

Luc Heuschling

Débats et non-débats constitutionnels au Luxembourg

Une topologie critique

Qu'est-ce qu'un « débat constitutionnel » ? Quels en sont, en démocratie, à la fois idéalement et réellement, les objets, les lieux, les acteurs, les vecteurs et les caractéristiques ? C'est à cette problématique, vaste, cruciale et actuelle – elle tombe à point nommé à l'heure où il est question de « refondre » la Constitution luxembourgeoise de 1868 – que voudrait introduire le présent article, en esquissant un cadre théorique général. Celui-ci devra permettre de mieux cerner les forces et les faiblesses de la culture des débats constitutionnels au Luxembourg.

Que le débat doive être au cœur de l'exercice démocratique est une évidence, évidence qu'il n'est pourtant pas inutile de rappeler, ni de creuser. L'acte démocratique ne se réduit pas à la décision ; celle-ci se doit d'être informée, au préalable, par une délibération publique et rationnelle. En démocratie, le débat a toute sa place, parce qu'il y a un choix à opérer. Il n'est toutefois pas sans limites. Il a sa limite supérieure : tout régime, même démocratique, a besoin d'un socle consensuel minimal, sans lequel l'existence même du régime serait mise en péril (le débat atteint alors la virulence d'un « conflit constitutionnel¹ »). Le débat a également sa limite inférieure : lorsqu'existe une pluralité d'options légitimes,

il n'est pas sain que le débat soit escamoté et que la décision soit prise, certes, formellement, par le sujet démocratique, mais suite à un non-débat ou à un débat tronqué.

Assimilée au contrat social, la Constitution n'est-elle pas l'acte fondateur qui, à partir du néant (l'état de nature, la table rase), construit/reconstruit la société politique ?

L'importance de la Constitution et la qualité des débats y relatifs

Qu'en est-il du débat – en vérité : *des* débats – à propos de la Constitution ? Ceux-ci ne devraient-ils pas être d'une qualité supérieure, en comparaison aux débats relatifs au vote d'une simple loi, étant donné que la Constitution jouit d'un rang supérieur dans la hiérarchie des normes, qu'elle est la « base » de l'ordre juridique ? Assimilée au contrat social, la Constitution n'est-elle pas l'acte fondateur qui, à partir du néant (l'état de nature, la table rase), construit/reconstruit la société politique ? N'est-ce pas l'acte démocratique par excellence, la « chose du peuple » bien plus que les simples lois qui, elles, sont le fruit du travail des élus ? Sur ces points, complexes, il faut avancer avec prudence.

Déjà, il ne faut pas succomber à un syncrétisme qui mélangerait les idéaux et la réalité. Que la Constitution *doive* être la chose du peuple, des citoyens, est un idéal moral qui, en démocratie, est assez convaincant ; qu'elle le *soit* toujours, en droit positif, est moins sûr². Qu'on en juge : le texte de la Constitution française de 1958 a été élaboré par le gouvernement dans un secret total ; au Luxembourg, le débat sur la révision constitutionnelle de 1868 a duré, à la Chambre des députés, en séance plénière, pas plus de deux après-midis³ ; les textes constitutionnels des États-Unis et de la République fédérale d'Allemagne n'ont guère été soumis à un référendum, etc. Quant à l'importance de la Constitution (nationale), il faut se méfier de certains lieux communs. La formule, évocatrice mais aussi mystérieuse, selon laquelle la Constitution est la « base » du système juridique, risque d'induire en erreur, et ce, à deux points de vue.

D'abord, au Luxembourg, contrairement à la vision de la hiérarchie des normes prépondérante à l'étranger, la Constitution (nationale) n'est pas la norme suprême : la Constitution est, certes, supérieure aux lois, mais elle est, et ce depuis le XIX^e siècle, inférieure au droit international et, aussi, à l'heure actuelle, inférieure au droit de l'Union européenne⁴. Le débat constitutionnel (national) est donc circoscrit, ou hypothéqué, par le paradigme

Luc Heuschling est professeur de droit constitutionnel et administratif à l'Université du Luxembourg.

