^e éd., Luxembourg, 1953, p. 3 (souligné par moi).

²⁰⁴ R. FRAUENBERG, *Notions élémentaires*, 3^e éd., 1922, revu par J. Kalbfleisch, p. 18. Le propos est repris, à l'identique, dans la 4^e éd., revue par J. Brucher, 1937, p. 16.

²⁰⁵ Dans son arrêt récent n° 107/13 du 20 décembre 2013, *Mém. A*, 2014, n° 2, à propos du statut particulier en droit processuel des princes de la famille « impériale » (comprendre : grand-ducale), la Cour constitutionnelle s'est appuyée sur la césure opérée par la révision du 15 mai 1919 et, ce faisant, a reconnu un effet normatif à l'article 32 dans l'abrogation de

« démocratie » a de multiples facettes, parfois controversées, mais on ne saurait dire qu'il s'agit d'un mot absolument creux, *sans sens*. Quels que soient les débats (réels) sur sa signification exacte, il est évident pour toute personne raisonnable que le mot « démocratie » n'est pas compatible, en matière de dissolution, avec l'ancienne pratique monarchiste des dissolutions de combat. L'ancien dualisme a été définitivement aboli en 1919 : au fondement de l'État luxembourgeois, il n'y a pas deux sujets (le monarque, d'un côté, le peuple, de l'autre). Il n'y a qu'un seul (la nation, le peuple luxembourgeois)²⁰⁶.

c) *La lecture systématique et diachronique de l'article 74 Const.*

L'interprétation de l'article 74 Const., dont l'énoncé est certes resté inchangé en 1919 et par la suite, doit tenir compte de ce nouveau cadre général. Le juriste, en matière de dissolution, doit chercher la réponse de *la* Constitution — la Constitution qui est composée certes de l'article 74, mais aussi d'autres articles. Deux perspectives sont ici à considérer, cumulativement ou alternativement (le résultat sera identique, en l'espèce).

La première perspective est *systématique*²⁰⁷ : l'article X faisant partie d'un texte, l'article X doit être combiné avec d'autres articles si ceux-ci concernent également la matière visée par cet article. Or, en l'espèce, si l'article 74 a traité (spécialement) à la question de la dissolution, on ne peut nier que les divers articles portant sur l'idéal de démocratie véhiculent aussi, à leur tour, un certain message relatif à la dissolution. Il faut donc lire l'article 74 non pas de façon isolée (« lecture microscopique »), mais en combinaison avec ces autres articles, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'articles définissant l'esprit général de la Constitution (les « principes structurels de l'État »). La lecture de chaque composante de la Constitution doit être imprégnée de cet esprit général. Il faut combiner, relier chaque disposition avec cette disposition centrale, essentielle, qu'est la proclamation de la démocratie. Il faut lire (*relire* !) chaque énoncé à la lumière du paradigme de la démocratie qui sert de cadre, et qui, comme le nom l'indique, « encadre », ou, dans une perspective historique, « recadre » la recherche du sens normatif d'une disposition précise.

La deuxième perspective à considérer est d'ordre historique, chronologique ou *diachronique*. Il est unanimement admis qu'une norme (constitutionnelle) postérieure Y peut venir abroger, implicitement, et de façon partielle, une norme (constitutionnelle) antérieure X. La norme plus récente Y l'emporte, sur certains points, sur X. En l'espèce : X = art. 74 (datant de 1868), Y = art. 32 (datant de 1919). Nous savons que l'article 74, dans le cadre originel de la Constitution de 1868 (avant la réforme de 1919), autorisait au moins deux usages de la dissolution : un usage monarchique (usage qui s'est réalisé en 1915) et un usage plus démocratique (aucun exemple effectif). En 1919, s'ajoute l'article 32 Const. qui, de manière

l'article 510 du Code d'instruction criminelle. De même, dans l'arrêt n° 57/10 du 1^{er} octobre 2010 (*Mém. A*, n° 180), la Cour constitutionnelle a déduit de la formule de la « démocratie parlementaire » (art. 51 § 1^{er} Const.) la consécration de la règle de la séparation des pouvoirs. Voir aussi Cour de cassation, 17 janvier 1957, *Pasicrisie*, t. 17, p. 105.

²⁰⁶ Pour une analyse approfondie du « tremblement de terre » qu'est la révision de 1919 par rapport à l'ancien système dualiste du XIX^e siècle, voir L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarche*, p. 189 *sqq.*

²⁰⁷ Sur ce canon d'interprétation, fondamental pour l'interprétation de l'actuel texte constitutionnel luxembourgeois, voir L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarche*, p. 192 *sqq.* et, déjà auparavant, G. MARGUE, « La Constitution : fiction et réalité », *Feuille de liaison de la conférence saint-Yves*, n° 72, mars 1989, p. 12 *sqq.*

générale, n'autorise plus que des pratiques politiques conformes à l'idéal démocratique. *Ergo*: l'article 32 est venu interdire toute possibilité d'une dissolution de combat, option qui était laissée ouverte dans l'article 74 d'avant la réforme de 1919. Nous sommes en présence ici d'un cas d'abrogation implicite et partielle.

Cette construction intellectuelle, décortiquée dans tous ses éléments, peut paraître complexe et sophistiquée. Pourtant, intuitivement, elle est aisée à comprendre, et du reste les praticiens du système politique luxembourgeois, à commencer par la grande-duchesse Charlotte, l'ont bien cernée. Nonobstant l'ouverture laissée par le manuel (« de référence » !) de Majerus, il n'a plus jamais été question au Luxembourg, depuis 1919, d'une dissolution monarchique de combat. La limite que d'aucuns (le Conseil d'État dans son avis de 2013) cherchent à découvrir dans la *coutume* se trouve, en vérité, déjà dans le *texte*. Encore faut-il prendre ce texte au sérieux et se donner la peine d'en creuser le sens.

5° La dissolution du 18 décembre 1958 : un second cas de dissolution-remède

Si les traces historiques des événements de 1925 ne permettent pas à l'observateur contemporain de conclure à l'existence d'une *opinio juris* et, partant, d'une coutume autour de la nouvelle pratique de la dissolution, les défenseurs de la coutume seront peut-être tentés d'arguer que le silence des acteurs de 1925 ne porte pas à conséquence. Ce silence serait « naturel » car 1925 serait le point de départ d'une nouvelle pratique. Il serait donc encore trop tôt pour trouver quelque discours des acteurs sur l'existence ou la naissance d'une coutume. Celle-ci émergerait par la suite. Or, même si l'on admet cet argument, le passé n'en reste pas moins silencieux sur une éventuelle *opinio juris*. C'est ce qui ressort de l'étude des dissolutions suivantes, à commencer par celle de 1958.

Le 9 décembre 1958²⁰⁸, le socialiste Victor Bodson, ministre des transports et de la justice, avait provoqué un débat à la Chambre des députés. Il a répondu à des articles de presse qui l'accusaient d'avoir violé la loi en ayant omis de transmettre au parquet les informations qu'il détenait, en sa fonction officielle, à propos d'une tentative de corruption d'un haut fonctionnaire par une entreprise participant à l'appel d'offre pour la construction de la station de contrôle des voitures à Sandweiler. Informé par le fonctionnaire en question, Bodson, en tant que ministre des transports, avait certes exclu l'entreprise de l'appel d'offre, mais n'avait pas, en sa qualité de ministre de la justice, déclenché l'action pénale. Ce débat, célèbre pour ses enjeux du point de vue des rapports entre le ministre de la justice et le parquet²⁰⁹, se solda, abruptement, par la chute du gouvernement de coalition CSV-LSAP. Au milieu du débat du 10 décembre 1958, la fraction chrétienne-sociale se solidarisa avec l'opposition libérale qui avait été à l'origine des critiques dans la presse. La motion du CSV, désavouant l'action de Bodson, fut votée avec les voix des députés chrétiens-sociaux et libéraux. Dès lors, par solidarité, le parti socialiste se retira du gouvernement, lequel présenta sa démission à la grande-duchesse Charlotte. Aucune nouvelle

²⁰⁸ *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés, 1958-59*, p. 209 *sqq.*

²⁰⁹ Sur l'histoire de la règle de l'indépendance du parquet au Luxembourg, voir R. BIEVER, « Considérations sur le Ministère public. Allocution prononcée à l'audience publique solennelle de la Cour du 4 mai 2011 », *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 35, 2012, p. 103 *sqq.*

majorité ne voyait le jour, les partis ne voulant s'engager pour les quelques mois qui restaient de la législature (des élections ordinaires étaient normalement prévues pour le mois de juin 1959). Le 18 décembre 1958, la grande-duchesse Charlotte signa l'arrêté de dissolution de la Chambre des députés « sur proposition de (son) ministre d'État, président du gouvernement, et après délibération du gouvernement en conseil »²¹⁰.

L'usage de l'article 74 en 1958 est le même qu'en 1925 : il s'agit d'une dissolution-remède. Y aurait-il des traces prouvant l'existence, du côté des acteurs de l'époque, d'une *opinio juris* dont l'objet serait la restriction de l'usage du droit de dissolution à la seule hypothèse d'une dissolution-remède ? Là aussi, il manque toute preuve historique pouvant conforter la thèse de l'existence d'une coutume.

6° Les étranges dissolutions, inutiles et à effet différé, de 2004 et de 2009. Le chevauchement de deux régimes de cessation

L'étude de ces deux dissolutions, que le Conseil d'État n'a pas mentionnées dans son avis du 18 juillet 2013, révèle que l'usage effectif du droit de dissolution du grand-duc (art. 74 Const.) ne se réduit pas seulement à des dissolutions-remède et qu'il y a déjà eu, avant 2013, dans le cadre de l'article 74, deux cas de dissolution à effet différé²¹¹. Analysons donc ces actes en partie curieux, étranges, que sont les arrêtés grand-ducaux « portant dissolution de la Chambre des députés » du 4 juin 2004 et du 19 mai 2009²¹².

La première observation à leur sujet a trait au contreseing : alors qu'en 1915, 1925, 1958 et 2013, l'arrêté grand-ducal de dissolution est contresigné *par tous les ministres*, les arrêtés de 2004 et 2009 sont contresignés par le *seul premier ministre*. Les motifs sont également formulés d'une façon différente. La formule habituelle de 1915, 1925 et 1958 (« Sur *proposition* de Notre Ministre d'État, Président du Gouvernement, et après délibération du Gouvernement en Conseil »), que l'on retrouvera en 2013, est remplacée en 2004 et 2009 par la phrase suivante : « Sur le *rapport* de Notre Premier Ministre, Ministre d'État, et après délibération du Gouvernement en Conseil ». Se pose ici la question de savoir qui, en matière de dissolution, a le droit d'initiative et le pouvoir (exclusif ou solidaire ?) de contresigner l'acte ? En Grande-Bretagne, jusqu'au début du XX^e siècle, il était d'usage que le premier ministre ne pouvait « conseiller » (*i. e.* demander) au roi la dissolution du parlement qu'après décision collective du cabinet. Or, avec le remplacement du *cabinet government* par le *prime ministerial government*, le premier ministre s'est arrogé l'exclusivité de cette prérogative : depuis 1918, il en décidait tout seul, sans être obligé de consulter quiconque.²¹³ Tant que les

²¹⁰ Arrêté grand-ducal du 18 décembre 1958 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial*, n° 65, p. 1565. Pour l'arrêté grand-ducal de convocation des électeurs, voir *ibid.* Les élections ont eu lieu le 1^{er} février 1959.

²¹¹ À ces deux cas s'ajoute la dissolution à effet différé que fut l'autodissolution de 1919. Voir *supra* 1^{re} partie, B, 3^o, a) *in fine*).

²¹² Arrêté grand-ducal du 4 juin 2004 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 80, p. 1160 ; arrêté grand-ducal du 19 mai 2009 portant dissolution de la Chambre des députés, *Mémorial A*, n° 116, p. 1682.

²¹³ I. JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge, CUP, 3^e éd., 1959, p. 417 *sqq.* ; R. BLACKBURN, *The Meeting of Parliament*, p. 64 *sq.* ; *id.*, « The Prerogative Power of Dissolution of Parliament : Law, Practice, and Reform », *Public Law*, 2009, p. 766 *sqq.*

gouvernements n'étaient formés que d'un parti, cet état des choses pouvait ne pas être problématique. Il en allait autrement une fois que le cabinet était formé d'une coalition et que, du fait de cette règle traditionnelle, le partenaire de coalition risquait d'être placé devant le fait accompli par le premier ministre. Cette problématique se pose aussi, et même à plus forte raison, au Luxembourg où, depuis 1919, la quasi-totalité des gouvernements ont été des gouvernements de coalition. Or, si dans la pratique du passé tous les membres du gouvernement ont été associés à l'arrêté grand-ducal de dissolution, le droit (en l'espèce l'article 45 Const.) n'exige qu'un seul contresignataire. En droit, un seul membre du gouvernement, quel qu'il soit (premier ministre, vice premier-ministre, ministre, voire secrétaire d'État), pourrait contresigner un arrêté grand-ducal de dissolution. En ce qui concerne le contresigning, les deux arrêtés de dissolution de 2004 et 2009 sont donc « surprenants » du point de vue de la pratique politique antérieure, mais ils ne sont nullement contraires à la Constitution. Ils révèlent toutefois un inconvénient politique dont il serait bon de tenir compte lors de la refonte de la Constitution. Ne serait-il pas judicieux de confier le droit de demander (d'exiger ?) une dissolution au conseil de gouvernement, organe collectif, voire de lui confier directement cette prérogative, comme c'est le cas en Suède ?²¹⁴

Remarquons aussi que, tant en 2004 qu'en 2009, les effets de la dissolution ont été différés dans le temps. Ainsi, l'arrêté de dissolution datant du 19 mai 2009 a énoncé en son article 1^{er} que la Chambre des députés sera dissoute, non pas immédiatement, mais à la date du 7 juin 2009 (« La Chambre des députés est dissoute le dimanche 7 juin 2009 »). En 2004, le décalage des effets a été moins important : l'arrêté grand-ducal signé le 4 juin fixait la date de la dissolution au 6 juin (art. 1^{er} : « La Chambre des députés est dissoute avec effet au 6 juin 2004 »).

Le plus déroutant dans les deux arrêtés grand-ducaux de dissolution de 2004 et 2009 est qu'une dissolution fondée sur l'article 74 (article qui figure dans les visas des deux textes) était, en l'espèce, superfétatoire puisque les mandats des députés venaient de toute manière à expirer, en vertu de l'échéance du terme ordinaire de cinq ans. Les élections du 13 juin 2004 et du 7 juin 2009 ont été des élections ordinaires, régulières, fondées entre autres sur l'article 122 de la loi électorale du 18 février 2003 (version de l'époque) : « La sortie ordinaire des députés a lieu le premier dimanche du mois de juin ou, si cette date coïncide avec le dimanche de Pentecôte, le dernier dimanche du mois de mai ». Cet article 122 est d'ailleurs *aussi* visé par les deux actes dits « de dissolution » de 2004 et 2009. Somme toute, ces deux actes sont certes des normes valides (aucun juge n'a été saisi afin de leur dénier la validité) ; il n'y a pas de grief fondamental d'invalidité (le dispositif de l'article 74 n'interdit pas d'opérer une dissolution à la dernière minute avant les élections ordinaires) ; mais ces deux normes de dissolution sont parfaitement inutiles. En droit, contrairement à une opinion défendue par certains²¹⁵, le chef de l'État n'a pas besoin de dissoudre la Chambre des

²¹⁴ La proposition n° 6030, dans sa version initiale (2009, doc. parl. 6030-00), comportait un article 99 alinéa 3 qui énonçait : « La dissolution de la Chambre des députés prévue à l'article 78 doit faire l'objet d'une décision du conseil de gouvernement ». Or, à l'heure actuelle (juillet 2014), cet article ne figure plus dans la dernière version de la proposition (voir le document visible sur le site www.forum.lu/constitution).

²¹⁵ L'idée ne se retrouve nulle part dans la doctrine juridique luxembourgeoise. En revanche, elle surgit de façon subite sous la plume de Nicolas Als qui, sans indiquer des sources, et sans autre explication, écrit dans son ouvrage d'histoire : « La dissolution de la Chambre est prononcée à titre ordinaire à la fin de chaque législature, et à titre extraordinaire en cas de crise politique survenant avant la fin de la législature » (N. ALS & R.L. PHILIPART, *La*

députés lorsque, de toute manière, le mandat des parlementaires vient à échéance en vertu du terme prévu par la Constitution et la loi électorale. La perte, par les individus concernés, de leur qualité de député se fait par l'écoulement du temps. Aucun acte formel n'est nécessaire pour « décider » ou même constater cette déchéance. La fin de leur mandat est automatique, en vertu des dispositions de la Constitution (article 56) et de la loi électorale (articles 121, 122, 134).

En l'espèce, l'application simultanée de la règle de l'échéance du terme et du droit de dissolution relève de la catégorie du « chevauchement », au sens de la classification de Peter Koller. Elle est sans aucune incidence pratique. Aucune des deux normes n'ajoute quelque-chose par rapport à l'impact de l'autre. Dès lors, l'ajout d'une décision de dissolution est, d'un point de vue rationnel, absurde (mais cela n'empêche pas que ces deux actes normatifs aient existé et aient été valides). À rebours du Conseil d'État, qui, dans son avis du 18 juillet 2013, a ignoré ces deux dissolutions, il faut donc les mentionner au titre de l'application de l'article 74, car il s'agit bien de normes valides.

7° *L'introuvable coutume en matière de dissolutions grand-ducales*

Concluons en ce qui concerne l'allégation, par le Conseil d'État, de l'existence d'une coutume en matière de dissolution discrétionnaire par le grand-duc. Cette thèse se révèle infondée à la fois sur le plan matériel de l'usage et le plan psychologique de l'*opinio juris*.

L'usage n'est pas uniforme et constant depuis le début du XIX^e siècle, si — ce qui soulève une question délicate de l'âge nécessaire d'un usage pour être qualifié d'usage constant — on doit remonter jusqu'au XIX^e siècle²¹⁶. Alors que les dissolutions de 1854 et 1915 avaient été des dissolutions de combat (le monarque voulait obtenir une chambre docile à ses propres vues ou du moins aux vues de son gouvernement, quitte, dans le pire des cas, à utiliser de façon répétée l'outil de la dissolution), celles de 1925, de 1958 (sans oublier la dissolution récente de 2013) furent des dissolutions-remède. Même si l'on restreint l'horizon aux seules dissolutions démocratiques du XX^e siècle (après 1919), l'usage n'est pas homogène puisqu'il y a, d'un côté, la pratique des dissolutions-remède (1925, 1958) et, de l'autre, la pratique (certes inutile, mais réelle et valide) des dissolutions de 2004 et 2009 que le Conseil d'État omet de citer dans son avis. En outre, dans le passé, il y a eu trois cas de dissolutions à effet différé (1919, 2004 et 2009), ce qu'ignore encore le Conseil d'État dans son avis. La pratique est donc variée. Même à supposer qu'il existe un usage uniforme et constant (l'usage des dissolutions-remède²¹⁷), il n'en resterait pas moins à prouver l'existence

Chambre des députés. Histoire et lieux de travail, Luxembourg, Chambre des députés, 1994, p. 407 ; c'est moi qui souligne). La thèse pourrait tout au plus se revendiquer de l'ancien usage médiéval du terme « dissolution » et de l'actuelle terminologie de la doctrine juridique autrichienne (voir *supra* note 43), mais non de la conceptualisation du droit constitutionnel luxembourgeois. Comme l'écrit aussi, en droit belge, Francis DELPÉREÉ, *op. cit.*, p. 907 note 66 : « Il est incorrect de parler de dissolution des chambres lorsqu'au terme normal de la législation, celles-ci sont renouvelées intégralement ».

²¹⁶ Le Conseil d'État ne répond pas explicitement à cette question. Dans sa recherche historique, il remonte au-delà du texte constitutionnel de 1868 (voir les deux événements cités par lui de 1856 et de 1867, §§ 14 et 15), mais il ne s'explique pas sur ce point.