supranational ; on est loin de cet acte de démiurge que font miroiter les théories d'un Sieyes ou d'un Carl Schmitt sur le pouvoir constituant. Si la Constitution luxembourgeoise n'est pas la norme la plus importante, l'acte fondateur premier, elle n'est pas pour autant dénuée de tout rôle. C'est elle qui, toujours, de façon relativement autonome, définit l'organigramme de l'État luxembourgeois ; si, en matière de principes de fond, elle ne part plus de zéro (il y a déjà les droits, libertés, obligations et politiques définis aux niveaux européen et international), elle peut toutefois faire preuve d'une certaine originalité. Tout le travail, complexe, consiste dès lors à identifier, au cas par cas, ses marges de liberté, sa possible plus-value. Ainsi, la Constitution nationale peut garantir des droits non prévus à un niveau supérieur ou retenir d'un principe déjà proclamé une certaine concrétisation⁵.

La formule, usuelle, de la « Constitution base du système » induit également en erreur en ce qu'elle risque de faire croire que, sur le fond, tous les principes essentiels du droit infra-constitutionnel⁶ sont d'ores et déjà contenus dans la Constitution, que celle-ci est une sorte de « *juristische Weltenei* » (Ernst Forsthoff). Toutes les décisions politiques en matière de législation, réglementation, etc., seraient déjà préemptées, prédéterminées par la Constitution. Or, si les juristes affirment que la

Constitution est la base (plus exactement : le fondement) des lois, de toutes les lois, ils visent en vérité deux rapports différents⁷. Le premier rapport est un rapport procédural et dynamique : la Constitution définit les organes et procédures de la législation, sans fixer aucune directive quant au contenu de la loi. Le second rapport est matériel et statique : la Constitution impose au législateur le respect de certaines normes de fond (liberté, égalité, justice, solidarité, écologie, marxisme, islam, etc.). Selon la logique dans laquelle s'inscrit la Constitution d'un pays donné (elle se contente d'établir des organes ou leur fixe également un programme normatif, plus ou moins ambitieux), elle prédétermine à un degré variable l'avenir politique du pays.

Et même si la Constitution définit un programme de fond, il faut encore l'apprécier à sa juste valeur, à l'aune de la distinction entre une « Constitution-trésor » et une « Constitution-moteur »⁸. Avec ce dernier terme, je vise le modèle de Constitution défendu dans le discours révolutionnaire des Modernes : la Constitution sert à établir un régime totalement nouveau et c'est dans la Constitution qu'est esquissé le nouveau droit politique, administratif, civil, pénal, social, etc. C'est la Constitution qui est le moteur, la source d'inspiration du droit infra-constitutionnel à établir ou à réformer (si, comme c'est le

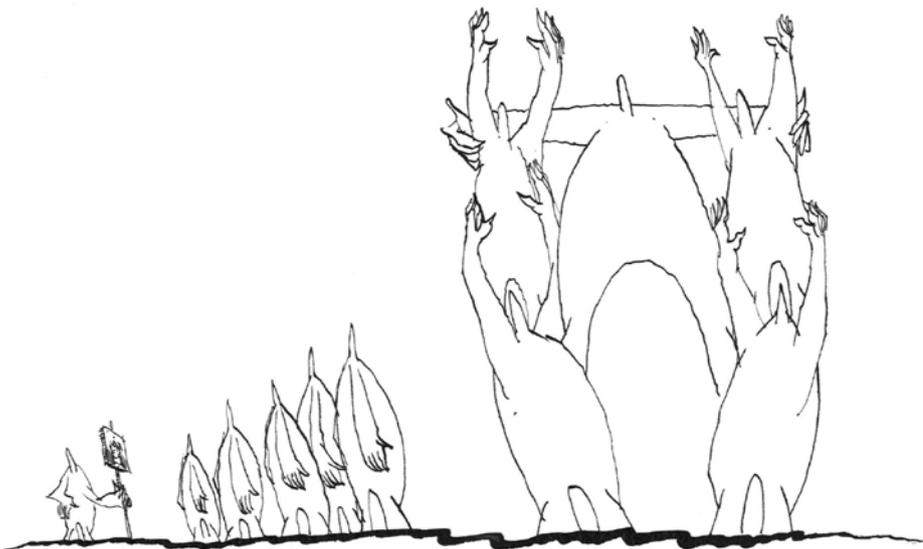
plus souvent le cas, il existe déjà, depuis le régime précédent, un code civil, une législation administrative, une jurisprudence commerciale, etc.). L'exemple topique est celui des constitutions établies à la sortie d'une dictature (Allemagne, Italie, Espagne, Europe de l'Est, Amérique latine, Afrique, etc.). À l'inverse, un tout autre rapport se noue entre le droit infra-constitutionnel et la Constitution dans le modèle de la « Constitution-trésor » : ici, la Constitution joue le rôle non pas d'un ressort dynamique, mais d'un simple réceptacle, d'un conservateur. Elle recueille (« emmagasine ») des solutions et institutions qui, dans le passé, ont été consacrées en droit infra-constitutionnel ou en droit constitutionnel non-écrit (pratiques, jurisprudence) et qui, au fil du temps, ont prouvé leur valeur. Afin d'être protégée contre toute remise en cause intempestive, la règle est « constitutionnalisée », elle est inscrite dans le Code constitutionnel. Son contenu ne change pas, mais c'est son rang dans la hiérarchie des normes qui évolue (« élévation »).