²¹⁷ Faute de temps, il n'est guère possible d'entreprendre une analyse détaillée du contenu de toutes les normes coutumières que le Conseil d'État croit pouvoir dégager de cet usage. Soulevons juste une question à propos de l'une de ces normes : Quelle doit être, exactement, la nature de la « crise » justifiant l'usage par le grand-duc du droit de dissolution ? Faut-il,

d'une *opinio juris*. Or, sur ce point — crucial —, l'avis du Conseil est totalement silencieux (lire §§13-19, § 34), alors même que la charge de la preuve pèse sur celui qui allègue l'existence d'une norme coutumière. L'étude historique n'a fait apparaître aucune trace, pas même la plus infime, témoignant d'une quelconque *opinio juris* dans l'esprit des acteurs d'antan à propos des usages du droit de dissolution. D'ailleurs, le Conseil d'État lui-même, dans ses divers écrits, officiels ou doctrinaux, antérieurs à 2013²¹⁸ n'a jamais évoqué l'existence d'une norme coutumière relative à l'article 74 Const. Il n'est donc guère surprenant que l'invocation subite, par lui, d'une coutume en ce domaine soit vécue comme une surprise par les élus, les citoyens et les scientifiques du droit.

En vérité, en matière de dissolution, les normes juridiques valides sont contenues dans le texte de la Constitution et dans celui de la loi électorale – textes qui, bien évidemment, doivent être interprétés, ce qui peut donner lieu à des variations de sens –, à l'exclusion toutefois de toute norme coutumière. Plus généralement, la prémisse même du raisonnement du Conseil d'État – l'existence d'une source de droit constitutionnel appelée « coutume constitutionnelle » – doit être questionnée. C'est cette critique plus fondamentale, touchant au contenant, qu'il convient à présent de développer.

B - LA « COUTUME CONSTITUTIONNELLE », UNE SOURCE ALLÉGUÉE SANS FONDEMENT

En vertu de quoi — sur le fondement de quel *fait*, de quelle *norme* (positive ou supra-positive) ou de quelle *théorie* —, un acteur ou un observateur d'un système juridique donné est-il autorisé à affirmer que, dans ce système, la coutume est, ou non, une source de droit constitutionnel ? Délicate, la question implique une réflexion épistémologique et théorique²¹⁹. Or, il arrive que des acteurs ou auteurs répondent à la question, de manière positive ou négative (peu importe), sans s'interroger au préalable sur la méthode permettant de valider la réponse. À l'encontre d'une telle attitude, la présente étude vise d'abord à éclaircir les termes de la question et le(s) chemin(s) menant à la réponse.

nécessairement, un « conflit entre le gouvernement et la Chambre » (en ce sens : § 13) ? Dans ce cas, le droit de dissolution ne pourrait plus être utilisé dans l'hypothèse suivante, bien connue de la littérature scientifique. Imaginons qu'après des élections, l'éventail des partis soit si éclaté, et les partis si divisés, qu'aucune majorité ne voit le jour. Dans cette hypothèse, il n'y a pas *stricto sensu* de conflit entre le gouvernement et le parlement. Ce dernier s'avère incapable de remplir sa mission de faire émerger une majorité et un gouvernement. Ce serait, incontestablement, une crise, mais non une crise au sens du § 13, ni même une crise au sens du § 25 de l'avis qui élargit le concept de « crise » aux crises « entre les partis de la majorité gouvernementale ». Sur ce point, soit la norme coutumière alléguée par le Conseil d'État dans les §§ 13 et 25 est floue, soit elle est parfaitement nette et précise (et dans ce cas la norme s'avérerait contre-productive pour le bon fonctionnement du régime).

²¹⁸ Lire *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution*, *op. cit.*, p. 260, *sub* article 74 et l'avis du Conseil d'État du 6 juin 2012 sur la proposition de révision n° 6030 (voir doc. parl. 6030-6, p. 72 *sqq.*).

²¹⁹ Pour un premier aperçu des pistes théoriques s'ouvrant au juriste, voir V. Tiefenthaler, *Gewohnheit und Verfassung*, Wien, Facultas, 2012, p. 46 *sqq.* ; M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1994, p. 127 *sqq.* (« Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement ») ; C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ? Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. Winter, 1972, p. 81 *sqq.*

Une telle réflexion est d'autant plus indispensable qu'en droit comparé, les réponses peuvent varier d'un pays à l'autre²²⁰ et que, au Luxembourg, un « même » acteur (le Conseil d'État luxembourgeois) a défendu, à différentes occasions, des positions sensiblement différentes sur ce sujet. En 1952, dans son avis sur la CECA²²¹ et en 2013, dans ses avis sur la dissolution à effet différé et sur les douzièmes provisoires²²², le Conseil d'État s'est servi de l'idée de coutume constitutionnelle afin d'en tirer des normes applicables dans les cas d'espèce, sans toutefois approfondir ni la nature ni le fondement de cette « coutume ». En 1953, dans son avis sur la Communauté européenne de défense (CED)²²³, il a évoqué comme une « évidence » l'idée que la coutume constitutionnelle était une source du droit (sauf si elle allait à l'encontre du texte de la Constitution), mais, une fois qu'il a abordé le fond

²²⁰ Dans nombre de pays à constitution écrite et rigide, la coutume constitutionnelle est rejetée comme source, que ce soit par la doctrine (dominante) ou, à plus forte mesure, par les juridictions constitutionnelles. La renaissance qu'a connue le droit constitutionnel grâce à la justice constitutionnelle ne profite pas à la coutume constitutionnelle. Voir en France : V. BOUVIER, « Le Conseil constitutionnel et la coutume », *Droits*, n° 3, 1986, p. 87 *sqq.* ; M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 86 *sqq.* En Allemagne : C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, 1972, p. 10 s ; H.A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 2000, p. 427 *sqq.* En Autriche : voir TIEFENTHALER, *Gewohnheit und Verfassung*, *op. cit.*, p. 19 *sq.*, p. 122 *sqq.* Au Canada, il est distingué entre « usages » (simples habitudes politiques), « *constitutional conventions* » et « *constitutional law* ». Les usages politiques ayant acquis force normative sont catalogués sous le concept *diceyen* de « *constitutional conventions* » ; celles-ci n'ont pas force juridique (« *law* »), car elles ne sont pas justiciables. Le terme de « *customs* » n'est pas utilisé sauf à titre de synonyme de « *constitutional convention* ». Voir spéc. P. HOGG, *Constitutional Law of Canada. 2010 Student Edition*, Carswell, Toronto, 2010, chap. 1 ; P. MONAHAN, *Constitutional Law*, 3rd edn., Irwin, Toronto, 2006. En Belgique, l'existence de coutumes dites « supplétives/*praeter legem* » est admise plutôt en doctrine, mais non par les juges. Cpr. P. WIGNY, *op. cit.*, p. 177 ; F. DELPÉRIÉ, *op. cit.*, p. 52 s, n° 38 (très critique) ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, Larcier, 2010, p. 79 ; H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthemis, Limal (Belgique), 2012, vol. 1, p. 581 *sqq.* Aux Pays-Bas, la coutume constitutionnelle est admise par une partie de la doctrine. Voir L. BESSELINK, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Niederlande », in A. von BOGDANDY, P.M. HUBER, P. CRUZ VILLALON (dir.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 1, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 355 *sqq.*, 368. En Finlande, le statut de la coutume est discuté au sein de la doctrine, mais elle semble admise par les acteurs politiques. Voir J. HUSA, *The Constitution of Finland*, Oxford, Hart, 2011, chap. 1 et 8. En Norvège, la Cour suprême (*Norges Høyesterett*) a admis la coutume constitutionnelle parmi les sources formelles de la Constitution. Voir J. HUSA, « Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries : A Comparative Perspective », *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, 2000, p. 356 *sqq.* ; id., *Nordic Reflections on Constitutional Law*, Frankfurt, Lang, 2002, p. 148 s. Aux États-Unis, la Cour suprême se réfère parfois à la coutume en matière de séparation des pouvoirs : D.J. BEDERMAN, *Custom as a Source of Law*, Cambridge, CUP, 2010, p. 108 *sqq.* Sur la place de la coutume dans le droit constitutionnel britannique actuel, voir *infra* note 289.

²²¹ Avis du 9 avril 1952 (traité CECA), Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 395, p. 151 *sqq.*, spéc. p. 156 : « Il apparaît donc que les notions d'indépendance et de souveraineté ont évolué en marge des textes constitutionnels. Il semble au Conseil qu'un état de droit ayant persisté chez nous depuis plus d'une centaine d'années puisse être constitutif d'une coutume constitutionnelle susceptible de servir de base juridique à l'approbation du Traité ». Était en cause l'interprétation des articles 1^{er} et 37 Const.

²²² Avis du 10 décembre 2013 (douzièmes provisoires), Doc. parl. relatifs au projet de loi n° 6630, doc. 6630-2, p. 2.

²²³ Avis du 31 juillet 1953 (CED), Doc. parl. relatifs au projet de loi n° 454, p. 1065 *sqq.*, spéc. p. 1067 : « La coutume constitutionnelle est, bien entendu, une source de droit, mais elle est imprécise et aux contours fuyants. [...] Elle ne peut être contraire aux dispositions formelles de la Constitution, dùt-elle se fonder sur une répétition de faits remontant dans un lointain passé. [...] On ne crée pas du droit coutumier à l'encontre de la Constitution ». Voir déjà, dans le même sens, l'avis du Conseil d'État du 23 juin 1953 sur le projet de loi n° 476 (ratification de la Convention du 29 avril 1952 entre le Luxembourg et la RFA relative aux contrôles de douane et de police), doc. parl., p. 1221 : « De bons esprits admettent qu'une coutume constitutionnelle peut se former en marge du texte écrit, mais non pas contre un texte ». Ces « bons auteurs » étaient les professeurs français Colin, Capitant, Julliot de la Morandière, auteurs d'un *Traité élémentaire de droit civil*.

de la question, il n'a plus invoqué aucune norme coutumière. Enfin, dans ses écrits à envergure plus systématique à l'instar du commentaire de la Constitution rédigé en 2006²²⁴ et du récent avis de 2012 sur la refonte de la Constitution²²⁵, la coutume était totalement absente.

Pour commencer à répondre à la question posée, il est crucial d'acter d'abord un point fondamental : eu égard à la distinction épistémologique entre *Sein* et *Sollen*, le fondement de la coutume constitutionnelle est nécessairement une *norme*, et non un simple *fait* (social, politique) ou une *théorie scientifique*. Il faut donc chercher une norme, une norme dite « supérieure » (2^o). Un autre point qui, d'emblée, mérite d'être souligné est l'ambiguïté de l'expression « coutume constitutionnelle ». À ce titre, il convient d'en distinguer deux sens possibles (1^o).

1^o La polysémie du vocable « coutume constitutionnelle » : sens fort et sens faible

Est en cause ici non pas le substantif « coutume », mais l'adjectif « constitutionnel ». Ce dernier terme peut être analysé à la lumière de la distinction entre le sens formel et le sens matériel du mot « Constitution ».

La pertinence de la distinction entre le sens formel et le sens matériel de la Constitution, à propos de la problématique de la coutume dite « constitutionnelle », est parfois récusée²²⁶. Or, ce binôme classique est éclairant à condition de se mettre d'accord sur sa définition²²⁷. Par Constitution au sens formel, il importe d'entendre dans le contexte de la présente recherche une classe de normes dont la particularité est d'être soit la classe suprême dans la hiérarchie des normes, soit, à tout le moins, une classe supérieure de normes (par rapport à la classe des lois) si, comme c'est le cas au Luxembourg, la position suprême est reconnue au droit

²²⁴ *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution, op. cit.*, 2006. L'idée de « coutume » est mentionnée juste à la page 192, à titre historique, en référence aux avis du Conseil à propos de la CEEA et de la CED. Elle est absente ailleurs dans l'ouvrage de 2006. Elle est totalement absente dans la mise à jour de 2009.

²²⁵ Voir, au sein des documents parlementaires relatifs à la proposition de loi n^o 6030, le doc. 6030-6. L'avis du 6 juin 2012 évoque parfois, de façon très incidente, des « pratiques coutumières » (p. 6, 12), une « coutume institutionnelle » (p. 77, 142), pour désigner visiblement de simples usages. Il manque toute réflexion sur la coutume constitutionnelle.

²²⁶ En ce sens : C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, p. 58 ; H.A. WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, p. 267 *sqq.* En revanche, la distinction est retenue par V. Tiefenthaler, *op. cit.*, p. 77 *sqq.*

²²⁷ Sur les différentes définitions, voir L. HEUSCHLING, « La Constitution formelle », in M. Troper & D. Chagnollaude (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 266 *sqq.* ; H.A. Wolff, *op. cit.*, p. 268 s. Chez nombre d'auteurs, le caractère « formel » est lié à trois critères : 1^o le rang dans la hiérarchie des normes (formel = rang suprême/supérieur) ; 2^o le caractère écrit de la norme (formel = écrit) ; 3^o la rigidité de la norme (formel = la norme ne peut être modifiée que selon la procédure spéciale de révision). Or, c'est amalgamer des facettes qui ne sont pas nécessairement liées. On peut imaginer une norme suprême/supérieure à la loi qui soit non-écrite, à l'instar de la coutume constitutionnelle (voir en Angleterre l'affaire *Dr. Bonham's Case* de 1610 : L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2001, p. 199 *sqq.*). Sur le plan analytique, il ne faut donc pas confondre le critère de l'écrit, d'un écrit dit « rigide », et le critère de la suprématie. Si l'on retient une définition trop étroite de la Constitution au sens formel (Constitution formelle = supérieure, écrite & rigide), la problématique serait dès le départ viciée car biaisée. La réponse (*i. e.* le refus de la coutume constitutionnelle au sens fort, strict) serait déjà inscrite dans les termes de la question et on aboutirait nécessairement à la conclusion de Raymond CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920-22), réimp., Paris, Dalloz, 2004, t. 2, p. 582 note 10 : « Il y a incompatibilité entre ces deux termes, Constitution et coutume ».

international. L'adjectif « formel » dans « Constitution formelle » dénote donc ici le *rang* de la norme, et seulement le rang, quelle que soit la forme écrite ou non écrite de la norme, et quel que soit le fondement de ce rang. Si l'on part de cette définition, l'expression « coutume constitutionnelle » signifie que des normes coutumières (« non écrites ») ont rang constitutionnel, *i. e.* rang suprême ou supérieur (supra-légal)²²⁸. La conséquence logique est qu'en vertu de la règle de conflit classique *lex posterior derogat legi priori*, une norme constitutionnelle coutumière, si elle est postérieure à une norme constitutionnelle écrite, peut déroger à celle-ci et l'abroger (abrogation implicite). À ce sujet, il est habituel de parler d'une coutume *contra legem* ou, plus exactement, *contra constitutionem*. Éclairante à certains égards, cette formule risque toutefois d'induire en erreur le juriste : la préposition « *contra* » (contra « *constitutionem* ») suggère que la coutume s'oppose à la Constitution et, partant, se situe à l'extérieur de celle-ci²²⁹. Or cette déduction tirée de la simple dénomination est fautive car la dénomination elle-même est inexacte, car réductrice par rapport au concept sous-jacent. Selon celui-ci, la Constitution est composée à la fois des normes posées dans le texte et des normes posées via la coutume. Selon cette vision, la coutume se situe *dans* la Constitution, elle en est une composante essentielle (ce que traduit mal l'expression « coutume *contra constitutionem* »). Afin de désigner de la façon la plus objective possible cette thèse, je préfère parler de la « coutume constitutionnelle au sens fort, strict ou formel », ou, de manière encore plus explicite, d'une « coutume de rang constitutionnel ».

D'aucuns diront que ce premier sens du mot « coutume constitutionnelle » est le seul sens possible ou acceptable²³⁰. L'argument oublie toutefois que le mot « Constitution » est également, quoique à titre minoritaire, compris au sens matériel. Dès lors, l'expression « coutume constitutionnelle » doit aussi être envisagée dans cette perspective. Souvent, les auteurs qui distinguent deux types de coutumes constitutionnelles évoquent, au titre de la seconde catégorie, la coutume « *praeter legem* / *praeter constitutionem* »²³¹. Or qu'est-ce qui est entendu par ces formules ? Leur sens n'est pas parfaitement clair. En latin, la préposition « *praeter* » peut signifier, selon les contextes : devant, le long de, outre, indépendamment de, au-delà de, en dehors de, en opposition à, contre,

²²⁸ Voir R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle » (1929), republié dans *RDP*, 1979, p. 968 : « Or, si l'on prend en considération la véritable notion de constitution, [...], si la constitutionnalité d'une règle réside non dans la procédure de sa création, mais dans le degré qu'elle occupe dans la pyramide juridique [...], alors la notion de coutume constitutionnelle cesse d'être contradictoire ». Dans le même sens : H.A. WOLFF, *op. cit.*, p. 272 sq., 458 sq.

²²⁹ En ce sens : M.A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2011, *verbo* « sources du droit constitutionnel », p. 445 : « Les prétendues coutumes *contra constitutionem* sont évidemment, par définition, contraires à la Constitution. Elles ne sauraient donc être considérées comme une source de la Constitution ».

²³⁰ J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1387 note 34 : « La notion même de coutume constitutionnelle exige que la force juridique de cette coutume soit identique au texte constitutionnel ». Si l'on parlait de cette acception étroite, l'on pourrait se limiter à une démonstration plus réduite. Or, comme dans la littérature luxembourgeoise, circule toujours la distinction entre coutume constitutionnelle *contra legem* et *praeter legem*, la présente étude se doit d'envisager une autre définition du terme « coutume constitutionnelle ».

²³¹ Fréquente, cette distinction n'est toutefois pas unanime. D'aucuns distinguent entre « *contra* », « *praeter* » (ou « *secundum* ») et « *intra legem* » (voir V. TIEFENTHALER, *op. cit.*, p. 80 sqq.). D'autres auteurs distinguent entre « *secundum legem* », « *praeter legem* » et « *contra legem* » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2000, n^o 210 sqq.; en droit commercial où la coutume est particulièrement présente : D. HOUTCIEFF, *Droit commercial*, 2^e éd., Paris, Sirey, 2008, n^o 28 sqq.).

hormis²³². En général, ces auteurs entendent par coutume *praeter constitutionem* une norme coutumière qui vient « compléter » les normes du texte constitutionnel, qui en « comble les lacunes ». Ces formules, à leur tour, ne sont pas d'une parfaite clarté. *In abstracto*, l'on pourrait distinguer deux sens possibles. Soit il est affirmé que ces normes coutumières ont rang constitutionnel (dans ce cas, nous retombons dans l'hypothèse de la coutume au sens fort, et il n'est guère prouvé qu'il soit possible et nécessaire de distinguer deux sens de l'expression « coutume constitutionnelle »). Soit il est argué que ces normes coutumières portent sur la matière constitutionnelle, tout en ayant rang infra-constitutionnel, comme si on disait que la loi électorale (qui a rang légal, mais porte sur une matière constitutionnelle) « comble les lacunes » de la Constitution en matière d'élections ou « complète » la Constitution sur ce point. Retenons donc de ce qui précède que si l'on veut retenir un second sens du vocable « coutume constitutionnelle » — sens que je propose d'appeler le « sens faible, large ou matériel » de coutume constitutionnelle²³³ —, le vocable désignerait des normes coutumières qui porteraient sur la matière constitutionnelle (d'où l'adjectif « constitutionnel »), *mais* qui auraient rang infra-constitutionnel. Dans ce cas, la coutume constitutionnelle pourrait tantôt être conforme à la Constitution (au sens formel/hierarchique), tantôt être contraire à celle-ci, de même qu'une loi électorale, norme constitutionnelle au sens matériel, peut être conforme ou contraire à la Constitution au sens formel/hierarchique.

À propos de la définition de la coutume constitutionnelle, il convient encore de faire trois remarques.

Première remarque. Au vu de ce qui vient d'être dit, il apparaît que la formule « coutume constitutionnelle » ne saurait désigner une norme qui (1) aurait rang constitutionnel, mais (2) n'aurait aucune force abrogatoire à l'égard des normes constitutionnelles écrites (elle ne pourrait qu'être « *praeter constitutionem* »). Si la coutume a le même rang que le texte, et qu'elle est postérieure, elle ne peut pas ne pas avoir force abrogatoire. Affirmer l'inverse reviendrait à saborder la règle classique *lex posterior* qui est l'un des fondements les mieux établis du raisonnement juridique.

Deuxième remarque. Dans certains avis du Conseil d'État et sous la plume de certains auteurs, étrangers²³⁴ ou luxembourgeois²³⁵, l'on trouve des définitions de la « coutume constitutionnelle » (parfois associée au qualificatif « *praeter legem* ») dans lesquelles la question de la coutume est étroitement imbriquée avec la problématique de l'interprétation, au point d'être confondue avec celle-ci. Cerner ces définitions n'est pas aisé car elles sont souvent floues ou contradictoires.

Parfois, le mot « coutume » est mobilisé par le Conseil d'État simplement pour dire qu'une certaine interprétation d'un article a été développée dans le passé, de façon récurrente, et que, dans l'affaire dans laquelle il a à statuer, il entend reprendre la même interprétation²³⁶. Ici

²³² H. GOELZER, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Flammarion, 1966, p. 464 ; F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hachette, 1937, p. 1229.

²³³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, rééd. Dalloz, 2002, p. 122 avait proposé à ce sujet de distinguer entre coutume « de droit constitutionnel » et coutume « de droit politique ».

²³⁴ Voir J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 41 *sqq.* ; J. CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1413 *sqq.* ; D.J. BEDERMAN, *Custom as a Source of Law*, *op. cit.*, p. 109.

²³⁵ Voir P. SCHMIT (membre du Conseil d'État), *Précis de droit constitutionnel*, p. 85.

²³⁶ En ce sens, l'avis du Conseil d'État du 9 avril 1952 relatif à la CECA (*supra* note 221).

l'apport du mot « coutume » est nul : pour dire qu'il est *possible* de reprendre une interprétation déjà retenue dans le passé, il n'est nul besoin d'invoquer le concept de « coutume ». Ce dernier mot ne véhicule aucune norme en l'espèce (l'acteur ne dit pas qu'il *doit* reprendre cette interprétation). Dans d'autres occurrences, le mot « coutume » est censé, à l'inverse, véhiculer une norme. Julien Laferrière avait ainsi estimé que l'on pouvait considérer qu'un texte constitutionnel court et imprécis, à l'instar de la Constitution française de 1875, avait implicitement repris, incorporé, les normes constitutionnelles véhiculées par la coutume constitutionnelle antérieure à ce texte (en l'espèce : antérieure à 1875). Est en cause ici une coutume constitutionnelle antérieure au texte. Mais, en vérité, le cœur du problème visé par Laferrière a trait à l'interprétation du texte constitutionnel : que signifie le silence (la brièveté) du texte ? L'éventuelle validité, après 1875, des normes coutumières antérieures à 1875 n'était pas due à la coutume. Ces normes étaient valides après 1875, parce que et dans la mesure où elles faisaient partie, implicitement, du texte constitutionnel de 1875. Il ne s'agissait donc pas (plus) de normes coutumières. Au Luxembourg, dans certains avis du Conseil d'État et sous la plume de Paul Schmit, membre actuel du Conseil d'État, l'on trouve encore un autre discours qui, lui, a trait à une coutume postérieure au texte. Selon ce discours, si, dans le passé, les acteurs politiques ont toujours retenu une certaine interprétation du texte constitutionnel²³⁷, cette interprétation est non seulement possible dans un cas présent ; elle est *obligatoire*. L'interprétation définie par les acteurs politiques dans le passé s'imposerait à leurs successeurs politiques²³⁸. L'interprétation ancienne aurait acquis rang constitutionnel, elle ferait corps avec la Constitution. En quelque sorte, l'interprétation se rigidifierait à l'égard des acteurs postérieurs par le biais d'un phénomène de cristallisation ou de pétrification. Par analogie, l'on est tenté de penser ici à l'attitude de la Chambre des lords d'avant 1966, lorsque, en tant que juridiction suprême du Royaume-Uni, elle avait défini la règle du précédent de telle façon à être liée par ses propres décisions antérieures (seul le parlement, par le vote d'une loi, pouvait la délier du respect de ses précédents).

Or, cette argumentation présentée sous couvert du terme de la « coutume » contredit la définition classique de la coutume. Il est avancé que la « coutume » aboutirait à la cristallisation d'une norme rigide (les acteurs politiques ne pourraient plus, par leur propre pratique, modifier cette interprétation, une fois qu'elle s'est imposée dans le passé ; pour la modifier, il faudrait une révision du texte constitutionnel). Pourtant, en théorie du droit, il est généralement admis qu'une norme coutumière peut être modifiée par une autre norme coutumière (contraire). La coutume est flexible, souple, évolutive. Dès lors, toute la construction d'une « coutume interprétative à effet pétrificateur » s'effondre en elle-même. Ce concept est inconcevable, car incohérent²³⁹. S'il s'agit d'une véritable coutume, la coutume interprétative doit logiquement pouvoir être remplacée par une nouvelle coutume interprétative ; il n'y a pas de rigidité. S'il y a rigidité, il ne peut s'agir d'un phénomène coutumier. En vérité, ce que le Conseil d'État, dans ce discours, entend affirmer sous couvert du terme impropre de

²³⁷ Exemple : les acteurs, dans le passé, ont compris le mot « dissoudre » dans l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise comme signifiant dissolution « immédiate », sans effet différé, alors que le texte, sur ce point, reste vague et permet les deux lectures.

²³⁸ Et aussi, logiquement, aux juges qui, en cas de saisine, seraient à leur tour amenés à interpréter le texte constitutionnel.

²³⁹ Sauf à proposer un nouveau concept de « coutume », ce que ne font pas ces auteurs ou acteurs.

« coutume » est une *certaine doctrine de l'interprétation*, selon laquelle il faudrait toujours faire prévaloir une *certaine* interprétation *historique*. Devrait prévaloir à l'heure actuelle, non pas forcément l'interprétation « originelle » (celle des pères fondateurs), mais celle qui, « par la suite » (quand exactement ?), s'est établie de manière constante dans la pratique, et sur laquelle il serait interdit de revenir (sauf par le biais d'une révision du texte constitutionnel). Dès lors, le débat se déplace vers la question de la désignation de la « bonne » méthode d'interprétation. Il faudrait à tout le moins justifier le choix de cette méthode d'interprétation particulière, selon le mode de justification propre à ce type de débat. En l'absence de toute indication du droit positif lui-même — à l'inverse d'autres textes, le texte constitutionnel luxembourgeois ne définit pas un ou plusieurs canons d'interprétation —, comment se justifie le choix de telle méthode plutôt que de telle autre ? Faire intervenir ici l'idée de coutume revient non seulement à méconnaître le concept classique de coutume, mais aussi à esquiver le véritable débat de fond.

Troisième remarque. De quel type de coutume constitutionnelle est-il question dans l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2013 ? La réponse à cette interrogation ne va pas de soi. Le Conseil d'État n'a pas explicité de quelle façon il entendait le vocable « coutume constitutionnelle » dans cet avis. La question de la nature de la coutume constitutionnelle n'est soulevée, ni dans la terminologie proposée de « faible/fort », ni même dans la terminologie ancienne, ambiguë qui distingue entre coutume *contra legem* et coutume *praeter legem*. Dans la phrase clé de l'avis du 18 juillet 2013 — « La dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède » (§13) —, le Conseil d'État entremêle le texte et la coutume, au point de les confondre. Serait-ce une application de cette curieuse construction (infondée) de la « coutume interprétative à effet pétrificateur » ? Quoi qu'il en soit, il ne faut point se laisser brouiller la vue. Si la coutume existe, elle constitue une source de normes à part, qu'il est possible de distinguer des normes consacrées dans le texte. En l'espèce, le texte (l'article 74 combiné avec d'autres articles) accorde au grand-duc un pouvoir discrétionnaire encore relativement étendu. Ainsi, par exemple, la liberté de définir la date d'effet de la dissolution ne lui est enlevée par aucun article. Dans l'avis du Conseil d'État, la coutume ajoute de *nouvelles* restrictions à ce pouvoir : elle retranche en particulier, selon le Conseil d'État, cette option de différer la dissolution. La coutume constitutionnelle alléguée contredit donc, sur ce point précis, l'article 74. Elle ajoute une limite qui ne figure pas dans le texte constitutionnel. Cette limite issue de la coutume est-elle valide ? Pour le savoir, il faut envisager deux pistes de réflexion, en partant de la distinction entre le sens fort et le sens faible de la coutume constitutionnelle²⁴⁰.

Soit la norme ajoutée se situe au même rang que les normes du texte constitutionnel. Sa validité est assurée à condition qu'elle soit plus récente et que l'on admette la prémisse générale selon laquelle, au Luxembourg, la Constitution au sens formel / hiérarchique serait formée à la fois des normes consacrées dans le texte de la Constitution de 1868 et des normes véhiculées par la coutume. C'est la piste de la coutume constitutionnelle au sens fort. Soit — et c'est l'autre piste, celle d'une coutume constitutionnelle au sens faible —, cette nouvelle limite au pouvoir de dissolution de l'article 74

²⁴⁰ Dans mon premier commentaire de l'avis (*supra* note 158), je n'avais envisagé qu'une seule possibilité (la première des deux). Sur ce point, je corrige et complète mon analyse, sans toutefois devoir changer de conclusion.

Const. a été ajoutée par le biais d'une norme coutumière de rang infra-constitutionnel. Dans ce cas, il faudrait de prime abord conclure que la norme constitutionnelle coutumière est inconstitutionnelle puisqu'elle contredit l'article 74 Const., à moins de prouver que l'auteur de la coutume a été habilité à cet effet par une norme supérieure, en particulier par un article du texte constitutionnel de 1868. En effet, une norme inférieure peut valablement ajouter de nouvelles restrictions à un pouvoir ou à une liberté établie par des normes de rang supérieur, si celles-ci l'habilitent à le faire²⁴¹. Est-ce le cas en l'espèce ? Existe-t-il une norme supérieure habilitant la coutume constitutionnelle au sens faible à poser de nouvelles restrictions au pouvoir de dissolution du grand-duc ? Voilà qui reste à vérifier. En tout cas, étant donné que le Conseil d'État n'explicité pas la nature de la « coutume constitutionnelle » invoquée par lui, il nous faut envisager les deux hypothèses de la coutume constitutionnelle au sens fort et au sens faible.

2° À la recherche d'une norme supérieure servant de fondement à la coutume

Comme déjà évoqué, eu égard à la distinction entre *Sein* et *Sollen*, le fondement d'une norme se situe logiquement dans une norme, une norme de rang supérieur. Mais où situer cette norme supérieure ? À l'étude, la question s'avère complexe, car il faut envisager une multiplicité d'hypothèses théoriques. Pour quadriller un tant soit peu le champ de l'étude, il est utile de partir de la distinction entre sens fort et sens faible de la coutume constitutionnelle. De prime abord, l'on est tenté de penser que le fondement de la coutume constitutionnelle au sens faible (source de droit de rang infra-constitutionnel) doit être cherché dans cette norme supérieure qu'est la Constitution (au sens formel/hierarchique). À l'inverse, pour la coutume constitutionnelle au sens fort (source de droit de rang constitutionnel), la seule option ouverte serait celle d'un fondement normatif se situant au-delà de la Constitution (« droit naturel »). Or, à l'étude des divers présupposés théoriques mobilisés ou mobilisables dans ce débat, il s'avère qu'une telle vision est trop simple et nécessite d'être enrichie. Selon les divers cadres théoriques, la norme supérieure servant de fondement à une coutume constitutionnelle au sens fort ou au sens faible pourrait se situer soit en droit positif, soit au-delà du droit positif. Il existe ainsi quatre hypothèses. Or, chacune de ces quatre pistes, qui seront approfondies à tour de rôle dans le cadre du droit luxembourgeois (a, b, c), s'avère être une impasse.

²⁴¹ Un exemple simple : dans la Constitution de 1868 (version originale), l'article 52 définissait l'extension du corps électoral en fonction de quatre critères et prévoyait, en outre, dans son alinéa 4, que la loi (norme infra-constitutionnelle) pouvait ajouter de nouveaux critères d'exclusion du corps électoral (c'est en vertu de cette habilitation que, dans le passé, la loi électorale a pu écarter les personnes assistées, les tenanciers de bars, les patrons de bordel, etc.). De façon analogue, il est à noter qu'une exception à une règle ne se trouve pas forcément au même niveau que la règle de principe (imaginons que celle-ci se trouve dans une loi). L'exception peut être ajoutée par le biais d'une norme inférieure (ex. un règlement) à condition que celle-ci soit habilitée à cet effet par une norme ayant le même rang que la règle de principe (ici : la loi, qui habilite le règlement à introduire des exceptions). Voir L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, A. VIDAL-NAQUET, *La norme et ses exceptions*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 45 sqq.

a) *La coutume constitutionnelle au sens faible : l'absence de fondement dans et au-delà du texte de la Constitution de 1868*

Commençons par l'hypothèse de la coutume constitutionnelle au sens faible. Comment savoir si, au Luxembourg, une telle source de droit de rang infra-constitutionnel existe ? Pour d'autres sources de rang infra-constitutionnel, la réponse semble assez simple : il suffit de consulter la Constitution. Pour que la « loi », le « règlement ministériel » ou un « arrêt de la Cour de cassation » soit une source de droit de rang infra-constitutionnel dans un système juridique donné, il faut que cette source soit reconnue par la Constitution ou, à tout le moins, par une autre norme supérieure de droit positif. On raisonne en droit positif. C'est une norme de droit positif qui institue une source de droit. Ne faudrait-il pas raisonner de la même manière pour la coutume constitutionnelle au sens faible ? Or, curieusement, un certain nombre de juristes ont adopté sur ce point une vision théorique différente.

Kelsen affirme que la coutume de rang infra-constitutionnel peut être consacrée, en tant que source de droit positif, soit par la Constitution, soit par la *Grundnorm* (la norme fondamentale) qui n'est plus une norme de droit positif, mais fonde la validité de la première norme de droit positif²⁴². D'un côté, Kelsen dit certes que : « *Als objektiv gültige Rechtsnorm kann aber der subjektive Sinn des Gewohnheitstatbestandes nur gedeutet werden, wenn dieser so qualifizierte Tatbestand in der Verfassung als Rechtsnorm-erzeugender Tatbestand eingesetzt ist* | Mais la signification subjective du fait coutumier ne peut être interprétée comme une norme juridique objectivement valable que si le fait caractérisé de la sorte est institué dans la Constitution comme fait créateur de normes juridiques »²⁴³. Mais il poursuit : « *Wie schon früher betont, kann Gewohnheitsrecht von den rechtsanwendenden Organen nur angewendet werden, wenn die Organe als hierzu ermächtigt angesehen werden können. Wird diese Ermächtigung nicht durch die Verfassung im positivrechtlichen Sinne erteilt [...], dann muss, wenn die Anwendung eines Gewohnheitsrechts und insbesondere eines dem Gesetzesrecht derogierenden Gewohnheitsrechtes als rechtmäßig angesehen werden soll*²⁴⁴, vorausgesetzt werden, dass die Einsetzung der Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand schon in der Grundnorm, als der Verfassung im rechtslogischen Sinne, erfolgt | On l'a affirmé déjà précédemment, le droit coutumier ne peut être appliqué par les organes d'application du droit que si l'on peut admettre que ces organes ont le pouvoir de le faire, c'est-à-dire y ont été habilités. Si cette habilitation ne résulte pas de la Constitution positive [...], on ne pourra considérer l'application d'un droit coutumier, et en particulier d'un droit coutumier dérogeant au droit législatif, comme régulière, que si l'on suppose que l'institution de la coutume comme fait créateur de droit a déjà lieu dans la

²⁴² Lire H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd. (1960), p. 228 *sqq.* ; *Théorie pure du droit*, trad. Eisenmann, p. 299 *sqq.*

²⁴³ *RR*, p. 232 ; *TPD*, p. 304.

²⁴⁴ À titre d'illustration, l'on peut penser ici à la situation de la coutume (des « usages ») en droit commercial en France et au Luxembourg. La validité d'usages commerciaux dérogeant à des lois impératives (coutume *contra legem*) y est admise par la doctrine et les juridictions, sans aucun fondement constitutionnel. Voir M. SALAH, « L'usage *contra legem* », *Les petites affiches*, 8 novembre 1991, n° 134 ; M. SALAH, « Usages commerciaux » (oct. 2007 ; mise à jour : sept. 2011), in *Répertoire de droit commercial*, n° 60 *sqq.* ; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, op. cit.*, n° 31 ; J.-B. BLAISE, *Droit des affaires*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 2007, n° 51. Pour un aperçu historique : F. GARNIER, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle », *Quaderni Fiorentini*, vol. 41, 2012, p. 299 *sqq.*

norme fondamentale, dans la Constitution au sens de la logique juridique »²⁴⁵. Un raisonnement analogue se retrouve aussi sous la plume de Hart²⁴⁶.

L'argument se trouve également, quoique dans un autre cadre théorique, sous la plume de Pierre Pescatore dans son *Introduction à la science du droit*. Au titre de la théorie des sources du droit en droit luxembourgeois, Pescatore affirme, d'une part, que la coutume est une source « subsidiaire » en droit constitutionnel luxembourgeois (« subsidiaire » voulant dire : inférieure au texte de la Constitution²⁴⁷) et, d'autre part, que la coutume tant nationale qu'internationale relève, avec la Constitution (le texte de 1868), des « sources suprêmes », c'est-à-dire des sources qui trouvent leur fondement hors du droit positif. « Ces sources [la Constitution, la coutume nationale, la coutume internationale] ont un fondement méta-juridique, c'est-à-dire qu'elles sont justifiées par des considérations qui dépassent le droit »²⁴⁸. Or, pourquoi faudrait-il admettre qu'une source de rang immédiatement infra-constitutionnel existe, sans être consacrée dans cette Constitution ? Il faudrait à tout le moins un argumentaire théorique puissant. Or celui-ci n'est pas fourni.

Mais, à la limite, admettons cette grille d'analyse : pour que la coutume soit une source de droit de rang infra-constitutionnel dans un système juridique donné, il faut et il suffit qu'elle soit consacrée ou bien dans cette norme supérieure de droit positif qu'est la Constitution²⁴⁹, ou bien dans une norme supérieure de nature méta-juridique, à l'image de la *Grundnorm* chez Kelsen ou des valeurs morales chez Pescatore. À la lumière de cette grille, quelle est la réponse pour le Luxembourg ? Cherchons d'abord dans le droit positif, dans la Constitution, avant d'envisager l'au-delà du droit positif.

Le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868, tel que modifié à ce jour, érige-t-il, en matière constitutionnelle, la coutume en source de rang infra-constitutionnel ? Poser la question d'un fondement de droit positif pour la coutume n'est pas en soi une question absurde, à l'inverse de ce que suggèrent certains auteurs selon lesquels, « par nature », la coutume se déploie et s'impose hors de toute habilitation de la part d'un texte. La riche étude en droit comparé de Katrina Cuskelly montre qu'il existe, dans le monde, de très nombreux textes de droit positif de rang constitutionnel²⁵⁰

²⁴⁵ H. KELSEN, *RR*, p. 232 ; *TPD*, p. 305.

²⁴⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon, 1994, chap. VI, p. 101.

²⁴⁷ Lire P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1978, p. 101 *sqq.*

²⁴⁸ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, p. 129.

²⁴⁹ Par souci de simplification, les autres sources de droit positif pouvant porter sur la matière constitutionnelle (lois, règlements grand-ducaux, règlement interne au parlement, droit princier, *etc.*) ne seront pas analysées.

²⁵⁰ Voir, par ex., art. 66 Const. Namibie 1990 (« Both the customary law and the common law of Namibia in force on the date of Independence shall remain valid to the extent to which such customary or common law does not conflict with this Constitution or any other statutory law ») ; art. 9, 34, 78 Const. Éthiopie 1994 ; art. 2 Const. Libéria 1986 ; section 110, 200 Const. Malawi 1994 ; sect. 237, 265, 280, 282, 288 Const. Nigéria 1999 ; art. 11 Const. Ghana 1992 ; art. 170 Const. Sierra Leone 1991 ; sect. 15, 25, 39 Const. Afrique du sud 1996 ; art. 89, 139 Const. Pérou 1993 ; sect. 22, 25, 35 Const. Canada 1982 ; art. 13, 371A, 371G Const. Inde 1949 ; art. 8, 28, 203B, 247 Const. Pakistan 1999 ; art. V sect. 1 et 2, art. VIII sect. 6 Const. Palau 1979 ; sect. 38 Const. Fidji 1997 ; art. XI sect. 11 Const. Micronésie 1975 (« Court decisions shall be consistent with this Constitution, Micronesian customs and traditions, and the social and geographical configuration of Micronesia. ») ; art. 125, 149 n° 8 Const. Espagne 1978 ; art. 79, 84 Const. Andorre 1993 ; art. 77 Const. France 1958 ; art. 44 § 7 Const. Roumanie 1991 (« Le droit de propriété oblige au respect des charges concernant la protection du milieu environnant et le bon voisinage, ainsi qu'au respect des autres charges qui, selon la loi ou la coutume, incombent au

qui, de manière explicite, reconnaissent à la coutume un certain rang (infra-constitutionnel) et un certain champ d'application (la régulation de tel ou tel domaine de la vie sociale). La problématique est donc, d'abord, une problématique en droit positif. Or, au Luxembourg, les auteurs et acteurs qui allèguent l'existence de la coutume constitutionnelle au sens faible ne citent aucune norme de droit positif à l'appui de leur thèse. Les divers avis du Conseil d'État sont totalement silencieux sur ce point. Il est, en effet, très difficile de débusquer dans le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868 une quelconque habilitation de la coutume.