Si l'on garde à l'esprit ces distinctions, on s'aperçoit que la nature du débat constitutionnel (ses enjeux, ses difficultés, sa durée, son degré nécessaire d'ouverture aux citoyens) change sensiblement selon le type de Constitution qui est en cause.

Une refonte de la Constitution sans débat public ?

Imaginez une élection à laquelle aucun électeur ne se rend. Imaginez un processus constituant auquel aucun citoyen n'est associé, ni intéressé... À observer le débat (ou plutôt : non-débat) qui, pour l'instant, accompagne la procédure parlementaire de « refonte » de la Constitution luxembourgeoise, un citoyen critique peut être saisi « d'étonnement », voire « d'effroi » (Michel Pauly⁹). Surtout s'il associe le terme de « refonte » à l'idée de Constitution-moteur. Comment s'explique – se justifie ? – cette situation ?

La faute revient-elle au droit, à l'art. 114 Const. ? Il est certain que la procédure tant ancienne qu'actuelle¹⁰ de révision de la Constitution n'incite pas suffisamment à un vaste débat, public et contradictoire, dans lequel les citoyens seraient impli-



qués. L'ancien système de la dissolution *visait*, certes, à établir un débat en amont, mais, en pratique, il n'a jamais fonctionné en ce sens. L'actuelle procédure fait de la Constitution la chose surtout des élus : c'est eux qui lancent, discutent et votent toute révision, quelle qu'en soit l'importance. L'art. 115, un article qui date d'un autre âge et qui ne devrait plus avoir sa place dans une Constitution moderne (même monarchique), prévoit une modulation de la procédure, mais seulement en faveur du Grand-Duc¹¹. Mis à part donc l'art. 115, une révision cruciale, totale et/ou fondamentale suit le même cheminement qu'une révision absolument mineure. Les citoyens ont, certes, le droit de provoquer un référendum (ce dont on ne peut que se réjouir), mais cette procédure ne leur permet d'intervenir qu'en aval, à la fin du processus. Face à un paquet ficelé, leur choix se limite dès lors à dire « oui » ou « non ».

Or le plus important, pour les citoyens, est de pouvoir intervenir dans le cours des discussions, en amont, lorsque le projet constitutionnel prend forme. Une telle intervention est tout à fait réalisable. L'art. 114 Const. n'est pas un carcan qui interdirait à la Chambre des députés d'associer et de consulter les citoyens. La Chambre aurait pu recourir à une panoplie de solutions déjà éprouvées dans d'autres pays, à l'instar de : – l'élection ou la désignation d'un organe *ad hoc*, ayant pour mission d'élaborer un premier projet de constitution soumis ensuite à la Chambre (cf. l'exemple des deux Conventions au niveau de l'Union européenne ou l'exemple contemporain de l'Islande) ; – l'organisation de référendums (consultatifs, voire décisionnels) portant sur des points précis de la réforme globale (cf. les procédures constituantes en France en 1945 et en Italie en 1946) ; – l'organisation d'un cycle de débats entre/avec les citoyens, ainsi que l'a proposé récemment le ministre François Biltgen au sujet de la loi sur la nationalité (or pourquoi ce qui est concevable pour une loi ne le serait-il pas pour la Constitution ?) ; – la transparence des travaux de la commission parlementaire, que ce soit via la retranscription *intégrale* des débats et/ou leur retransmission sur la télévision de la Chambre et/ou sur Internet ; – l'audition de représentants des