Déjà le mot « coutume » ne figure nulle part dans le texte de la Constitution luxembourgeoise actuelle, pas plus que quelque autre terme équivalent (« usages », « tradition », *etc.*). L'habilitation de la coutume serait-elle implicite ? Dans ce cas, dans la pénombre de quel article faudrait-il la chercher ? Puisque, en l'espèce, le débat qui nous intéresse porte sur la dissolution, ce serait l'article 74 Const. Or il serait pour le moins osé d'affirmer que l'article 74 Const. consacre non seulement, de manière explicite, le droit de dissolution du grand-duc, mais habiliterait en plus, de manière implicite, certains acteurs socio-politiques (lesquels ?) à définir par voie de coutume de nouvelles restrictions à ce pouvoir. Le Conseil d'État n'en souffle mot, ni dans son avis du 18 juillet 2013, ni dans son commentaire de la Constitution. Le même silence prévaut aussi dans le reste de la doctrine luxembourgeoise. L'habilitation implicite serait-elle à chercher, entre les lignes, dans une disposition plus générale à l'instar de l'article 32 (la souveraineté de la nation) ? Outre d'élire ses représentants et de participer directement, à de rares occasions, à la production de normes écrites (art. 114 Const.), la nation pourrait-elle exprimer sa souveraineté par le biais de la génération de normes coutumières ? Pour l'instant, à une exception près (marginale et totalement oubliée de nos jours²⁵¹), aucun commentateur de la Constitution luxembourgeoise n'a défendu un tel point de vue²⁵².

L'absence d'argument de droit positif est patente également dans le récent manuel de droit constitutionnel luxembourgeois écrit par Paul Schmit, juriste et membre du Conseil d'État, en collaboration avec Emmanuel Servais, haut fonctionnaire au Conseil d'État. L'un des traits saillants de ce manuel est qu'il affirme de façon assez développée, au sein du chapitre relatif aux « caractéristiques de la Constitution [luxembourgeoise] », « la place de la coutume dans la Constitution »²⁵³. C'est une innovation. C'est le premier manuel de droit constitutionnel au Luxembourg à affirmer cette thèse. Dans les deux manuels classiques, antérieurs – celui de Paul Eyschen²⁵⁴ et celui de Pierre Majerus²⁵⁵ –, la

propriétaire »). Lire K. CUSKELLY, *Customs and Constitutions: State Recognition of Customary Law around the World*, Draft for Comments. IUCN Regional Environment Law Programme, Asia (2010), consultable sur internet : http://cmsdata.iucn.org/downloads/customs_and_constitutions_15_09_10.pdf. Selon cette étude, sur un total de 172 constitutions contemporaines étudiées, 104 comportaient une référence à la coutume.

²⁵¹ Léon METZLER, *Mélanges de droit luxembourgeois*, Bruylant/J. Beffort, Bruxelles/Luxembourg, 1949, p. 293 *sqq.* (« La coutume constitutionnelle »). Sur la thèse de cet auteur, voir *infra* point c.

²⁵² Sur la définition habituelle de la souveraineté de la nation, voir P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, p. 128 *sqq.*, 132 *sqq.*; *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution*, p. 138 *sqq.*; P. SCHMIT, *Précis de droit constitutionnel*, p. 26 *sq.*

²⁵³ C'est l'intitulé du point 4.1.3, pages 83 à 86 de P. SCHMIT, *Précis de droit constitutionnel. Commentaire de la Constitution luxembourgeoise*, Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 2009.

²⁵⁴ Voir l'absence de toute mention de la coutume dans l'index et les pages relatives à la Constitution et aux sources du droit chez P. EYSCHEN, *Staatsrecht* (1910), p. 13 *sqq.*

coutume n'est pas même évoquée. Le même constat d'absence, de silence, se vérifie dans d'autres exposés systématiques du droit constitutionnel luxembourgeois²⁵⁶. L'intitulé qui peut prêter à confusion (que veut dire « dans la Constitution » ?) est clarifié par la suite : Paul Schmit distingue entre, d'une part, la « coutume *contra legem* » à valeur abrogatoire, qui est catégoriquement rejetée²⁵⁷, et, d'autre part, la « coutume *praeter legem* » qui, à l'inverse, est admise comme une source du droit constitutionnel luxembourgeois. Précisons aussi que l'auteur situe la coutume *praeter legem* « à côté du texte écrit »²⁵⁸. Cette formule pourrait signifier que la coutume a, au sein de la hiérarchie des normes, le même rang que le droit constitutionnel écrit. Dans ce cas, si la coutume est postérieure, elle devra l'emporter sur le texte en vertu de la règle *lex posterior*. Dès lors, la coutume *praeter legem* ne se différencierait plus de la coutume *contra legem* et la récusation énoncée par Paul Schmit à l'égard de celle-ci vaudrait aussi à l'égard de celle-là. Aucune coutume ne serait donc, en vérité, admise. Toutefois, puisque l'auteur insiste dès le départ sur l'existence d'une différence entre deux types de coutume constitutionnelle, admettons donc que la formule « à côté du texte écrit » est maladroite, voire erronée, et peut être ignorée par le lecteur. Si la coutume dite *praeter legem* a une identité propre, il ne peut s'agir que de ce que j'appelle la coutume constitutionnelle au sens faible : des normes coutumières de rang infra-constitutionnel, mais portant sur une matière constitutionnelle (la thèse de la « coutume interprétative à effet pétrificateur » étant inconcevable pour les raisons évoquées plus haut, elle ne sera plus évoquée ici). Quel serait le fondement en droit positif luxembourgeois d'une telle coutume *praeter legem* ? Paul Schmit ne cite pas d'article de la Constitution luxembourgeoise. À la place, il avance deux types d'arguments.

Le premier argument est un renvoi à la doctrine. « La doctrine ne conteste pas l'existence en droit constitutionnel de la coutume, surtout si elle se présente dans la forme '*praeter legem*' »²⁵⁹. La doctrine (on imagine :

²⁵⁵ L'index du manuel de Pierre Majerus ne renvoie, sous le *verbo* « coutume », qu'à la succincte introduction de théorie générale du droit (*L'État luxembourgeois*, 6^e éd., 1990, p. 21-24) où est évoquée aussi la coutume (p. 24). Or le propos se limite à deux affirmations : d'une part, il est affirmé de manière générale que « la coutume ne peut jamais déroger à une règle d'ordre public » et, d'autre part, Majerus, auteur d'un manuel de droit constitutionnel et administratif, se contente de citer le droit civil et, surtout le droit commercial, comme branches où la coutume serait présente. Il n'est question d'une coutume constitutionnelle ni à cet endroit, ni par la suite, lorsque l'auteur aborde la dogmatique du droit constitutionnel et administratif luxembourgeois. Lorsqu'il définit la Constitution luxembourgeoise (p. 22, p. 43-49), il n'évoque jamais la coutume constitutionnelle. Au contraire, il affirme de façon tranchante : « La Constitution est une constitution écrite du système rigide. Elle est écrite, comme la loi ordinaire, et non pas coutumière, comme par exemple la Constitution anglaise ». Par la suite, il n'évoque aucune norme coutumière, que ce soit, par exemple, en matière de dissolution (p. 169, 220) ou sur d'autres questions (voir, par ex., p. 173, où il évoque des « usages politiques », mais non une coutume constitutionnelle).

²⁵⁶ Lire par ex. R. FRAUENBERG, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, op. cit. ; P. PESCATORE, *L'organisation générale de l'État au Grand-Duché de Luxembourg*, 2^e éd., Luxembourg, 1953 ; M. THEWES, « Le régime politique du Grand-Duché de Luxembourg » in Y. GUCHET (dir.), *Les systèmes politiques des pays de l'Union européenne*, Paris, Colin, 1994, p. 313 sqq. ; J. THILL & L. FRIEDEN, « The Grand-Duchy of Luxembourg » in L. PRAKKE & C. KORTMANN (dir.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 549 s ; *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution, etc.*

²⁵⁷ P. SCHMIT, op. cit., p. 83 : « La coutume ne saurait cependant revêtir de caractère supra-constitutionnel qui lui permettrait de lier le constituant lui-même. Elle ne saurait non plus comporter d'effet *contra legem* qui reviendrait à abroger ou du moins à suspendre l'effet de telle disposition écrite de la Constitution. Cette conception se heurterait en effet à la règle de l'article 113 de la Constitution ». Voir article 113 : « Aucune disposition de la Constitution ne peut être suspendue ».

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 83.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 83.

luxembourgeoise) vaut-elle argument de droit positif (luxembourgeois) ? Ce serait le cas si la doctrine citée se référait à une norme du droit positif. Or à quelle doctrine se réfère P. Schmit, car, comme déjà indiqué, la quasi-totalité des auteurs luxembourgeois qui se sont penchés sur le droit constitutionnel luxembourgeois (Eyschen, Frauenberg, Majerus, L. Frieden, M. Thewes, *etc.*) ne parlent pas de coutume ? Paul Schmit cite d'abord des propos de théorie générale de l'État développés dans le manuel français de Frédéric Rouvillois²⁶⁰. Or, la théorie générale de l'État a certes, en principe, une portée potentiellement universelle (« générale »), mais son objectif cognitif n'est pas d'indiquer pour chaque pays (en particulier pas pour le Luxembourg) le système des sources en vigueur. Son objectif est d'esquisser une classification abstraite des types de sources. La théorie générale de l'État ne peut donc servir de fondement pour valider la prétention de la coutume au rang de source juridique au Luxembourg. La question des sources est une question que chaque système règle lui-même, en fonction de son droit positif et de sa *rule of recognition*, et c'est la théorie particulière à cet État qui présente le système des sources en vigueur. Paul Schmit cite ensuite l'ouvrage luxembourgeois *Introduction à la science du droit* écrit par Pierre Pescatore. Outre des propos de théorie générale du droit, cet ouvrage se veut aussi être une théorie (particulière) du droit luxembourgeois. Comme déjà dit, Pescatore affirme que la coutume est une source « subsidiaire » en droit constitutionnel luxembourgeois, « subsidiaire » voulant dire : inférieure au texte de la Constitution²⁶¹. Or le propos de Pescatore est des plus succincts. Il allègue davantage l'existence de la coutume qu'il ne la prouve²⁶². En tout cas, il ne cite aucune norme de droit positif au titre du fondement de cette coutume, pour la bonne raison qu'il estime, comme déjà dit, que la coutume nationale constitue, à côté de la coutume internationale et de la Constitution, une « source suprême » qui trouve son fondement hors du droit positif²⁶³. Pescatore renvoie donc la question vers le niveau méta-juridique, sans indiquer toutefois selon quelle méthode il est possible à un juriste (luxembourgeois) de savoir pourquoi, et comment, le niveau méta-juridique au Luxembourg consacre la coutume en tant que source infra-constitutionnelle. Le mystère reste donc entier chez Pescatore. Quant à Paul Schmit, il s'avance en partie sur ce terrain délicat à travers son second argument.

Le deuxième argument avancé par P. Schmit est conséquentialiste : il a trait aux effets politiques regrettables qu'aurait le rejet de la coutume. « Il faut sans doute concéder une place relativement importante à la coutume *praeter legem* dans la Constitution luxembourgeoise. En effet, le compromis trouvé en 1868 [...] a consisté à réaffirmer sur le *plan politique* les principes démocratiques qui avaient prévalu en 1848, *tout en ménageant dans le texte écrit* le principe monarchique »²⁶⁴. « Nombre de pratiques institutionnelles, comme le droit de la Chambre des députés de retirer sa confiance au gouvernement en vue de l'obliger à démissionner, ne sont pas explicitement prévues dans la Constitution, mais sont unanimement reconnues comme

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 84, citant F. ROUVILLOIS, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 2002, p. 121 s.

²⁶¹ Lire P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1978, p. 101 *sqq.*

²⁶² Le caractère « théorique », artificiel, de la proclamation de la coutume en tant que source du droit constitutionnel chez Pescatore se révèle également lorsqu'il est amené à faire de la dogmatique du droit constitutionnel luxembourgeois. Dans ses écrits de ce type, la coutume est très peu présente. Voir *infra* note 300.

²⁶³ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, p. 129.

²⁶⁴ P. SCHMIT, *op. cit.*, p. 84 (souligné par moi). Lire aussi la préface, p. 11 *sq.*

étant *nécessaires pour assurer l'équilibre entre les pouvoirs (...)*²⁶⁵. Ici on retrouve une constellation politique et idéologique intéressante que j'appellerai par la suite (voir *infra* point c) « la mue libérale et démocratique de la coutume ». Puisque le texte écrit est en retard sur la pratique politique, plus démocratique, il est urgent et légitime, en démocratie, d'admettre le rôle de la coutume. Notons simplement ici qu'il ne s'agit pas d'un fondement de droit positif, mais d'un argument méta-juridique. Celui-ci mobilise, de manière implicite, un horizon axiologique — une constellation de valeurs — qui, certes, est en soi concevable, et qui n'est pas sans certains attraits, mais qui ne correspond pas, ainsi qu'on le verra (voir *infra* point c), à la *rule of recognition* qui, au Luxembourg, sous-tend le droit positif.

À titre de conclusion d'étape, à supposer que la coutume constitutionnelle invoquée au Luxembourg doive être comprise comme une coutume constitutionnelle au sens faible, il s'avère que celle-ci est dépourvue de tout fondement, en droit positif et, comme on le verra, hors du droit positif (voir point c). Reste alors la thèse de la coutume constitutionnelle au sens fort, qui, seule, est encore susceptible de fonder les affirmations du Conseil d'État dans son avis du 18 juillet 2013.

b) La coutume constitutionnelle au sens fort : l'absence de fondement dans le texte de la Constitution de 1868

À première vue, le fondement de la coutume constitutionnelle au sens fort (celle qui aurait le même rang que les normes du texte constitutionnel) doit être cherché dans une norme se situant *au-delà* du texte de la Constitution, dans une norme *méta-juridique*²⁶⁶ qui fonderait et articulerait la partie écrite de la Constitution et sa partie non écrite, coutumière. Si telle est une piste de recherche (voir *infra* point c), il en existe une autre qu'il convient d'évoquer d'abord. Celle-ci consiste — aussi surprenant que cela puisse paraître à première vue — à chercher le fondement de la coutume constitutionnelle au sens fort dans le texte de la Constitution.

Peu analysé sur le plan théorique (bien qu'il soit déjà utilisé en dogmatique), ce raisonnement peut de prime abord dérouter. Pourtant, il ne fait que transposer à la coutume constitutionnelle au sens fort un raisonnement parfaitement admis en ce qui concerne les révisions constitutionnelles. Entre les révisions et les coutumes constitutionnelles au sens fort, il existe en effet une analogie car chacune de ces sources vise, de manière différente, à modifier la Constitution (à en abroger des normes). Or, en ce qui concerne la révision, il est à noter que celle-ci occupe une position quelque peu étrange dans la hiérarchie des normes : elle est à la fois en dessous de la Constitution et au même niveau. C'est spécialement l'école de Vienne qui a attiré l'attention sur ce phénomène intrigant²⁶⁷. Les normes que sont les révisions sont produites en vertu de la Constitution et,

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 85 (souligné par moi).

²⁶⁶ Un mot sur le mot « méta-juridique ». Par convention linguistique, et afin de faciliter la compréhension du débat, j'entends par « méta-juridique » ce qui est « au-delà du droit positif ». Le « juridique » est donc, ici, par stipulation, défini en référence au seul droit positif. Le terme « méta-juridique » ne vaut pas, *ipso facto*, adhésion à une définition positiviste du droit, puisque ce terme peut être utilisé à la fois par des positivistes et des jusnaturalistes.

²⁶⁷ Voir en particulier C. GRABENWARTER, « Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung », in O. DEPENHEUER & C. GRABENWARTER (dir.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 401.

de ce point de vue (du point de vue de leur création), elles doivent être considérées comme des normes inférieures à la Constitution²⁶⁸. La hiérarchie est établie ici en fonction du critère de la « *rechtliche Bedingtheit* ». Or, d'un autre point de vue — le critère qu'Adolf Merkl appelait « *derogatorische Kraft* », la force dérogatoire (d'aucuns parlent aussi, de nos jours, de la force d'invalidation)²⁶⁹ —, les révisions se situent au même niveau que la Constitution puisqu'elles peuvent détruire (abroger) les normes consacrées dans le texte originel de la Constitution. Le constat qu'une même norme peut, selon le critère appliqué, se situer à différents endroits de la hiérarchie des normes avait déjà été fait par Merkl²⁷⁰. En revanche, ce constat n'a jamais été invoqué ni approfondi dans le débat sur le fondement de la coutume constitutionnelle.

Le raisonnement est toutefois d'ores et déjà présent en dogmatique juridique : il est utilisé en quelque sorte de façon inconsciente, a-théorique, par divers dogmaticiens du droit qui, soit afin de fonder la coutume constitutionnelle au sens fort, soit (le plus souvent) afin de l'écarter, se réfèrent à quelque disposition du texte de la Constitution. Ainsi, au Luxembourg, pour écarter toute coutume constitutionnelle *contra constitutionem*, Paul Schmit invoque l'article 113 de la Constitution luxembourgeoise de 1868²⁷¹. En Belgique, de nombreux auteurs aboutissent au même résultat, en invoquant l'article 33 alinéa 2 de la Constitution belge (« Tous les pouvoirs émanent de la nation. Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution »)²⁷². Plus fréquemment, dans divers pays, les auteurs citent la disposition établissant la procédure spéciale de révision²⁷³. Au sujet de la procédure de révision, l'on peut en effet noter deux points.

D'une part, à ma connaissance, il n'existe aucun texte constitutionnel dans le monde qui, de manière explicite, à titre exclusif ou alternatif (à côté de la procédure de révision), ait érigé la coutume en mode d'abrogation (implicite) des normes du texte constitutionnel. En tout cas, la Constitution luxembourgeoise de 1868 est totalement muette sur une telle habilitation. D'autre part, la présence même de la procédure de révision peut être considérée, à la lumière du culte voué par le constitutionnalisme moderne à

²⁶⁸ Voir A.J. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz » (1918), reproduit in A.J. MERKL, *Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, t.1-1, 1993, p. 227 *sqq.*

²⁶⁹ Sur les deux critères utilisés par Merkl et l'école de Vienne, voir par ex. R. WALTER, *Der Aufbau der Rechtsordnung. Eine rechtstheoretische Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre*, 2^e éd., Manz, Wien, 1974, p. 53 *sqq.* ; T. ÖHLINGER, *Der Stufenbau der Rechtsordnung. Rechtstheoretische und ideologische Aspekte*, Wien, Manz, 1975 ; S.L. Paulson, « Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die allgemeine Rechtslehre », in R. WALTER (dir.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz, 1990, p. 93 *sqq.* ; M. BOROWSKI, « Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl », in S.L. PAULSON & M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 2003, p. 122 *sqq.* ; C. GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 391 *sqq.* ; O. PFERSMANN, « Production des normes : production normative et hiérarchie des sources », in M. TROPER & D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 2, 2012, p. 483 *sqq.*

²⁷⁰ Voir A. MERKL, « Die Lehre von der Rechtskraft. Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues », *Kelsen Festschrift*, 1931, p. 277 *sq.*

²⁷¹ Voir *supra* note 257.