forces vives de la nation ; – l'association d'experts : pas seulement d'experts étrangers, qui souvent connaissent peu ou prou le Luxembourg, mais aussi des professeurs de droit, de science politique, etc., de l'Université du Luxembourg qui, de par leurs recherches sur le système luxembourgeois, seraient à même d'éclairer utilement les décideurs politiques (élus, citoyens)¹². Tout cela est parfaitement possible dans le cadre de l'art. 114 Const. Encore faut-il le vouloir...

Si, pour l'instant, il n'y a pas eu cette volonté, est-ce dû à la modestie de l'objet de la révision ? Que recouvre, en effet, le terme de « refonte » qui est sur toutes les lèvres ? Alors que, selon le Larousse, ce terme a un sens fort (« refaire entièrement »), les instigateurs de la proposition de révision tendent souvent, dans leurs discours¹³, à en réduire la portée : certes, l'ordre des articles change totalement ; certes, la date même de la Constitution devrait changer (ce ne serait plus la Constitution « de 1868 ») ; mais, sur le fond, il s'agirait surtout d'une mise en adéquation du texte avec la pratique réelle. Un toilettage de la terminologie. L'opération s'inscrirait dans la logique de la rédaction d'une Constitution-trésor, auquel cas il n'est pas vraiment utile, ni nécessaire d'associer les

citoyens. *Don't wake up a sleeping dog !* Sous-entendu : il n'agit pas d'ouvrir la boîte de Pandore, ce à quoi reviendrait tout processus qui : 1) s'inscrirait dans la logique de la Constitution-moteur ; 2) ouvrirait largement les portes de l'assemblée aux citoyens. D'ailleurs, qui parmi les élus et/ou citoyens voudrait révolutionner le système actuel ? En outre, comment motiver les citoyens avec une telle refonte, si, au fond, le nouveau texte ne sera rien d'autre que l'ancien système retranscrit « au propre », noir sur blanc¹⁴ ? Heureux encore qu'en cas de référendum (si on en arrivait là), il existe l'obligation de vote... Pire : un référendum ne risquerait-il pas d'être absurde ? À supposer que les citoyens votent contre le nouveau texte, ils n'en seraient pas moins soumis au système esquissé, puisque c'est aussi l'ancien système !

Tous ces arguments ne seraient pas sans bien-fondé si la révision était, effectivement, une simple retranscription des règles déjà existantes. Or, elle ne l'est pas, elle ne l'est pas à cent pour cent. D'une part, le texte ne codifie pas toutes les normes constitutionnelles non écrites. La meilleure preuve en est le principe de la primauté du droit international et européen. Voilà l'une des principales spécificités de la

Art. 114 (version en vigueur de 1868 jusqu'en 2003) : « Le pouvoir législatif a le droit de déclarer qu'il y a lieu de procéder à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne. Après cette déclaration, la Chambre est dissoute de plein droit. Il en sera convoqué une nouvelle, conformément à l'art. 74 de la présente Constitution. Cette Chambre statue, de commun accord avec le Grand-Duc, sur les points soumis à la révision. Dans ce cas, la Chambre ne pourra délibérer, si trois quarts au moins des membres qui la composent ne sont présents, et nul changement ne sera adopté, s'il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages. »

Art. 114 (version en vigueur depuis 2003) : « Toute révision de la Constitution doit être adoptée dans les mêmes termes par la Chambre des députés en deux votes successifs, séparés par un intervalle d'au moins trois mois. Nulle révision ne sera adoptée si elle ne réunit au moins les deux tiers des suffrages des membres de la Chambre, les votes par procuration n'étant pas admis. Le texte adopté en première lecture par la Chambre des députés est soumis à un référendum, qui se substitue au second vote de la Chambre, si dans les deux mois suivant le premier vote demande en est faite soit par plus d'un quart des membres de la Chambre, soit par vingt-cinq mille électeurs inscrits sur les listes électorales pour les élections législatives. La révision n'est adoptée que si elle recueille la majorité des suffrages valablement exprimés. La loi règle les modalités d'organisation du référendum. »

Art. 115 : « Pendant une régence, aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc, son statut ainsi que l'ordre de succession. »

tradition constitutionnelle luxembourgeoise qui, pourtant, ne figurera pas dans le texte de la nouvelle Constitution ! Le texte ne reprend pas non plus toutes les solutions qui ont fait leurs preuves en droit infra-constitutionnel (exemple : l'ombudsman). D'autre part, la proposition de révision vise bel et bien, à certains endroits, à modifier la substance du droit actuel. Cela ressort de façon claire et explicite des réformes touchant à la justice (le projet d'un Conseil national de la justice, d'une Cour suprême) et au Grand-Duc (les réformes visant à restreindre l'empire du *Fürstenrecht*, du droit princier¹⁵). Parfois, le potentiel révolutionnaire des modifications proposées n'est pas perceptible « à l'œil nu », mais il n'en est pas moins réel : il suffit ici de réfléchir à ce que pourrait donner, une fois mobilisés par la justice, les principes de « l'État de droit » et de la « dignité humaine » empruntés à la tradition allemande et mise en exergue dans le texte de la proposition n° 6030 (art. 1 ; art. 11)¹⁶. Il y a donc bien des innovations, visibles ou non, ce qui justifie que d'aucuns réclament un véritable débat, plus large, sur *d'autres* points à modifier.

La réticence de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle et, de manière générale, des partis politiques

à mettre en place un grand débat public tient donc davantage à d'autres facteurs, à l'instar de la peur que le processus ne leur échappe (la boîte de Pandore !) ou n'aboutisse à aucun résultat, à force d'être trop ambitieux. Peut-être est-ce dû aussi à une certaine culture politique¹⁷, où l'on fait de la politique entre soi, en bonne entente entre élus, sans porter le débat sur la place publique ?

L'interprétation du texte constitutionnel : l'autre grand enjeu

Jusqu'ici, le débat constitutionnel a été localisé au niveau de la *rédaction du texte* de la Constitution. Or il est un second lieu, non moins crucial, mais qui est parfois oublié ou escamoté, à savoir *l'interprétation* du texte. À la racine de cet angle mort se trouve une conception dépassée du droit, datant des XVIII^e et XIX^e siècles, selon laquelle la création du droit (identifié par excellence à la loi) se réduit à la rédaction du texte de la norme juridique. L'interprétation est vue comme un pur acte d'application mécanique d'un sens préexistant, fixé par l'auteur du texte. C'est le mythe du juge, « bouche de la loi » (Montesquieu) ou « automate à syllogismes » (Max Weber). Dès lors, si débat démocratique il doit y avoir en ce qui concerne la Constitution,

il faut et il suffit que ce débat ait lieu, en amont, au moment dit « constituant », au moment où le texte de la Constitution est rédigé. Pourtant, l'interprétation de ce texte est un moment non moins « constituant ». Dans la science juridique contemporaine, l'ancien dogme de la complétude du texte a été soumis à rude critique de la part de pléthore d'auteurs et d'écoles, mais parfois il continue à survivre, en particulier chez certains praticiens. Ceux-ci peuvent se sentir liés par une tradition institutionnelle née à cette époque reculée, et qui est marquée du sceau de cette fausse conception. L'exemple topique est le style d'écriture des décisions de justice dans la culture juridique française, la fameuse *imperatoria brevitatis* : nul besoin de motiver longuement les décisions puisque tout découle du texte dont le libellé est parfaitement clair... En outre, cette tradition peut, en termes politiques, être extrêmement utile aux interprètes car, vis-à-vis d'un public naïf, elle leur sert de paravent afin de cacher la réalité de leur pouvoir. Or, en démocratie, une fois qu'il est admis que l'interprète d'un texte aussi vague que la Constitution se doit d'opérer des choix entre différentes lectures possibles, l'opération d'interprétation est, à son tour, sommée d'être plus transparente (cf. la publicité des délibérations du Tribunal fédéral suisse ; la pratique des opinions individuelles des juges dans les pays de *common law*), d'être plus explicite et détaillée dans sa motivation (des décisions de justice plus longues ; la possibilité pour les juges minoritaires d'émettre une opinion dissidente) et, aussi, de s'ouvrir à la société. Car, à l'instar de la célèbre controverse qui a agité le christianisme – qui a le droit de parler au nom de Dieu ? qui a le droit de lire, d'interpréter et de mobiliser ce texte sacré qu'est la Bible : seuls les représentants de l'Église ou chaque croyant ? –, se pose la question de l'accès à ce texte fondateur de nos cités qu'est désormais la Constitution.