²⁷² Voir H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », *op. cit.*, p. 582, 588 *sq.*

²⁷³ Voir, en France, les propos classiques de R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État* (1920-22), réimp., Paris, Dalloz, 2004, t. 2, p. 582 note 10, ou, en Allemagne, l'opinion pionnière, mais longtemps isolée, de Joseph PÖZL, *Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts*, München, Literarisch-artistische Anstalt, 1851, § 14, p. 23 (sur l'acceptation de la coutume constitutionnelle au sens fort par la doctrine allemande du XIX^e siècle, voir G. MEYER & G. ANSCHÜTZ, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 7^e éd., 1919, p. 58 *sq.*, 234).

l'idéal du Code, comme excluant implicitement²⁷⁴ l'abrogation des normes du texte par voie coutumière. Le nouvel esprit de 1789 se caractérise en effet, tant en droit privé (excepté le droit commercial) qu'en droit public, par une récusation de cette source du droit, incertaine, obscure et ancestrale, qu'est la coutume. Dans l'esprit de la modernité, — mis à part le cas rare d'une révolution, où le souverain brise de manière violente toutes les formes —, la *souveraineté du peuple/de la nation s'exprime de manière canalisée et formalisée* : le peuple s'exprime soit par les élections soit par des votations (référendum, initiative populaire, consultation). À rebours des idées défendues par le célèbre juriste romain Julien (II^e siècle après J.-C.)²⁷⁵, par la théorie classique de la *common law* anglaise des XVII^e et XVIII^e siècles²⁷⁶, par René Capitant au XX^e siècle²⁷⁷ et par divers autres auteurs²⁷⁸, dans la théorie des Lumières *la coutume n'est pas conçue comme un mode d'expression de la souveraineté du peuple*²⁷⁹. Or c'est dans l'héritage culturel des Lumières que s'inscrit le texte de la Constitution luxembourgeoise et l'interprétation habituelle de celui-ci.

Rien ne permet donc de penser que le texte de la Constitution luxembourgeoise reconnaisse, même de façon implicite, la coutume constitutionnelle au sens fort. Reste alors la dernière option, celle qui consiste à se tourner vers « l'au-delà » de la Constitution luxembourgeoise.

c) L'absence de fondement méta-juridique de la coutume constitutionnelle au sens fort : la rule of recognition du système juridique luxembourgeois

Existe-t-il une norme méta-juridique qui, au Luxembourg, érigerait la coutume constitutionnelle au sens fort en source du droit ? Cette

²⁷⁴ L'exclusivité de la procédure de révision pour modifier la Constitution est parfois affirmée de manière explicite. Voir *Const. française de 1791*, titre VII, art. 8 ; sect. 52 du *Constitution Act 1982* (Canada) ; art. 95 al. 1^{er} Forme de Gouvernement de 1919 (Finlande).

²⁷⁵ *Digeste*, liv. 1, tit. 3, 32, § 1 : « Une coutume ancienne est observée avec raison comme une loi : c'est ce qu'on appelle le droit établi par l'usage ; car puisque les lois ne nous obligent qu'à cause du suffrage de la nation, ce qui a été approuvé par tout le peuple doit obliger tout le monde ; et qu'importe en effet que le peuple ait manifesté sa volonté par le suffrage ou par un usage inviolablement observé ? Par la même raison, on a sagement établi que les lois pourraient être abrogées, non seulement par la volonté du législateur, mais aussi par le non-usage appuyé du consentement tacite de toute la nation » (http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html).

²⁷⁶ Sur la prétention de la *common law*, présentée alors comme un droit coutumier, d'être un droit aussi, voire plus démocratique que le droit écrit posé par les autorités de l'État, voir L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 178 sq. William BLACKSTONE, dans ses célèbres *Commentaries on the Laws of England* (1^{re} éd., 1765-69, t. 1, p. 74 sq.), déclarait ainsi : « *For since, says Julianus, the written law binds us for no other reason but because it is approved by the judgment of the people, therefore those laws which the people hath aproved without writing ought also to bind everybody. For where is the difference, whether the people declare their assent to a law by suffrage, or by a uniform course of acting accordingly ?* ».

²⁷⁷ Sur la pensée de Capitant, voir *infra* point c.

²⁷⁸ Voir, par ex., le civiliste français Alexandre Duranton qui, au début du XIX^e siècle, dans le sillage de Julien, arguait qu'il importait peu « que les citoyens aient manifesté leur volonté par l'émission de leurs suffrages ou par leurs actes » (*Cours de droit civil français*, 1825-1837, cité d'après J.C. MAESTRE, « A propos des coutumes et des pratiques constitutionnelles : l'utilité des Constitutions », *RDP*, 1973, p. 1279). Voir aussi H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p. 310 sq.

²⁷⁹ Vision que résume l'article 3 de la Constitution française de 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Voir aussi Art. 20 al. 2 Grundgesetz : « *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt* ».

interrogation nous oblige à nous avancer dans une région de l'univers intellectuel du juriste qui, d'habitude, est rejetée ou, du moins, est vue avec malaise et méfiance. Pourquoi le juriste devrait-il s'intéresser à un quelconque « au-delà » du droit positif ? Existe-t-il ? On connaît les railleries des positivistes du XIX^e siècle à l'égard de ce que, de façon ironique, Gerber avait appelé le « *Vorspiel im philosophischen Himmel* »²⁸⁰, le prélude dans le ciel philosophique. Or, déjà Kelsen, au XX^e siècle, avait ouvert une brèche dans cette posture isolationniste des positivistes en étant obligé, en vertu de la distinction entre *Sein* et *Sollen*, à introduire le concept de *Grundnorm* dans l'outillage des juristes scientifiques positivistes²⁸¹. De la même façon, on notera la présence importante chez les constitutionnalistes, y compris « positivistes », de la figure du pouvoir constituant ou, plus généralement, du concept de souveraineté qui, tous les deux, se situent en amont et au-delà de la Constitution positive²⁸². La problématique de la coutume constitutionnelle au sens fort démontre, à son tour, que le juriste ne peut faire l'impasse d'un certain « au-delà ». Toute la question est de savoir avec quels outils, selon quelle méthode, l'appréhender. Afin d'y voir plus clair, il faut cerner de plus près le contexte dans lequel se pose ici la question d'un « au-delà ».

Dans d'autres contextes, la question de l'articulation du juridique (*i. e.* droit positif) et du méta-juridique se pose souvent comme suit. Le point de départ du droit positif est certain, acquis : il s'agit de la Constitution. Celle-ci est la porte d'entrée dans le système juridique de droit positif puisqu'elle contient les normes définissant, sinon toutes les autres sources de droit positif, du moins les sources les plus importantes (la révision et, surtout, la loi), qui, à leur tour, par la suite, définiront le régime juridique des autres ou d'autres sources de droit. Quant à la Constitution elle-même, son identité ne pose pas de problème. Sa délimitation est certaine et admise de tous. Dans tel système donné, on admet que la Constitution est représentée par un certain texte (intitulé « Constitution », « Loi fondamentale », *etc.*), un ensemble de textes (le « bloc de constitutionnalité » en droit français actuel) ou tel ensemble de normes coutumières. La première strate de l'ordre juridique est délimitée de façon nette et précise. Ce qui pose tout au plus problème dans ce contexte est de savoir si le juriste, dans ce pays, peut se contenter de ce point de départ (certain) ou s'il doit remonter au-delà, s'il doit s'intéresser (pour quelle raison ?) à une strate méta-juridique, qui serait le point de départ méta-juridique avant le point de départ de droit positif. De manière imagée, on peut dire que, dans ce type de problématique, le juriste est positionné sur cette terre ferme qu'est le point de départ du droit positif (la « Constitution ») et il regarde vers le haut, au-delà, vers le méta-juridique. Pourquoi ? Dans les diverses théories jusnaturalistes, le juriste doit aller chercher, en partie, le sens des normes de la première strate de droit positif dans l'idéal du juste (Dieu, le cosmos, la raison, les valeurs, *etc.*). Chez Kelsen, le juriste scientifique, pour penser cette « Constitution » en tant que norme, en tant que *Sollen*, a besoin d'un ultime *Sollen*, d'une norme qui n'est pas/plus de droit positif, mais qui fonde la prétention à la normativité de la Constitution. Il s'agit de la *Grundnorm* (norme

²⁸⁰ C.F. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 3^e éd., Leipzig, Tauchnitz, 1880, Beilage III : « Abgränzung des Staatsrechts », p. 238.

²⁸¹ R. WALTER, « Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm », in *id.* (dir.), *Schwerpunkte der reinen Rechtslehre*, Wien, Manz, 1992, p. 47 *sqq.*

²⁸² E.W. BÖCKENFÖRDE, « Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts », repris in *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2^e éd., Frankfurt, Suhrkamp, 1992, p. 90 *sqq.* Sur le caractère méta-juridique du concept de souveraineté, voir R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 2, p. 145.

simplement supposée, hypothétique) qui énonce : « *Man soll sich so verhalten, wie die Verfassung vorschreibt* (On doit se conduire de la façon prescrite par la Constitution) »²⁸³.

À l'inverse, la problématique qui nous préoccupe ici, au Luxembourg, s'inscrit dans une autre perspective. Le juriste luxembourgeois n'a pas, sous les pieds, cette terre ferme qu'est la « Constitution ». Il existe une *controverse* sur la délimitation exacte de la première strate de droit positif du système juridique. La « Constitution », au Luxembourg, se limite-t-elle à ce texte intitulé « Constitution » (et daté de 1868, avec les ajouts textuels ultérieurs) ou englobe-t-elle également, au même niveau, la coutume constitutionnelle ? Ce dont le juriste luxembourgeois a besoin, en l'espèce, est un *critère discriminant lui permettant de délimiter la première strate du droit positif interne*. Il lui faut savoir si l'entrée dans le système juridique luxembourgeois se fait par une porte (le texte « Constitution ») ou par deux portes (le texte et la coutume). Son regard n'est pas orienté du bas (le droit positif) vers le haut (le méta-juridique), comme dans la constellation précédente, mais du haut vers le bas. Il lui faut, pour le dire avec Hart, une « *rule of recognition* ». Il lui faut un critère (normatif : une « *rule* »), qui lui permette de savoir ce qui est, et ce qui n'est pas, juridique — plus exactement : « constitutionnel » — dans son pays. Il lui faut une norme (forcément méta-juridique, pré-positive, donc : axiologique, morale) qui l'oriente vers la porte d'entrée du système de droit positif, qui lui indique la première strate de normes de droit positif de son système. Il lui faut savoir comment cerner, penser (à partir de quel point de départ ?) le droit positif.

Ce faisant, le juriste est bien obligé de s'avancer aux confins du droit positif, de se situer *en amont* du droit positif. Cela n'est pas impossible car le juriste le fait déjà. Au Royaume-Uni, avant l'adhésion à l'UE, les juristes avaient une réponse très nette : l'univers du juriste (britannique) était scindé en deux (théorie du dualisme) et, à l'intérieur de la sphère du droit interne, la première strate du droit positif était formée par les lois du parlement (principe de la souveraineté du parlement). Au Luxembourg, il existe déjà un début de réponse puisque tous les acteurs du système juridique (élus, juges, doctrine, *etc.*) admettent, depuis le XX^e siècle, voire le XIX^e siècle, que le droit international est, au sein de l'ordre juridique (conception moniste, et non dualiste), la première strate, avant même le droit constitutionnel. Ce qui pose problème au Luxembourg, à l'heure actuelle, est la définition de la première strate du droit positif interne. La question n'est donc pas *si* le juriste luxembourgeois (ou tout autre juriste) a besoin de recourir à un « au-delà » ; la véritable question est de savoir *comment* le faire.

À ce sujet, d'aucuns vont penser au concept kelsénien de *Grundnorm*. Or, celui-ci est en l'espèce sans intérêt. Dès lors que son contenu (supposé) se réduit à : « On doit obéir à la Constitution posée et effective », sans que ne soit défini ce qu'il faut entendre concrètement, dans un système donné, par « Constitution », le concept de *Grundnorm* tel que conçu par Kelsen ne répond pas à la question qui nous préoccupe ici²⁸⁴. Il y a, également, la

²⁸³ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., Wien, 1960, p. 204 ; *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 266. Voir aussi la définition, plus explicite, *RR*, 2^e éd., p. 219 : « *Man soll sich der tatsächlich gesetzten und wirksamen Verfassung gemäss verhalten* » ; *TPD*, p. 287 : « On doit se conduire conformément à la Constitution effectivement posée et efficace ».

²⁸⁴ Sur le caractère abstrait de la norme fondamentale qui présuppose, mais ne détermine pas elle-même le concept concret de Constitution dans un système donné, voir R. Alexy, « Hans Kelsens Begriff der Verfassung » in S.L. PAULSON & M. STOLLEIS (dir.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 2003, p. 343 sqq. (« *Die Abstraktheit der Grundnorm* »). Le concept de *Grundnorm* tel que défini

théorie jusnaturaliste des Lumières qui, en Raison (universelle), indique au juriste, à tout juriste, qu'au point de départ du droit positif se situe la Constitution, comprise comme un Code constitutionnel, un code qui ne laisse aucune place à une éventuelle coutume, mais qui, en revanche, s'appuie sur le droit naturel, la Raison. Or, partir de ce point de départ supposerait de souscrire à une ontologie du droit très lourde (cognitivisme éthique et universalisme). Un autre outil possible est celui de la *rule of recognition* de Hart. Celle-ci est plus intéressante pour le juriste luxembourgeois que la *Grundnorm* de Kelsen, puisque sa finalité est précisément de fournir une norme²⁸⁵ permettant d'identifier les normes du système juridique²⁸⁶ (ici : les premières normes, celles de rang constitutionnel). Elle situe en outre la réponse à la question non dans quelque raison abstraite, universelle, mais dans la communauté sociale donnée. Hart souligne en outre, à juste titre, que la définition de cette règle de reconnaissance, le plus souvent implicite, car basée sur une pratique concordante – Hart en parle en termes de « *accepted but unstated rule* »²⁸⁷ –, peut donner lieu à des controverses : « *There are certainly situations in which questions as to the precise content and scope of this kind of rule, and even as to its existence, may not admit of a clear or determinate answer* »²⁸⁸.

Ceci nous amène au cas luxembourgeois où, précisément, la définition de la *rule of recognition* doit, au regard de l'avis du Conseil d'État de 2013 et, plus généralement, de la discussion actuelle sur l'avenir de la Constitution, être clarifiée. Selon Hart, d'un point de vue externe, l'existence et le contenu de la règle de reconnaissance d'un système donné peuvent être constatés. La règle de reconnaissance peut être dégagée de l'observation de la pratique (sous-entendu : de la pratique historique, *i. e.* antérieure au moment où le juriste, praticien ou savant, se pose la question). Toutefois, le praticien, qui, lui, raisonne selon le *point de vue interne*, ne peut se contenter de constater simplement cette pratique, ce fait historique. Son regard est tourné vers l'avenir. Il doit se demander si, dans le cas

par Kelsen entend répondre à la problématique de la validité de la première strate de normes de droit positif, elle ne prend pas en charge la question de la délimitation du droit positif (sur les trois fonctions possibles d'un concept de *Grundnorm*, voir R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2^e éd., Alber, Freiburg, 1994, p. 170 *sqq.*).

²⁸⁵ Si, du point de vue externe, la *rule of recognition* acquiert le statut de « *fact* », de fait social et historique que l'observateur constate, du point de vue interne (qui nous intéresse ici), la *rule of recognition* est en revanche une « *rule* », une norme (que l'acteur du système juridique admet, ou non). Voir à ce sujet le propos crucial, et explicite, de H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 122 : « *We need to remember that the ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view : one is expressed in the external statement of fact that the rule exists in the actual practice of the system; the other is expressed in the internal statement of validity made by those who use it in identifying the law* ». *Ibid.*, p. 114 : « *This amounts to replacing the simple conception that the bulk of society habitually obey the law [la théorie d'Austin, critiquée par Hart] with the conception that they must generally share, accept, or regard as binding the ultimate rule of recognition specifying the criteria in terms of which the validity of laws are ultimately assessed* ». Cette facette de la théorie de Hart est souvent ignorée (exemple : R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 194 *sqq.*), ce qui aboutit à des critiques infondées.

²⁸⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 94 : « *This [rule of recognition] will specify some feature or features possession of which by a suggested rule is taken as a conclusive affirmative indication that it is a rule of the group to be supported by the social pressure it exerts* ». Autre définition, plus resserrée (p. 105) : « *The rule of recognition providing the criteria by which the validity of other rules of the system is assessed is in an important sense [...] an ultimate rule.* » Par « *validity* », Hart entend l'appartenance au système juridique. Lire aussi la définition citée dans la note suivante 287. Pour une analyse, voir N. MACCORMICK, H.L.A. Hart, 2nd ed., Stanford UP, 2008, chap. 10 ; Ph. GÉRARD, « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 65-83.

²⁸⁷ Par ex. *The Concept of Law*, p. 110. Voir aussi p. 110 : « *[...] the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria* ».

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 109. Voir aussi les exemples analysés p. 117 *sqq.*

d'espèce à trancher, il *adhère* à cette pratique (historique). Il est donc placé devant un choix normatif de nature morale, politique, idéologique : existe-t-il des raisons valables d'adhérer à cette *rule of recognition* historique, et ainsi de la perpétuer pour l'avenir, ou, au contraire, convient-il de reformuler, d'infléchir, voire de récuser cette *rule of recognition* ? La *rule of recognition* est donc fragile au sens où, nonobstant une image de stabilité, ce consensus (cette pratique partagée) doit être constamment renouvelé. La règle de reconnaissance n'est que le reflet d'un tissu de consentements sans cesse reproduits par les innombrables acteurs du système. Ce fondement ultime qu'est la *rule of recognition* doit être confirmé de jour en jour, et spécialement dans des moments historiques critiques (« existentiels ») : lors d'un coup d'État ou d'une révolution, violente ou pacifique. La problématique qui nous occupe au Luxembourg doit donc être subdivisée en deux questions distinctes. La première, factuelle et historique, vise à établir quel était ce consensus social fondateur avant l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2013 : la *rule of recognition* historique au Luxembourg (*i. e.* juste avant l'avis du Conseil d'État) reconnaissait-elle la coutume constitutionnelle à égalité avec le texte constitutionnel ? Sur ce point, ainsi qu'on le verra, la réponse est négative. La seconde question, qui fait appel à un jugement de valeur, est de savoir si, à la suite de l'avis du Conseil d'État et en vue de l'avenir de l'ordre constitutionnel luxembourgeois, il y a lieu d'opérer un infléchissement de cette *rule of recognition* historique et d'adopter une autre règle de reconnaissance qui, elle, reconnaîtrait la coutume constitutionnelle au sens fort. Pour ma part, la réponse est négative. Il n'existe, à mes yeux, aucun argument de valeur pouvant justifier un tel infléchissement.

Abordons donc la question empirique, historique : la *rule of recognition* sous-tendant, avant l'avis du Conseil d'État du 18 juillet 2013, le droit (constitutionnel) positif du Luxembourg consacrait-elle le rôle de la coutume constitutionnelle au sens fort ? L'interrogation n'est pas totalement dénuée de sens. Au Luxembourg, certains, à l'instar de Léon Metzler, ont prôné un tel modèle de constitutionnalisme, et ce dans un contexte politique général qui pouvait servir de terreau fertile. Mais, en l'espèce, la graine n'a pas germé. Ce modèle culturel (ce modèle de *rule of recognition*) ne s'est pas ancré dans l'imaginaire collectif qui sous-tend la Constitution luxembourgeoise.