Dans un article célèbre publié en 1975, le professeur de droit constitutionnel Peter Häberle a soulevé la problématique, en défendant le concept de « offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten » : « In diesem Sinne stellt sich jetzt die Beteiligtenfrage, d. h. die Frage nach den an der Verfassungsinterpretation Beteiligten un-

„Luxemburg hat keine guten Erfahrungen mit Referenden gemacht“, so wird Paul-Henri Meyers (CSV) im *Luxemburger Wort* vom 30. August zitiert. Diese Sicht überrascht, denn: Im Referendum von 1919 forderte tatsächlich eine Mehrheit des Volkes die Beibehaltung der Monarchie, im Referendum von 1937 zum „Maulkorbgesetz“ verhinderte das Volk das Verbot der kommunistischen Partei und stärkte der Demokratie den Rücken, in der Personenstandsaufnahme vom 10. Oktober 1940 sprach sich die Bevölkerung trotz schlagender Argumente der deutschen Besatzer für die Unabhängigkeit des Landes aus und im Referendum von 2005 zeigten sich immerhin 42% der Luxemburger skeptisch gegenüber der neoliberalen Entwicklung der EU!

Allerdings desavouierte das Volk fast in allen Fällen die Regierenden: 1919 stimmten die Bürger für eine Wirtschaftsunion mit Frankreich (die nicht umsetzbar war), 1937 läutete das Ende des Obrigkeitsstaates ein und 2005 musste die Regierung um ihren europäischen Ruf bangen. Es ist also die Exekutive, die schlechte Erfahrungen mit Volksbefragungen gemacht hat. 75 Jahre nach dem Scheitern des „Maulkorbgesetzes“ gesteht selbst das *Wort* ein, dass die Bürger die richtige Entscheidung getroffen hatten. Die Skepsis gegenüber der EU-Verfassung erscheint im Licht der rezenten Entwicklungen ebenfalls nicht unbegründet.

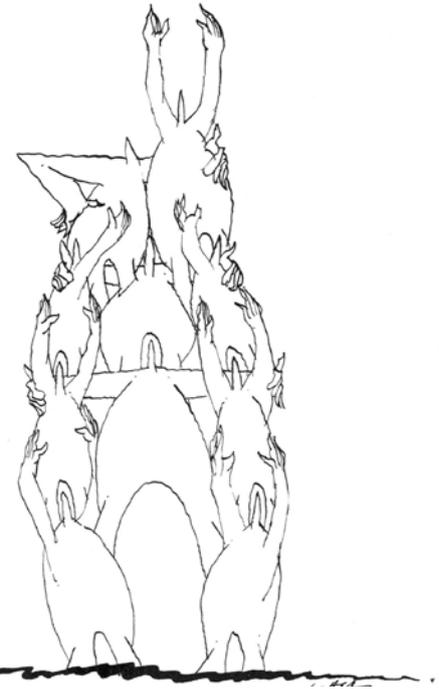
„Im Prinzip“ ist Meyers weiterhin für ein Referendum. Die CSV wird am 26. September ihre Position festlegen, die Meyers dann übernehmen will. **JST/LS**

ter dem Stichwort: von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungsinterpretation durch und für die offene Gesellschaft! These ist: In die Prozesse der Verfassungsinterpretation sind potentiell alle Staatsorgane, alle öffentliche Potenzen, alle Bürger und Gruppen eingeschaltet. Es gibt keinen *numerus clausus* der Verfassungsinterpreten! Verfassungsinterpretation ist bewußtseinsmäßig, weniger realiter, bislang viel zu sehr Sache einer ‚geschlossenen Gesellschaft‘: der ‚zunftmäßigen‘ juristischen Verfassungsinterpreten und der am Verfassungsprozeß formell Beteiligten. Sie ist in Wirklichkeit weit mehr Sache einer offenen Gesellschaft, d. h. aller – insoweit materiell beteiligten – öffentlichen Potenzen, weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird. Ihre Kriterien sind so offen, wie die Gesellschaft pluralistisch ist.¹⁸ »

Selon le professeur Häberle, en démocratie, l'interprétation de la Constitution n'est pas réservée aux seuls juges et, par extension, aux seuls juristes. Tous les acteurs de la société y participent ; ce n'est qu'en dernier lieu, en aval, lorsqu'il y a litige, que le juge entre en scène et impose *son* interprétation. Or, à ce moment-là, le texte de la Constitution a déjà été appliqué ; il a déjà fait l'objet d'interprétations de la part des autres acteurs. Selon Peter Häberle, le respect de la démocratie exige que le juge s'ouvre à ces arguments : son prétoire doit être le plus ouvert possible afin que ces acteurs puissent y prendre la parole. Dans son argumentation, le juge se doit de tenir compte de ces premiers arguments, il doit les mentionner, les discuter et, s'il s'y oppose, les réfuter par de meilleurs arguments de fond. Car le risque est grand que le juge, ou tout autre acteur appelé à interpréter la Constitution, esquive le débat en ignorant simplement les interprétations déjà existantes. Le silence imposé, rompu par une seule voix, se substitue au concert de voix qu'est le débat.

« Un particularisme du microcosme intellectuel luxembourgeois consiste – face à des arguments difficiles à réfuter – à feindre d'ignorer l'opinion qui déplaît, espérant qu'elle passera inaperçue.¹⁹ ». Sévère, ce constat d'Henri Entringer se vérifie, en

partie, en matière d'interprétation de la Constitution. Regardons par exemple la pratique du Conseil d'État, un acteur clé en matière d'interprétation de la Constitution au Luxembourg. Issu d'une origine sulfureuse (le coup d'État de 1856), recalé dans ses anciennes fonctions de juge administratif, contesté régulièrement dans ses modalités de recrutement, le Conseil d'État est un organe qui cherche à assoir sa légitimité à travers, d'une part, son travail de légistique et, d'autre part, son rôle de « gardien de la Constitution²⁰ ». Si ce dernier rôle est indéniable, il n'est pas pour autant au-dessus de toute critique. Dans l'image du gardien est évoquée l'idée d'un conservateur qui, face à des députés à la mémoire potentiellement courte (mais la Chambre n'a-t-elle pas sa propre mémoire ?) et en l'absence d'une doctrine scientifique (mais il existe désormais l'Université du Luxembourg...), garde pieusement le trésor des interprétations constitutionnelles du passé. Il est le gardien vigilant de la tradition. Or, il arrive parfois au Conseil d'État, sur des sujets cruciaux, d'avoir une mémoire lacunaire, sélective, alors même qu'il s'agit d'une interprétation défendue par un ancien Premier ministre (je pense, en l'espèce, à l'interprétation de l'art. 45 Const. défendue par Paul Eyschen en 1907, en matière de droit princier). On peut noter aussi que dans son récent avis



sur la refonte constitutionnelle, le Conseil d'État a un usage assez restrictif des sources externes, comme s'il intervenait en vase clos – j'extrapole un peu. Comme s'il était un expert, le détenteur exclusif d'une vérité évidente et incontestable. Or, le Conseil d'État n'est pas, à proprement parler, un « expert », un « savant » ; c'est, d'abord et avant tout, un organe *politique*. La vérité dont il se dit le gardien (la Constitution) est souvent²¹ susceptible d'interprétations diverses. C'est dire que le débat constitutionnel peut encore gagner en richesse et en pluralisme. ♦

1 J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels*, Presses universitaires de Rennes, 2010.

2 Pour un premier aperçu, cf. C. Klein, A. Sajo, « Constitution-Making : Process and Substance », in M. Rosenfeld, A. Sajo (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, 2012, p. 420 ss.

3 *Compte rendu des séances des États du G.D. de Luxembourg*, 1867-68, session extraordinaire, séances des 7 et 8 mai 1868.