Le terreau fertile. La révolution de la modernité aurait pu, définitivement, sonner le glas de la coutume en tant que source du droit. Mis à part le cas spécial, et historique²⁸⁹, de l'Angleterre, la coutume, en matière constitutionnelle, est vue avec méfiance par les Lumières et leurs disciples. Archaïque, obscure, la coutume renvoie à un autre âge avec lequel il s'agit de rompre. L'instrument de la césure est le droit écrit, issu d'une volonté censée être guidée par les lumières de la raison. On s'attendrait donc à ce que, au lendemain de 1789, seuls les avocats de la réaction, à l'instar de Joseph de Maistre, continuent en Europe continentale à défendre la place de

²⁸⁹ Contrairement à ce qui, en Europe continentale, continue d'être affirmé par nombre de manuels, la Constitution britannique actuelle n'est pas « coutumière ». La doctrine britannique contemporaine ne la qualifie pas de « *customary Constitution* », mais de « *unwritten Constitution* ». Celle-ci est composée d'une pluralité de sources juridiques dont, en premier lieu, les lois parlementaires (*statute law*) et la *common law* (qui est un droit jurisprudentiel, et non coutumier). La coutume, « *custom* », stricto sensu — qu'il ne faut point confondre avec les « *constitutional conventions* » (dont le rôle est crucial au Royaume-Uni, mais qui, depuis Dicey, sont considérées comme de simples usages à valeur politique, et non juridique) — n'occupe qu'une place très marginale parmi les normes juridiques de la Constitution du Royaume-Uni. Voir, par ex., A.W. BRADLEY & K.D. EWING, *Constitutional & Administrative Law*, 15th edn, Pearson, 2011, p. 12 *sqq.*

la coutume en matière constitutionnelle. Or, la situation observable au XIX^e siècle est plus complexe. Par une sorte de ruse de l'histoire, sont apparus très vite certains types de configurations politiques qui ont favorisé le retour en grâce de la coutume comme un *vecteur de progrès*.²⁹⁰ C'est ce que je propose d'appeler la « mue libérale, ou moderne, de la coutume » en droit constitutionnel. Il a existé en effet des situations dans lesquelles la prétention de la coutume au rang de source de droit constitutionnel au sens le plus fort a pu apparaître séduisante aux yeux des avocats de la modernité. En quelque sorte, il y a, dans l'héritage des Lumières, une, voire plusieurs portes dérobées qui sont laissées ouvertes à la coutume et qui lui ont assuré, dans divers pays, à divers moments (et ce jusqu'à aujourd'hui), un certain *come-back*.²⁹¹

Une configuration fréquente est la suivante. Imaginons une monarchie constitutionnelle du XIX^e siècle, telle qu'il y en a eu tant en Europe. Le système politique, dualiste, repose sur un compromis entre deux légitimités opposées : celle de l'Ancien Régime, incarnée dans le monarque et les forces sociales le soutenant, et celle, nouvelle, révolutionnaire, des idéaux de liberté et d'égalité portés par la nouvelle classe de la bourgeoisie. Selon les questions abordées, le texte constitutionnel de cette monarchie constitutionnelle s'inscrit tantôt encore dans la logique de la monarchie absolue, tantôt adhère déjà, quoique de façon incomplète, à la logique moderne. Les frictions et tensions sont inévitables, chaque pôle essayant de tirer le texte constitutionnel, la Constitution et la pratique politique vers lui. On connaît, à ce propos, les débats classiques du XIX^e siècle, en France ou ailleurs, sur la question de savoir si la Constitution englobait, ou non, la règle de la responsabilité politique des ministres devant le parlement, alors que le texte constitutionnel restait vague ou silencieux sur ce point²⁹². Dans

²⁹⁰ Ainsi, en Allemagne, l'importance de la coutume en tant que source du droit constitutionnel décline certes au cours du XIX^e siècle, mais elle n'est pas totalement écartée, y compris par les auteurs libéraux. Robert Mohl, qui fut l'un des ténors du libéralisme dans l'Allemagne du XIX^e siècle, admet ainsi des modifications coutumières de la Constitution à condition qu'elles soient l'œuvre des acteurs qui décident également d'une révision en bonne et due forme (le monarque d'un côté, une majorité parlementaire renforcée de l'autre). Voir R. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., Tübingen, Laup, t. 1, 1840, § 10, p. 81. Pour un aperçu de la littérature allemande, voir C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, p. 14 *sqq.* En Belgique, alors que la coutume constitutionnelle était ignorée par le premier grand traité d'Oscar ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, 3 t., Liège/Paris, 1906-1911, elle a fait une réapparition remarquée sous la plume de Paul ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 5 s, 219. Pour la doctrine belge post-1945, voir *supra* note 220.

²⁹¹ Voir le retour en grâce de la coutume en France, patrie de la Révolution de 1789, sous la III^e République ou encore, plus près de nous, au début de la V^e République (sous la présidence de de Gaulle). Jacques CHEVALLIER, « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP*, 1970, p. 1375, distingue deux types de configurations : « Les imperfections du droit législatif peuvent conduire à redonner une place à la coutume, pour deux raisons diamétralement opposées. Tantôt, on opposera au texte passager, mal rédigé et contraire aux souhaits des citoyens, la force de la tradition et la persistance des attitudes juridiques antérieures. Tantôt, on cessera d'appliquer un texte ancien, mal adapté aux besoins actuels, en considérant exclusivement les inflexions que la pratique lui a apportées. Le droit se trouve sans cesse aux prises avec les exigences contradictoires de la stabilité et du changement ; la coutume peut, selon les cas, satisfaire aux deux exigences, soit en limitant la portée des bouleversements législatifs, soit en adaptant les règles de droit à la pression des faits ». Dans le contexte de la III^e République française, la coutume était particulièrement séduisante puisqu'elle pouvait jouer sur les deux tableaux. Voir J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 20 *sqq.* Voir aussi, en Norvège, le cas (rare) d'une consécration officielle de la coutume par la Cour suprême dans les années 1970.

²⁹² Cet enjeu était central par ex. chez Paul Errera dans son acceptation de la coutume. Paul ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 5 *sq.*, 219. Il en allait de même en Suède, au début du XX^e siècle (H.H. Vogel, « Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Schweden », in : A. von BOGDANDY, P.M. HUBER, P. CRUZ VILLALON (dir.), *Ius Publicum Europaeum*, t. 1, 2007, p. 535 s) et aux Pays-Bas (L. BESSELINK, *op. cit.*, p. 355, 368).

ce contexte, les idées et forces du progrès peuvent emprunter divers canaux : l'interprétation (dans un sens libéral) du texte constitutionnel, la révision formelle du texte, la révolution et la réécriture du texte ou, encore, la coutume constitutionnelle (au sens fort). La coutume – ici : les usages politiques qu'ont réussi à imposer, dans les faits, les forces libérales aux forces monarchistes – peut ainsi redorer son blason aux yeux des héritiers des Lumières. Renouvelée dans son contenu, la coutume, dans le contexte esquissé, est susceptible de changer d'univers philosophique et de camp politique. En effet, l'usage politique devançant et dépassant le texte constitutionnel en termes de modernité, n'est-il pas tentant pour un juriste se réclamant des idées de 1789 de reformuler la *rule of recognition* du système et d'ériger l'usage en coutume avec force abrogatoire à l'encontre du texte constitutionnel ? On aboutit ainsi à un retournement total de la situation. Écartée par les Lumières au profit du monopole d'un Code constitutionnel fondé sur la Raison, la coutume tient sa revanche : c'est elle qui, dans ce contexte et à cette échelle, devient le vecteur du progrès. Non seulement la coutume peut à nouveau prétendre à une place en droit, mais en outre cette place est la plus élevée qui soit dans la hiérarchie des normes (de droit positif) : elle est à la même hauteur que le texte de la Constitution, texte qui, à l'inverse de la pratique, reste empêtré dans les mailles de l'héritage monarchiste. La norme coutumière, plus récente, plus moderne, abroge la norme constitutionnelle écrite antérieure.

Au Luxembourg, une telle lecture des événements est en soi pensable et tentante à la fois pour le XIX^e siècle et à l'heure actuelle, puisque la pratique politique luxembourgeoise a souvent été en avance, en termes de démocratisation, sur les *énoncés techniques* du texte de la Constitution de 1868²⁹³. D'aucuns présentent cette situation comme une distorsion (donc une opposition) entre, d'un côté, le « texte de la Constitution » et, de l'autre, la « coutume constitutionnelle »²⁹⁴. Sur ce point, il faut toutefois se garder

²⁹³ C'est ce à quoi fait référence P. SCHMIT lorsqu'il écrit (p. 84) : « Il faut sans doute concéder une place relativement importante à la coutume *praeter legem* dans la Constitution luxembourgeoise. En effet, le compromis trouvé en 1868 [...] a consisté à réaffirmer sur le plan politique les principes démocratiques qui avaient prévalu en 1848, tout en ménageant dans le texte écrit le principe monarchique ». Mais son analyse est discutable sur deux points. 1° Il oppose radicalement le texte qui, tout entier, serait marqué par l'esprit monarchique, et de l'autre la pratique qui, tout entière, serait inspirée par l'esprit démocratique. Les choses, sur les deux plans, sont plus complexes : le texte, depuis 1919, est plus démocratique et la pratique reste parfois en-deçà des exigences de démocratie (voir la pratique du *Fürstenrecht*). 2° L'argument est utilisé afin de fonder une coutume *praeter legem* alors qu'il débouche logiquement sur une justification de la coutume *contra legem*. Cette dernière conclusion est, à l'inverse, admise par Léon METZLER, *Mélanges de droit luxembourgeois*, 1949, p. 293 *sqq.*, qui s'appuie lui aussi sur le topos de l'écart entre un texte ancien et une pratique plus juste et libérale. Ainsi, Metzler estimait par exemple que le droit du grand-duc de refuser la sanction de la loi — droit qui, selon Metzler, était toujours consacré dans le texte de l'article 34 Const. — était tombé en désuétude (*ibid.*, p. 299).

²⁹⁴ Voir la lettre du 6 janvier 1986 de Jacques Santer, premier ministre, et de Robert Krieps, ministre de la justice, invitant toutes les forces vives à une réflexion sur la réforme de la Constitution luxembourgeoise : « N'entend-on pas régulièrement critiquer la distorsion apparente entre le texte plus que centenaire de notre Constitution et ce qu'on appelle la **coutume constitutionnelle**, qui a introduit un décalage assez notable entre le texte même de la Loi fondamentale et le fonctionnement réel des rouages de l'État ? » (cité d'après L. FRIEDEN, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, 1987, p. 7). Voir aussi les interventions de deux hauts responsables socialistes lors du débat du 30 mai 1984 (doc. parl. relatifs au projet n° 2818). Jacques POOS : « En fait, il y a distorsion grandissante entre la coutume constitutionnelle et le texte écrit de la Constitution. Les socialistes estiment cette situation malsaine et souhaitent une adaptation du texte écrit de notre Constitution à la **coutume constitutionnelle** » (*ibid.*, p. 3573). Or, si la soi-disant « coutume » est une véritable coutume constitutionnelle, il n'y a plus besoin, en droit strict, d'adapter le texte, car la norme juridique est déjà implicitement modifiée... C'est dans cette direction que s'avance Robert KRIEPS (*ibid.*, p. 3553, trad. du luxembourgeois) : « Si nous prenons l'affaire au sérieux, si nous disons qu'une loi fondamentale doit être une matière vivante et non une pièce de musée, alors il faut prendre soin que cette Constitution, cette loi fondamentale, soit adaptée régulièrement aux réalités telles que nous les vivons

d'une lecture trop rapide et schématique. La quasi-totalité des textes constitutionnels dans le monde sont composés, à des degrés variés, d'une part, de « principes », de proclamations abstraites, quasi philosophiques, et, d'autre part, de « règles », de dispositions précises, techniques, qualifiées aussi par d'aucuns de « véritablement juridiques » ou « plus juridiques ». D'ordinaire, si le texte constitutionnel est sorti d'un seul moule, il y a une cohérence profonde entre les principes et les règles : celles-ci concrétisent celles-là. Le texte codifié renferme un système énoncé, décliné et lissé par les auteurs du texte. En revanche, au Luxembourg, la situation est plus complexe : le texte luxembourgeois ressemble à un vieux tissu rapiécé. Le texte actuel de la Constitution dite de « 1868 » — il est rare de retenir la date de 1919, alors que celle-ci marque une profonde césure — englobe, d'une part, des principes qui datent clairement de l'esprit démocratique du XX^e siècle (voir les articles 1^{er} [État démocratique], 32 [souveraineté de la nation], 51 [démocratie parlementaire], 33 [grand-duc simple symbole]) et, d'autre part, des dispositions techniques dont une partie non négligeable (pas toutes !) remontent encore à 1868, voire à une période antérieure. La mise en harmonie entre les uns et les autres, au niveau de l'énoncé verbal, n'a pas toujours été faite par le pouvoir de révision. Le texte est fait de bribes textuelles originaires de diverses époques, ce qui fait apparaître une certaine « dissonance » entre les articles. L'intertextualité est problématique. Les deux exemples les plus célèbres de dispositions techniques datant d'un passé reculé, dont la rédaction n'a pas été rafraîchie au XX^e siècle au vu du nouveau principe de la démocratie, sont, d'une part, l'ancien article 34 qui, de 1848 jusqu'à la révision de 2009, énonçait que « le grand-duc sanctionn(ait) et promulgu(ait) les lois », et, d'autre part, l'article 74 dont l'énoncé, comme il a été vu, est resté inchangé depuis 1868, voire depuis 1841, jusqu'à ce jour. Un autre exemple, moins connu, de cette dissonance des textes est l'article 115 Const.

Comment faut-il traiter, en tant que juriste, cette situation ? Que faire avec de tels matériaux ? Dans le champ des juristes luxembourgeois, l'on peut, de façon *idéal-typique*, identifier trois postures.

Posture idéal-typique n^o 1 : si l'on considère que les principes ne sont pas de véritables normes juridiques, ainsi que l'a affirmé Pierre Pescatore et pratiqué Pierre Majerus²⁹⁵, le juriste doit se contenter des énoncés techniques du texte constitutionnel qui seuls accèdent au rang de normes juridiques (il n'y a donc point, au sein du droit constitutionnel *stricto sensu*, de « dissonance »). En conséquence, dans la mesure où nombre de dispositions techniques de la Constitution remontent au XIX^e siècle, et que leur lecture doit être, d'une part, isolée (isolée des principes, plus récents, d'ordre démocratique) et, d'autre part, muséale (le texte n'ayant pas changé, c'est donc le sens originare, historique, qui doit être considéré comme étant toujours en vigueur), le juriste se mue en conservateur ou antiquaire du droit²⁹⁶. La phrase qu'a prononcée Pescatore en 1956, à propos du concept

quotidiennement dans notre vie politique. Car sinon il y aura la situation bien connue : à côté de la Constitution, « il y aura la coutume constitutionnelle » [en français dans l'original]. Nous pouvons lire dans les livres de droit constitutionnel que, par exemple, la Constitution de la III^e République française a été largement modifiée par la coutume, que les articles énonçaient presque le contraire de ce que disait la lettre du texte parce qu'une coutume s'était formée à l'encontre du texte. C'est ce qui est arrivé au Luxembourg (*Dat as, wat hei zu Lëtzebuerg geschitt as*) ».

²⁹⁵ Voir les explications *supra* 2^e partie, A, n^o 4, p. XX.

²⁹⁶ Il n'est pas inutile de noter que ces deux juristes étaient proches du parti conservateur (parti populaire chrétien-social).

de « loi » – « la notion contemporaine [=1956] de la loi était acquise dès 1856 »²⁹⁷ – résume la quintessence de ce type de raisonnement. Le même raisonnement se trouvait d'ailleurs déjà chez le continuateur du petit manuel de Frauenberg : Jules Kalbfleisch (Jules Brucher)²⁹⁸. On se souvient également des propos, en droit, de Majerus en 1990 à propos du « droit de veto absolu » du grand-duc et de la possible utilisation par ce dernier du droit de dissolution afin de s'opposer aux vues de la Chambre des députés²⁹⁹. Ce juriste, dans son raisonnement de juriste, ignore la coutume constitutionnelle³⁰⁰. Il ne s'agit là que d'usages politiques. Dès lors, ce juriste admettra un fossé non pas au sein du droit, mais entre le droit (ce qu'il appelle encore parfois la « théorie ») et la pratique politique (la « réalité »). Ce fossé, parfois béant, est, peut-être, jugé regrettable par ce juriste sur le plan moral et politique, mais cela n'a aucune incidence sur le raisonnement juridique.

Posture idéal-typique n° 2 : celle-ci consiste, d'une part, à reconnaître la qualité de norme juridique aux principes et, ce faisant, à prôner une lecture systématique des articles (chaque disposition technique doit être lue à la lumière / dans le cadre des principes)³⁰¹, et, d'autre part, à récuser toute validité à la coutume, que ce soit *contra* ou, même, *praeter constitutionem*³⁰².

Posture idéal-typique n° 3 : cette posture, à l'instar de la posture n° 1, ignore elle aussi les principes, dont l'impact juridique est marginalisé. Mais, face à des dispositions techniques dont la lecture isolée et muséale aboutirait logiquement à la continuité des prérogatives monarchiques du XIX^e siècle, ce juriste se réfère à la pratique politique qui, elle, est plus moderne, plus avancée. Or, pour pouvoir l'invoquer en droit, en tant que juriste, le seul moyen acceptable au sein de la communauté des juristes est d'ériger cette pratique en « coutume », en coutume constitutionnelle au sens fort. Ce discours a été présenté, au Luxembourg, en 1949 par Léon Metzler, ancien chef du service juridique du groupe sidérurgique ARBED, et auteur du livre *Mélanges de droit luxembourgeois*. Dans ce dernier livre, Metzler défend

²⁹⁷ P. PESCATORE, « Essai sur la notion de la loi », in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg. Livre jubilaire (1856-1956)*, Luxembourg, Bourg-Bourger, 1957, p. 372. Lire aussi p. 368, 375 note 10 (méthode littérale) et p. 372 note 6 (la méthode d'interprétation appliquée à l'art. 32 est historique). Les écrits de Pescatore ne sont toutefois pas toujours cohérents. Voir P. PESCATORE, « Les actes en apparence non constitutionnels des pouvoirs publics », *Academia*, 1948 et 1949, 2^e partie, p. 17 (apologie de la méthode historique) et 3^e partie, p. 127 *sqq.* (apologie de la méthode téléologique).

²⁹⁸ Voir *supra* l'extrait cité dans la note 204.

²⁹⁹ P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 6^e éd., 1990, p. 151, 170 s (veto), p. 169 (dissolution). Voir *supra* notes 198 et 199.

³⁰⁰ Sur Majerus, voir *supra* note 255. Le cas de Pescatore est un peu plus complexe. Si, dans certains écrits, la coutume constitutionnelle est totalement absente (voir par ex. P. PESCATORE, *L'organisation générale de l'État au Grand-Duché de Luxembourg*, 2^e éd., Luxembourg, 1953 ; « Essai sur la notion de la loi »), elle est mentionnée en revanche, de manière incidente, dans d'autres de ses écrits (voir P. PESCATORE, « Les actes en apparence non constitutionnels des pouvoirs publics », *Academia*, 1948 et 1949, 2^e partie, p. 18 ; *Introduction à la science du droit*, p. 102). Pescatore pourrait donc être rattaché tantôt à la posture (idéal-typique) n° 1, tantôt à la posture (idéal-typique) n° 3.

³⁰¹ Pour une illustration, voir, à propos du pouvoir de sanction du grand-duc, l'avis du député socialiste Alex Bodry, « Une lecture erronée de la Constitution » (6 janvier 2009), publié sur le blog <http://alexbodry.wordpress.com/2009/01/06/une-lecture-erronee-de-la-constitution/>. À propos de l'article 32 al. 1^{er} Const., voir arrêt de la Cour constitutionnelle n° 107/13 du 20 décembre 2013, *Mémorial A*, 2014, n° 2.

³⁰² C'est l'attitude de la Cour constitutionnelle. Voir *infra*.

non seulement l'existence, au Luxembourg, d'une coutume constitutionnelle *praeter legem*, mais aussi *contra legem*³⁰³.

Selon Léon Metzler, même dans un système à Constitution écrite et rigide, « l'utilité, voire la fécondité de la coutume ne sauraient être niées »³⁰⁴. L'argumentaire de Metzler s'inscrit dans la configuration d'un écart entre le texte constitutionnel (parfois rétrograde) et la réalité politique (plus libérale, plus juste). Or, selon lui, l'idéal du juste (point de départ du raisonnement du juriste) oblige à tenir compte des évolutions et, partant, à ériger les usages en coutume. « On doit combiner le système positiviste qui tend vers le maintien de l'ordre, avec le système métaphysique orienté vers une justice plus intégrale, plus satisfaisante par conséquent. Le droit (...) vit, il évolue pour s'adapter graduellement aux aspirations et aux besoins de la collectivité qu'il gouverne. La loi écrite, constitutionnelle ou non, postule une grande souplesse. Il n'est que raisonnable que le *communis consensus* incarné dans une coutume bien établie, limité par certains grands principes intangibles, devienne une source du droit, soit reconnu comme tel sur le plan juridique »³⁰⁵. À condition d'être un vecteur de justice – elle ne doit pas porter atteinte à de « grands principes intangibles » (discret renvoi au droit naturel) –, la coutume se voit ainsi offerte une place et un rang à côté du texte de la Constitution, au point de pouvoir contredire celui-ci. Selon Metzler, « la pratique, depuis longtemps, est orientée dans ce sens, en Belgique comme chez nous »³⁰⁶. Or, plutôt que de citer des discours d'acteurs ou auteurs luxembourgeois qui, de manière explicite ou implicite, souscriraient à sa thèse, Metzler se contente de citer certains événements qui, chez les uns, seront qualifiés d'usages politiques, mais qui, selon lui, relèvent de manière évidente de la coutume³⁰⁷. Metzler invoque aussi, à l'appui de sa thèse, les théories développées en France par René Capitant, Léon Duguit et Maurice Hauriou. Mentionnons, à ce titre, notamment les idées de René Capitant qui, loin de partir d'un certain idéal substantiel du juste, défend plutôt une vision iconoclaste de la souveraineté de la nation³⁰⁸.

Selon René Capitant, la nation s'exprime d'abord de manière informelle et directe par la coutume (droit non écrit), et de manière formalisée, et plus indirecte, par des procédés l'associant à la production du droit écrit (élections, référendum) : « Or, qu'est-ce que la coutume, sinon les règles directement posées par la nation, non écrites, c'est-à-dire écrites dans la pensée et la conscience des individus qui composent le groupe social, connues pour cette raison sans être publiées, obéies sans être imposées ? Qu'est-ce que la coutume sinon la conscience et la volonté nationales ? Et si la nation est souveraine, si elle est le constituant suprême, et si tous les autres pouvoirs sont nécessairement constitués par elle, n'est-ce pas la

³⁰³ Voir, en particulier, L. METZLER, *Mélanges de droit luxembourgeois*, Bruylant/J. Beffort, Bruxelles / Luxembourg, 1949, p. 298 *sqq.*

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 297.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 297. Lire aussi p. 300.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 297.

³⁰⁷ Lire *ibid.*, p. 298-299. À noter : déjà en 1949, Metzler a pointé du doigt la problématique de l'écart entre, d'une part, l'article 36 Const. (version de l'époque), qui réservait le pouvoir réglementaire au seul grand-duc, et, d'autre part, la pratique du législateur qui tendait à octroyer un pouvoir réglementaire directement aux ministres, en court-circuitant le chef de l'Etat. Pour sauver cette pratique à la constitutionnalité douteuse, Metzler l'érige en coutume constitutionnelle.

³⁰⁸ R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle » (1929), republié dans *RDP*, 1979, p. 959 *sqq.* ; *id.*, « Le droit constitutionnel non écrit », *Mélanges Gény*, t. 3, p. 1 *sqq.*, republié dans R. CAPITANT, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2004, p. 297 *sqq.*

coutume, par quoi elle s'exprime, qui est à la base de tout ordre juridique ? La source de toute constitution n'est-elle pas nécessairement coutumière ? Ainsi la force constituante de la coutume n'est qu'un aspect de la souveraineté nationale »³⁰⁹. « C'est (...) par un effet de cette tendance, déjà dénoncée, à absorber tout le droit dans le droit écrit qu'on a pu ainsi confondre la démocratie avec la législation populaire écrite. Mais si l'on considère le droit dans son ensemble, si l'on recherche quelle est la participation du peuple, non plus seulement à la législation écrite, mais à l'élaboration du droit positif tout entier, écrit ou coutumier, on voit alors que le principe de la souveraineté nationale change de signification »³¹⁰.

Il existait donc (et il existe toujours) au Luxembourg un certain terreau fertile à l'idée de la coutume constitutionnelle au sens fort. Mais la graine a-t-elle germé ? Le modèle culturel, théorisé et défendu par Léon Metzler, a-t-il été repris par les divers acteurs participant à la définition de la *rule of recognition* ? La réponse est non. D'abord un détail qui est loin d'être anodin : le livre de Metzler est, très vite, tombé dans un total oubli. Son propos en matière de coutume constitutionnelle n'a été ni repris, ni discuté, ni même référencé par d'autres auteurs et acteurs. Certes, en 1952, la section centrale de la Chambre des députés s'est référée de façon vague au propos de Metzler³¹¹. Les députés membres de cette commission ont-ils alors souscrit à ce qui constitue le point le plus controversé de Metzler, à savoir l'acceptation de la coutume constitutionnelle *contra constitutionem* ? Ce n'est pas dit de manière explicite. Plus explicite est en revanche l'allégation, en 1977, du gouvernement de l'existence d'une « coutume constitutionnelle » qui permettrait au législateur « par dérogation à l'article 36 de la Constitution » de confier un certain pouvoir exécutif directement aux ministres, en court-circuitant le grand-duc³¹². Or il ne s'agit là que d'une prise de position ponctuelle.

Au contraire, divers acteurs et auteurs vont récuser la thèse de la coutume *contra constitutionem*. Le Conseil d'État, dans deux avis de 1953, le fait sur le mode de l'évidence³¹³. Au sein de la doctrine spécialisée en droit constitutionnel, qui se veut être la vitrine du système constitutionnel luxembourgeois (et donc aussi le réceptacle de sa *rule of recognition*), les auteurs soit ignorent la coutume constitutionnelle et, à plus forte mesure, la thèse de Metzler³¹⁴, soit mentionnent la thèse de la coutume *contra*

³⁰⁹ R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle », *RDP*, 1979, p. 968.

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Rapport de la section centrale du 2 mai 1952 sur le traité créant la CEECA, Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 395, p. 184 *sqq.*, spéc. p. 186 : « Malgré leur caractère de rigidité et stabilité, les Constitutions ne sont pas réfractaires à l'évolution ; elles peuvent et doivent subir un effort constant d'adaptation aux besoins nouveaux, aux réalités nouvelles de la vie d'une nation. Il existe en effet en marge de la Constitution écrite un droit constitutionnel non écrit, coutumier (voir Léon METZLER, *Mélanges de droit luxembourgeois*, p. 293 et *sqq.*) ».

³¹² Lire l'exposé des motifs du projet de loi n° 2115 (déposé le 9.8.1977) portant institution d'un Conseil national de coordination de la politique des transports, Documents parlementaires relatifs au projet de loi n° 2115, p. 2286.

³¹³ Avis du 31 juillet 1953 (CED) et avis du 23 juin 1953. Voir les extraits cités *supra* note 223.

³¹⁴ Voir P. MAJERUS, *op. cit.* ; J. THILL & L. FRIEDEN, « The Grand-Duchy of Luxembourg » in L. PRAKKE & C. KÖRTMANN (dir.), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 549 *sq.* ; M. THEWES, « Le régime politique du Grand-Duché de Luxembourg », in Y. GUCHET (dir.), *Les systèmes politiques des pays de l'Union européenne*, Paris, Colin, 1994, p. 313 *sqq.*

constitutionem pour aussitôt la récuser³¹⁵. Du côté des juges, le silence est tout aussi réprobateur. Dans la mesure où ils sont amenés à appliquer « la Constitution »³¹⁶, et donc, aussi, à en définir les contours, les juges, spécialement les juges de la Cour constitutionnelle, participent au processus de cristallisation de la *rule of recognition*. Or ils n'ont point retenu l'idée de coutume constitutionnelle, en quelque sens que ce soit. En particulier³¹⁷, la Cour constitutionnelle tout au long de son existence n'a jamais érigé la pratique politique, même constante, en norme constitutionnelle coutumière *praeter* ou *contra constitutionem*. À ce titre, il est intéressant de noter que sur la problématique de l'écart entre le texte constitutionnel et la pratique législative en matière de pouvoir réglementaire des ministres – situation qui, aux yeux de Metzler³¹⁸ et du gouvernement (en 1977), était justifiable par l'existence d'une coutume constitutionnelle au sens fort –, la Cour constitutionnelle, saisie de cette affaire dès son premier arrêt, s'est contentée de conclure à l'inconstitutionnalité de cette législation, sans même entrer dans le débat sur l'existence d'une éventuelle coutume³¹⁹.

Reste à évoquer un dernier acteur participant à la définition de la *rule of recognition* dans un système démocratique : les citoyens, le peuple. S'il est tentant de se focaliser, en matière de *rule of recognition*, sur l'attitude des seules autorités de l'État³²⁰, quitte à y englober la doctrine — tous ces acteurs/auteurs produisent un certain discours, plus ou moins articulé et théorisé, sur la *rule of recognition*, alors qu'un tel discours est difficilement discernable du côté des citoyens ordinaires —, il serait pour le moins erroné, au vu de ces difficultés d'accès aux informations, d'ignorer simplement le rôle du peuple. Celui-ci participe à la définition de la *rule of recognition*, ainsi qu'il ressort de l'étude du phénomène des révolutions et putschs (réussis ou échoués), où la masse des individus, par leur attitude de loyauté

³¹⁵ P. SCHMIT, *Précis de droit constitutionnel*, 2009, p. 83 *sqq.* ; J. GERKRATH, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2008, n° 1-2, p. 11.

³¹⁶ C'est bien une référence générale, totalisante, à « la Constitution » qui figure dans l'article 95 *ter*, § 1^{er} Const. (« La Cour constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution »). Voir aussi *ibid.* art. 95 *ter* § 2 et la référence à « la Constitution » dans la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, art. 2, 6 et 13. À noter : l'article 8 se réfère aux seules « dispositions constitutionnelles ». Sur la compétence des juges ordinaires à appliquer « la Constitution », voir J. GERKRATH, *op. cit.*, p. 5 *sq.*

³¹⁷ Pour ce qui est des juges ordinaires, il n'existe pour l'instant aucune étude exhaustive de la jurisprudence sur ce point. Toutefois, des aperçus partiels ne font pas apparaître une consécration de la coutume constitutionnelle. Voir par ex., D. SPIELMANN, M. THEWES, L. REDING, *Recueil de la jurisprudence administrative du Conseil d'État luxembourgeois (1985-1995)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, *verbo* « coutume ».

³¹⁸ Voir *supra* note 307.

³¹⁹ Voir arrêt n° 01/1998 du 6 mars 1998, *Mémorial A*, 1998, n° 19, p. 254 *sq.* Dans le même sens : arrêts n° 4/98, 5/98 et 6/98 du 18 décembre 1999. La coutume n'est pas même invoquée dans les divers commentaires de cet arrêt. Voir l'article du président de la Cour constitutionnelle de l'époque Marc THILL, « Der Verfassungsgerichtshof des Grossherzogtum Luxemburg », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13 (2003), p. 60 ; l'article de l'avocat de l'État dans l'affaire n° 1/1998, Marc THEWES, « Dix ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *Mélanges F. Delpérée*, p. 1491 *sqq.* ; l'article de l'actuel vice-président de la Cour constitutionnelle Georges RAVARANI, « Le pouvoir réglementaire des ministres après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 mars 1998 », *Pasicrisie luxembourgeoise*, t. 30 (1998), p. 362 *sqq.*

³²⁰ Hart opère un tel rétrécissement : alors qu'au début, il estime que tous les acteurs d'un État, y compris les individus, participent, par leur pratique concordante, au tissage de ce consensus fondamental qu'est la *rule of recognition*, par la suite, il recentre la recherche de celle-ci sur l'attitude des seules autorités de l'État (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, p. 114 *sq.*), voire des seuls juges (*Concept of Law, postface*, p. 256 : « a form of judicial customary rule »). La masse des individus obéirait aux normes primaires du droit, sans avoir une conception claire de l'unité et, partant, du fondement du droit. Seuls les pouvoirs publics s'attacheraient à la définition des normes secondaires, et donc à la règle de reconnaissance.

ou de révolte, confirment ou infirment leur adhésion à la *rule of recognition* historique. Il est certain que, sur la question précise de la place de la coutume constitutionnelle au sens fort, le peuple luxembourgeois ne s'est jamais explicitement prononcé. Mais le silence devrait-il valoir approbation ? S'agissant d'une thèse aussi controversée, et fragile, cela paraît peu probable.

Dès lors, il apparaît que le système luxembourgeois ne reconnaît, ni en droit positif, ni au niveau méta-juridique (par le biais de la *rule of recognition*), une quelconque coutume constitutionnelle, au sens faible ou fort. Au Luxembourg, la voie de la coutume constitutionnelle se révèle être une impasse.

Faut-il s'en plaindre ? Y a-t-il lieu d'argumenter en faveur d'un changement de la *rule of recognition* ? Le Luxembourg est actuellement engagé dans la voie d'une refonte du texte de sa Constitution. Il est donc urgent de réfléchir, pour l'avenir, à la place (exclusive ou concurrente) que doit occuper ce texte nouveau dans l'ordre constitutionnel. Serait-il judicieux, après avoir écrit un texte plus moderne, plus « à jour », qui, par la suite, pourra être modifié par la voie de la révision, de soumettre ce texte à la force abrogatoire de la coutume ? Cela reviendrait à renoncer à divers bienfaits propres à l'institution d'une Constitution écrite et rigide. Une perte serait à enregistrer sur le plan de la sécurité juridique et, surtout, de la démocratie.

Sur le plan de la sécurité : alors que l'idéal du Code constitutionnel promet un haut degré de transparence et d'accessibilité des normes du droit constitutionnel (idéal qui, bien sûr, n'est pas totalement réalisable, ne serait-ce qu'à cause de l'indétermination des mots utilisés par le texte et de l'imprévisibilité de l'avenir), ce niveau de sécurité juridique serait très fortement entamé s'il était admis que la Constitution puisse être modifiée à la fois par des révisions en bonne et due forme et par des changements informels opérés à travers la coutume constitutionnelle au sens fort. Sur le plan de la démocratie : alors que la procédure (actuelle et future) de la révision du texte constitutionnel permet, en dernier lieu, aux citoyens de faire valoir (de faire *prévaloir*) leur vue par rapport à celle des élus³²¹, la reconnaissance de la coutume constitutionnelle permettrait aux élus de redéfinir la Constitution par le biais d'un processus informel, à la limite confidentiel (les usages des acteurs politiques ne sont pas forcément connus du grand public, même dans un pays aussi petit que le Luxembourg). Le peuple ne serait pas appelé à intervenir. Car, à l'inverse de ce que suggère la thèse de René Capitant, qui paraît être la défense la plus séduisante, car la plus démocratique, de la coutume constitutionnelle au sens fort, la coutume dont il est question est générée le plus souvent non pas par le peuple lui-même, mais par ses élus, par les autorités de l'État. Comme l'a fait remarquer Julien Laferrière : « Il paraît y avoir une singulière disproportion entre ces règles coutumières, envisagées dans leur contenu concret, et l'origine lointaine qu'on [leur] assigne, c'est-à-dire la volonté de la nation (...). À voir les choses dans leur réalité, ces règles coutumières sont le résultat de la façon d'agir de certaines autorités dont la nation, à la vérité, ignore la façon dont elles se comportent, ou y est indifférente »³²². Au pire,

³²¹ Voir l'actuel art. 114 Const. qui permet aux citoyens d'exiger un référendum sur toute révision constitutionnelle. Cette procédure est reprise dans le projet de refonte de la Constitution n° 6030.

³²² J. LAFERRIÈRE, « La coutume constitutionnelle. Son rôle et sa valeur en France », *RDP*, 1944, p. 36.

la nation pourrait même désavouer de telles pratiques. La thèse de Capitant n'est fondée qu'à condition de supposer une unité parfaite de vues entre élus et peuple (les premiers générant un usage « au nom du peuple »), un paradigme qui est sérieusement battu en brèche de nos jours. Pour citer Christian Tomuschat : « *Ein Organwille lässt sich nicht quasi beliebig als Ausdruck des ursprünglichen Volkswillens werten* / La volonté d'un organe ne saurait être identifiée, quasi discrétionnairement, à la volonté du peuple »³²³.

Faudrait-il, au moins, admettre la coutume constitutionnelle au sens faible, *i.e.* des habilitations ponctuelles et délimitées en faveur d'une coutume qui, sans avoir rang constitutionnel, porterait sur des matières constitutionnelles ? L'idée, en soi, est concevable³²⁴. Pour l'instant, toutefois, aucun des acteurs participant à la refonte du texte de la Constitution luxembourgeoise n'a émis un vœu en ce sens. Tout laisse donc à penser que, sauf revirement de dernière minute, l'idée de coutume constitutionnelle au sens faible est également dépassée. À noter aussi qu'en matière d'interprétation du futur texte constitutionnel, aucun acteur n'a proposé d'ancrer dans le texte cette construction curieuse de la « coutume interprétative à effet pétrificateur ». Là aussi, les inconvénients en termes de perte de souplesse de l'interprétation sont évidents.

Après des décennies, où, au Luxembourg, le texte constitutionnel a été oublié³²⁵ et délaissé (en partie au profit des usages politiques qui pesaient davantage), un retour au texte s'impose. Il y a lieu d'investir des efforts conséquents dans le travail d'écriture de la nouvelle Constitution, car ce sera ce texte qui comptera, et non quelque texte revu, de manière pragmatique (ou arbitraire), par les « usages » érigés en « coutume ». Dans ce travail de réécriture du texte constitutionnel, il y a lieu également de dépasser le style d'écriture lapidaire du XIX^e siècle, qui, souvent, se contentait de quelques formules courtes et vagues (souvent *trop* courtes et *trop* vagues). Il convient, à l'inverse, de doter le texte constitutionnel nouveau d'une précision et technicité qui, pour l'instant, lui font trop souvent défaut³²⁶. Dans un État de droit démocratique, le paradigme d'une « Constitution courte et obscure » (Napoléon Bonaparte) n'est plus acceptable, car il en va de la fonction de régulation et pacification des normes constitutionnelles. On l'a vu, particulièrement, à travers l'exemple de la dissolution de la Chambre des députés. Sur ce point précis, la refonte reste d'ailleurs encore à faire.

Luc Heuschling est Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg et membre de l'Institut grand-ducal (Luxembourg).

³²³ C. TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht ?*, *op. cit.*, p. 115.

³²⁴ Pour des exemples en droit constitutionnel étranger, voir *supra* note 250.

³²⁵ A. BONN, *La Constitution oubliée*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1968.

³²⁶ À cet égard, le constituant luxembourgeois pourrait s'inspirer utilement du style constitutionnel autrichien. En Autriche, les textes constitutionnels se caractérisent par un très haut degré de précision technique.

ANNEXE

CONSEIL D'ÉTAT

N° 50.268

Demande d'avis du Gouvernement

sur une dissolution à effet différé de la Chambre des députés.

Avis du Conseil d'État

(18 juillet 2013)

[1] Le Conseil d'État a été saisi par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'État, du 11 juillet 2013 de la question de savoir si le Grand-Duc peut procéder à la dissolution de la Chambre des députés par un arrêté grand-ducal à effet différé pris sur base de l'article 74 de la Constitution.

[2] Le Conseil d'État ne se voit en mesure de répondre à la question précise qui lui est posée que s'il analyse celle-ci dans un contexte constitutionnel et institutionnel plus large. Il ne serait pas fidèle à son rôle que la Constitution et la loi lui confient s'il procédait différemment.

[3] Il échet de relever d'abord qu'en vertu de l'article 51 de la Constitution, le Grand-Duché « est placé sous le régime de la démocratie parlementaire ». Dans un ouvrage³²⁷ que le Conseil d'État a publié à l'occasion de la célébration du 150e anniversaire de sa création, les auteurs écrivent: « Le fonctionnement d'un État placé sous le régime parlementaire signifie (...) que c'est le Parlement qui joue le rôle déterminant face aux autres pouvoirs, notamment le pouvoir exécutif... Dans un État fonctionnant sous le régime parlementaire, l'action du Gouvernement est placée sous le contrôle du Parlement et sa survie politique dépend de la confiance que le Parlement lui accorde ». Toute disposition de la Constitution qui confie au pouvoir exécutif une possibilité d'intervention dans des domaines relevant du fonctionnement du Parlement constitue donc une exception au régime normal et doit être traitée dans un sens restrictif, afin que soit sauvegardé le rôle du Parlement.

[4] Dans l'histoire institutionnelle du pays, le Parlement va normalement jusqu'à la fin du mandat pour lequel il a été élu.

[5] Une exception à la durée fixée à l'article 56 de la Constitution a disparu depuis qu'en 2003 la décision de révision de la Constitution n'entraîne plus la dissolution de plein droit de la Chambre des députés. Encore faut-il relever que souvent la décision de révision fut reportée à la fin de la durée

³²⁷ *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 207.

normale du mandat, précisément afin de ne pas rompre le rythme normal des législatures et de ne pas écourter la durée normale du mandat.

[6] La seule exception actuelle à la règle de l'article 56 de la Constitution consiste dans le droit de dissolution accordé au Grand-Duc par l'article 74. La Chambre des députés elle-même ne dispose pas du droit d'écourter la durée du mandat qui lui a été accordé par les électeurs, fût-ce par une loi. Si chaque député peut mettre individuellement un terme à son mandat, il est inconcevable, dans notre système constitutionnel, que la Chambre des députés dans son ensemble prenne elle-même cette initiative alors que le texte de l'article 56 de la Constitution aux termes duquel « les députés sont élus pour cinq ans » s'y oppose.

[7] Quant à la dissolution anticipée, les auteurs de l'ouvrage cité plus haut avaient retenu que « De nos jours, une dissolution pourrait entrer en considération dans l'hypothèse où une coalition en place se serait rompue et qu'il serait impossible de former une nouvelle majorité gouvernementale. De nouvelles élections permettraient de sortir de l'impasse, puisque le corps électoral serait appelé à se prononcer et à décider de l'équilibre politique. Afin que la dissolution n'aboutisse pas à une période prolongée pendant laquelle le Gouvernement agirait en dehors de tout contrôle parlementaire, la Constitution veille à mettre en place rapidement une nouvelle Chambre: la dissolution doit être suivie impérativement d'une nouvelle élection générale, et cette élection doit avoir lieu au plus tard trois mois après la dissolution. »³²⁸

[8] En matière de dissolution de la Chambre des députés, le régime constitutionnel luxembourgeois est calqué sur celui de la Constitution belge d'avant la modification que celle-ci a subie en 1993 afin de rendre ce régime plus restrictif, limitant la dissolution à quatre cas d'intervention du Roi liés à une intervention préalable de la Chambre, « dans le but avoué d'accroître la stabilité parlementaire »³²⁹. L'auteur de la contribution citée ajoute que « la dissolution anticipée est un mécanisme qui doit permettre au corps électoral de résoudre, par des élections, les conflits survenant entre les assemblées, spécialement entre la Chambre des représentants et le Gouvernement. C'est dire que le droit de dissolution a une portée essentiellement fonctionnelle et qu'il ne peut être utilisé à d'autres fins. »³³⁰

[9] Un autre auteur belge abonde dans le même sens: « L'exercice du droit de dissolution est une garantie essentielle d'un régime d'opinion. Il assure la modération du pouvoir en permettant de remédier aux erreurs et aux abus des assemblées. Il organise une forme d'arbitrage populaire dans les conflits entre les assemblées ou entre celles-ci et le Gouvernement. Encore n'y a-t-il pas lieu de célébrer outre mesure les mérites des procédures de dissolution. Si l'on tient compte du fait que le pouvoir exécutif fédéral est un et que les ministres sont l'émanation d'une majorité parlementaire de coalition, on comprend aisément que la dissolution a aussi pour objectif de vérifier ou de rétablir la cohésion de la majorité parlementaire et gouvernementale, ainsi que sa représentativité. La dissolution des chambres devient de cette manière une technique pour résoudre les conflits nés au sein de la majorité. »³³¹ À titre d'illustration des conflits qui peuvent naître, le même

³²⁸ *Ibid.*, p. 260.

³²⁹ Marc VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge. Lignes & entrelignes*, Le Cri Édition, 2004, p. 152.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Francis DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, n° 1090, p. 908-909.

auteur donne l'exemple suivant : « Voici un gouvernement et sa majorité parlementaire divisés sur la politique à mener. L'impasse est totale. Le cabinet est amené à démissionner. Mais il apparaît rapidement qu'aucun remaniement ministériel n'est possible et qu'aucune solution de rechange n'est concevable. Il faut aller aux urnes, en espérant que des faits politiques nouveaux sortiront du débat électoral. »³³²

[10] Le Conseil d'État cite encore un troisième auteur belge, dont l'ouvrage remonte à l'époque où le texte de l'article 71 de la Constitution belge constituait le modèle du texte de l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise. « La marche du gouvernement et le choix des hommes qui sont à la tête de l'administration générale du pays doivent être en harmonie avec le vœu de la nation, exprimé par la majorité de la Chambre qui le représente. Il arrive parfois que cette harmonie se rompt, et que la Chambre des représentants ... ne [marche] plus d'accord avec les conseils de la Couronne. Dans ce cas, force est que les Chambres se retirent devant le ministère, ou le ministère devant les Chambres. Mais qui décidera de quel côté se trouve la raison? Le ministère peut se tromper, et aucune des Chambres n'est infaillible. Le seul moyen de lever cette difficulté d'une manière qui soit conforme aux intérêts du pays, c'est de recourir au jugement de la nation. De là, ce droit attribué au Roi de dissoudre les Chambres pour appeler la nation, en la personne des électeurs, à manifester elle-même son vœu par le choix de nouveaux mandataires. »³³³

[11] Le Conseil d'État retient de ce qui précède que la dissolution de la Chambre des députés est un instrument extraordinaire que la Constitution met à la disposition du Chef de l'État pour résoudre un conflit grave né entre la Chambre des députés et le Gouvernement, conflit que ni les acteurs politiques (les partis politiques et les groupes parlementaires) ni les institutions constitutionnelles n'arrivent à résoudre. Parole est donnée au corps électoral dont le choix jettera la base pour une nouvelle majorité et pour un nouveau Gouvernement. La dissolution de la Chambre n'est certainement pas un acte qui dépendrait du bon vouloir du Chef de l'État dans le sens que celui-ci serait libre de l'appliquer quand bon lui semblerait, dans n'importe quel contexte politique.

[12] Dans son ouvrage cité, Francis Delpérée met en place une typologie des dissolutions: la dissolution-consultation qui est un substitut du référendum; la dissolution-sanction qui serait la contrepartie du droit de la Chambre de renvoyer le ministère; la dissolution-remède « qui s'attache à résoudre un conflit grave et permanent entre les chambres législatives et l'Exécutif fédéral. Peut-être même s'efforce-t-elle d'apporter une issue à un conflit au sein même du ministère et de sa majorité. »³³⁴ Le Conseil d'État ajoute à cette typologie celle de la dissolution-opportunité que connaît notamment le Royaume-Uni et qui permet au Gouvernement, en dehors de tout conflit, de dissoudre le Parlement, notamment si des élections anticipées ouvrent de meilleures chances de réélection à la majorité gouvernementale.

[13] La dissolution que prévoit la Constitution luxembourgeoise est, dans la coutume constitutionnelle, du type de la dissolution-remède. Elle est destinée à résoudre un conflit entre la Chambre des députés et le Gouvernement. Les exemples susceptibles d'être tirés de notre histoire politique démontrent ce point:

³³² *Ibid.*, n° 1091, p. 909.

³³³ Gustave BELTJENS, *La Constitution belge révisée*, n° 13, Éd. Jacques Godenne, Liège, 1894, p. 405.

³³⁴ Francis DELPÉRÉE, *op. cit.*, n° 1095, p. 914.

[14] En 1856, le vote de méfiance émis à l'égard du Gouvernement Simons n'eut pas pour effet la démission du Gouvernement, mais déclencha la clôture prématurée de la session de la Chambre des députés, ce qui ouvrit au Roi Grand-Duc la possibilité de procéder à la mise en vigueur de son projet de révision de la Constitution par la voie d'une ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856, sans intervention de la Chambre, procédure non autorisée par la Constitution de 1848.

[15] En 1867, la Chambre obligea le Gouvernement Tornaco à la démission sans qu'il y eût de nouvelles élections.

[16] En 1915, le Gouvernement Loutsch, entré en fonctions le 6 novembre sans disposer d'une majorité parlementaire, fut contraint de démissionner au cours du mois de son installation, provoquant la dissolution de la Chambre à la demande du Gouvernement.

[17] En 1925, le Gouvernement Reuter démissionna en raison du rejet de la convention ferroviaire négociée avec la Belgique et la Chambre fut dissoute.

[18] En 1958, la Chambre fut dissoute à la suite de la démission du Gouvernement des ministres socialistes, solidaires d'un collègue qui s'était vu exprimer un blâme par la Chambre des députés.

[19] En 1968, les élections prévues pour 1969 furent avancées au 15 décembre 1968 sur décision du Gouvernement et de sa majorité parlementaire. Techniquement, la dissolution est intervenue sur base de l'article 114 (dissolution de plein droit de la Chambre à la suite de la déclaration de révision de l'article 52 de la Constitution). Il s'agit de la dernière élection anticipée en date au Grand-Duché de Luxembourg.

[20] En relation avec les élections anticipées le Conseil d'État retient que le Chef de l'État a dissocié habituellement la décision de dissolution de l'acte de convocation aux élections anticipées.

[21] Contrairement à l'article 71 de la Constitution belge, l'article 74 de la Constitution luxembourgeoise est muet sur l'autorité qui doit prendre l'initiative pour convoquer les électeurs et sur les modalités selon lesquelles cette initiative est prise. Le Conseil d'État entend également se prononcer sur cet aspect dans l'intérêt de la sécurité juridique qui doit, à son avis, entourer la question. Or, face aux différences relevées dans les textes constitutionnels belge et luxembourgeois, il est réduit à se rapporter à la coutume constitutionnelle indigène qui fournit dans ces conditions la seule référence utile. Il rappelle que les arrêtés grand-ducaux qui ont prononcé la dissolution de la Chambre des députés en 1915, en 1925 et en 1958 comportent tous les trois un article 2 aux termes duquel le Chef de l'État s'est réservé « de fixer ultérieurement la date de convocation des collèges électoraux ».

[22] Le Conseil d'État pourrait toutefois s'accommoder de la réunion dans un même arrêté grand-ducal de la décision de dissolution et de la fixation de la date pour la convocation des électeurs.

[23] Quant à la nature de l'arrêté de dissolution, la doctrine s'accorde à le ranger dans la catégorie des actes de gouvernement alors que bien qu'émanant du pouvoir exécutif, ceux-ci interviennent dans le cadre des rapports du Gouvernement avec le pouvoir législatif. De tels actes demeurent d'ailleurs hors du contrôle du juge administratif³³⁵.

³³⁵ Voir Jacques SALMON, *Le Conseil d'État*, Bruylant, 1994, p. 228.

[24] Une pratique de dissolution qui éloignerait le pays de la longévité institutionnelle de la Chambre des députés, qui est la garantie de la sérénité politique, et qui ouvrirait la voie vers l'utilisation de cet instrument pour placer les élections à la date jugée la plus opportune par la majorité au pouvoir sortirait du cadre constitutionnel et rencontrerait les réserves les plus sérieuses du Conseil d'État.

[25] En l'état actuel de la coutume constitutionnelle, l'exercice de la dissolution par le Grand-Duc a besoin d'un élément déclencheur qui ne peut être qu'un conflit patent entre la Chambre des députés et le Gouvernement, voire entre les partis de la majorité gouvernementale.

[26] L'initiative en la matière peut être prise par la Chambre des députés, qui peut voter une motion de censure ou refuser la confiance. Mais le Gouvernement aussi peut prendre l'initiative soit en démissionnant soit en proposant au Chef de l'État la dissolution de la Chambre des députés. Il résulte du bref historique ci-dessus que les dissolutions fondées sur l'article 74 de la Constitution – celles de 1915, de 1925 et de 1958 – sont caractérisées par le fait qu'il y a eu à la fois démission du Gouvernement et dissolution de la Chambre des députés.

[27] Au cours de l'élaboration de sa réponse à la question qui lui est posée par le Premier Ministre, Ministre d'État, le Conseil d'État a donc tenté d'identifier un tel conflit et d'établir son existence. Or, les événements politiques qui se sont déroulés au cours de la séance du 10 juillet 2013 à la Chambre des députés ne permettent pas à eux seuls de conclure indubitablement à l'existence d'un conflit grave et irréversible alors qu'aucun acte formel n'est intervenu sur initiative soit du Gouvernement soit de la Chambre des députés ni sur les conclusions et les recommandations du rapport de la commission d'enquête³³⁶ ni sur les motions présentées.³³⁷ Certes, la Chambre des députés a examiné au cours de cette séance le rapport présenté par sa commission d'enquête, mais elle n'a tiré aucune conclusion de ses débats et les trois motions dont elle était saisie n'ont pas été discutées. Aucun vote n'est intervenu ni sur le rapport de la commission ni sur aucune des trois motions. Le Gouvernement n'a pas posé la question de confiance, la Chambre des députés n'a pas refusé la confiance.

[28] A défaut de décision formelle de la Chambre des députés, « l'étude des motifs sur lesquels s'appuie l'acte de dissolution serait incomplète si elle se limitait à examiner le problème sous un angle essentiellement normatif et négligerait les éléments de ce problème situés en dehors du droit. Si l'on veut pénétrer le sens moderne de l'institution de la dissolution, il est nécessaire de se pencher sur les réalités politiques »³³⁸. Le Conseil d'État trouve deux éléments évoquant ce problème, à savoir la déclaration du Premier Ministre à l'issue de la séance du 10 juillet 2013 et la lettre de

³³⁶ Rapport de la Commission d'enquête sur le Service de Renseignement de l'État du 5 juillet 2013; doc. parl. n° 6565.

³³⁷ La motion n° 1, présentée par le député Serge Urbany, « invite le Gouvernement de légiférer dans le sens de l'abolition du Service de Renseignement de l'État ». La motion n° 2, présentée par le député Alex Bodry, « invite le Gouvernement : à mettre en pratique les recommandations formulées dans le rapport de la Commission d'enquête ; en ce qui concerne le Premier Ministre, à assumer pleinement la responsabilité politique des dysfonctionnements graves constatés ; à demander au Chef de l'État de procéder à la dissolution de la Chambre des Députés et à l'organisation d'élections législatives anticipées dans le délai légal de trois mois ». La motion n° 3, présentée par le député Félix Braz, conclut à ce que la Chambre des députés « retire sa confiance au Premier Ministre, Ministre d'État, chef du Gouvernement, et l'invite à assumer les conséquences personnelles qui s'imposent ».

³³⁸ Jacques VELU, *La dissolution du Parlement*, Bruylant, 1966, p. 123.

saisine du Conseil d'État du 11 juillet 2013. Dans son intervention, et après avoir constaté un conflit dans les rangs de la majorité gouvernementale et une mise en cause d'une majorité au sein de la Chambre³³⁹, le Premier Ministre a déclaré qu'il entend convoquer le Gouvernement pour une réunion devant avoir lieu le lendemain à dix heures et qu'il se rendrait par après au Palais grand-ducal pour proposer au Grand-Duc de nouvelles élections. Dans ladite lettre de saisine, le Premier Ministre confirme que le Gouvernement a présenté au Grand-Duc une proposition visant l'organisation d'élections législatives anticipées le 20 octobre 2013.

[29] Le Conseil d'État prend acte que la démarche du Gouvernement est intervenue sur la base du constat par ce dernier d'un conflit grave et irréversible existant au sein de la majorité gouvernementale. L'existence d'un tel conflit est en effet une condition indispensable pour décider de la dissolution de la Chambre des députés.

[30] L'existence de ce conflit est constatée par le seul Gouvernement. Le Parlement n'a pas pris formellement position, pour ne pas avoir mis en œuvre l'un des instruments qui sont à sa disposition pour obliger le Gouvernement à la démission. Il s'agit là d'une situation qui se concilie mal avec l'esprit d'une Constitution qui se fonde sur les principes de la démocratie parlementaire, même si la lettre de la Constitution (article 74) l'accepte tout en veillant à ce que de nouvelles élections soient organisées dans les trois mois. Si la Chambre des députés avait estimé que cette situation n'était pas acceptable, elle aurait dû prendre les mesures susceptibles de la prévenir.

[31] Lorsque le Chef de l'État est appelé à dissoudre la Chambre des députés en application de l'article 74, alinéa 1er de la Constitution, sa décision prend la forme d'un arrêté grand-ducal.

[32] A l'instar des dissolutions de 1915, 1925 et 1958³⁴⁰, cet arrêté devra être contresigné par au moins un membre du Gouvernement, conformément à l'article 45 de la Constitution.

[33] Le Conseil d'État recommande que, là encore dans le respect de la coutume constitutionnelle, le préambule mentionne que l'arrêté soit pris sur proposition du Gouvernement, et non « sur le rapport » de celui-ci.

[34] Pour ce qui est d'une décision différant l'effet de la dissolution, le Conseil d'État est d'avis que celle-ci ne serait pas conforme à l'esprit de la Constitution, et qu'elle ne respecterait pas davantage la coutume constitutionnelle. Du moment que les institutions sont en présence d'un conflit politique grave et irréversible, il est procédé à la dissolution avec effet immédiat. La doctrine s'exprime dans le même sens: « En droit constitutionnel belge, l'acte de dissolution est en principe un acte juridique

³³⁹ J.-C. Juncker : « *Ech stelle fest, dass d'Fraktioun vun de Gréngen zesumme mat deene vun de Liberalen, plus den Här Urbany an den Här Gibéryen eng Motioun abruecht hunn, fir mer d'Veutrauen ze entzéien. ... Ech stelle fest, dass d'sozialistesche Fraktioun eng Motioun abruecht huet...* » (Est visée la motion n° 2 qui demande la dissolution de la Chambre des députés.) « *...Ech hätt mer nie virstelle kënnen, dass ausgerechent d'sozialistesche Partei mer geif e Fouss stellen. Hätt ech mer a 25 Joer Zesummenaarbecht net kënnen virstellen.* » [trad. L. H. : « Je constate que la fraction des verts, ensemble avec les libéraux, Monsieur Urbany et Monsieur Gibéryen, ont introduit une motion visant à me retirer la confiance de la Chambre. ... Je constate que la fraction socialiste a introduit une motion... ». « Je n'aurais jamais pu m'imaginer que le parti socialiste, précisément, me donne un croc-en-jambe. Voilà qui me paraissait inimaginable après 25 ans de collaboration »].

³⁴⁰ Arrêté grand-ducal du 10 novembre 1915, portant dissolution de la Chambre des députés (*Mém.* 1915, n° 94, p. 1033). Arrêté grand-ducal du 29 janvier 1925, portant dissolution de la Chambre des députés (*Mém.* 1925, n° 4, p. 37). Arrêté grand-ducal du 18 décembre 1958, portant dissolution de la Chambre des députés (*Mém.* 1958, n° 65, p. 1565).

pur et simple, c'est-à-dire qu'il est destiné à produire ses effets immédiatement et définitivement. (...) En droit constitutionnel belge, l'acte de dissolution ne peut jamais être affecté d'un terme. »³⁴¹

[35] À quoi pourrait d'ailleurs servir le sursis accordé à la Chambre des députés en période préélectorale?

[36] Y a-t-il une nécessité institutionnelle d'éviter la dissolution immédiate de la Chambre des députés? Le Conseil d'État se permet de rencontrer l'interrogation développée dans le dernier alinéa de la lettre de saisine par les considérations que, d'une part, le Gouvernement n'a pas démissionné, qu'il n'est pas limité dans son action à la gestion des affaires courantes et qu'il continue donc de bénéficier de la plénitude des moyens qui sont à sa disposition en temps normal, et que, d'autre part, l'article 32(4) de la Constitution munit le Gouvernement des moyens formels nécessaires et suffisants pour faire face à une crise internationale sans le concours du Parlement.

[37] Même un Gouvernement démissionnaire chargé des affaires courantes et urgentes bénéficierait de pouvoirs très étendus. Il pourrait traiter en période de crise des affaires dont un retard dans leur solution nuirait aux intérêts essentiels du pays et ferait courir un danger ou causerait un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays. En cas de crise internationale et s'il y a urgence, même un Gouvernement démissionnaire pourrait valablement soumettre au Grand-Duc des règlements en toute matière, même dérogoires à des dispositions légales existantes, qui se fonderaient sur l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution³⁴².

[38] Enfin, il doit être permis de soulever la question de savoir comment une Chambre des députés serait en mesure de dégager une majorité pour soutenir l'action du Gouvernement.

[39] La démonstration que la dissolution est nécessaire à cause du caractère grave et irréversible du conflit qui a éclaté au sein de la majorité gouvernementale est également la démonstration qu'une dissolution différée serait inconsistante et incohérente.

[40] En conclusion de ce qui précède, le Conseil d'État est d'avis qu'un arrêté grand-ducal dissolvant avec effet différé la Chambre des députés ne serait pas compatible avec l'esprit de la Constitution, ni avec la coutume constitutionnelle qui s'est forgée à travers l'histoire.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 18 juillet 2013.

Le Secrétaire général,

Le Président,

s. Marc Besch

s. Victor Gillen

³⁴¹ Jacques VELU, *op. cit.*, p. 202-203.

³⁴² Voir Jacques SALMON, *op. cit.*, p. 404 et suivantes.