4 Énoncé par les juridictions luxembourgeoises à partir des années 1950, voire déjà en 1917 (cf. P. Kinsch « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasicrisie lux.*, vol. 34, 2010, p. 399 ss), le paradigme de la suprématie du droit international se met, en vérité, en place au XIX^e siècle, dans les débats politiques portant sur l'intégration du pays dans des structures supranationales (Deutscher Bund, Zollverein, etc.), et aussi, ce que l'on sait moins, dans les débats des constituants sur le droit princier

(cf. L. Heuschling, *Le Pacte de Nassau de 1783, le Fürstenrecht et la hiérarchie des normes*, chap. 4, à paraître).

5 Cf. D. Spielmann, « Quels droits fondamentaux pour la Constitution luxembourgeoise ? Au sujet d'une réforme rassurante mais peu ambitieuse », in J. Gerkrath (dir.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Larcier, 2010, p. 27 ss.

6 Par droit infra-constitutionnel, il faut entendre l'ensemble des normes qui, dans la hiérarchie des normes juridiques, se situent à un niveau inférieur à la Constitution (p. ex. lois, règlements, décisions administratives, contrats, etc.). D'aucuns constitutionnalistes parlent aussi du « droit ordinaire (einfaches Recht) ».

7 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2^e éd., 1960, chap. V.

8 L. Heuschling, « La Constitution formelle », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 1, 2012, p. 294 s.

9 Propos introductif à la table ronde sur la réforme constitutionnelle, organisée par *forum* le 7.12.2011.

10 Pour une analyse, cf. J. Gerkrath, « Le mécanisme de la révision constitutionnelle au G.D. de Luxembourg », *Journal des Tribunaux Luxembourg (JTL)*, 2009, n° 6, p. 174 ss.

11 Cet article s'inscrit dans la conception monarchiste autoritaire du XIX^e siècle, où la Constitution est conçue comme un pacte entre, d'un côté, le monarque et, de

l'autre, le peuple. Dans cette logique, si l'une des deux parties du contrat est absente (en l'espèce le Grand-Duc, représenté « seulement » par un régent), il est inimaginable de modifier les termes du pacte. Or, dans la conception démocratique (cf. la Constitution de la monarchie française de 1791), c'est le peuple, et lui seul, qui se donne une Constitution. Il n'est nullement tenu d'obtenir l'accord du monarque qui n'est point son égal.

12 Sur le rôle éventuel de la science, voir p.ex. les cas de la Suisse (lors de la révision totale de la Constitution) ou l'Irlande (intervention de savants lors des campagnes précédant chaque référendum).

13 Lire p.ex. l'exposé des motifs de la proposition de révision déposée par Paul-Henri Meyers (n° 6030), p. 5 : « En examinant les raisons qui plaident actuellement en faveur d'une refonte de la Constitution, l'on peut en retenir trois : la modernisation de la terminologie désuète par endroits, la nécessité d'adapter les textes à l'exercice réel des pouvoirs et l'inscription dans la Constitution des dispositions relevant d'une pratique coutumière et inscrites dans d'autres textes échappant à l'intervention du législateur. »

14 Argument invoqué par Alex Bodry lors de la table ronde du 7.12.2011, afin de s'opposer à un référendum.

15 Que ce soit en matière de succession au trône, de régence, des mariages princiers (cf. L. Heuschling, « Le Fürstenrecht et les mariages au sein de la maison grand-ducale de Luxembourg », *JTL*, août 2012).

16 R. Ergéc, « Deux concepts constitutionnels nouveaux : l'État de droit et la dignité humaine », *JTL*, 2009, n° 6, p. 180 ss. Sur la migration de ces deux principes et la « germanisation du droit public », cf. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2001 ; id., « La dignité de l'être humain dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », in L. Burgogues-Larsen (dir.), *La dignité saisie par les juges*, Bruyant, 2010, p. 115 ss. Sur l'impact potentiel de la consécration de la « dignité humaine », à l'heure où le gouvernement entend réduire radicalement l'aide sociale aux demandeurs d'asile, lire l'importante décision rendue par le Bundesverfassungsgericht le 18.7.2012 (1 BvL 10/10, disponible sur le site Internet de la Cour : www.bverfg.de).

17 Déjà décrite par Henri Entringer, *Les défis de l'Université du Luxembourg*, Luxembourg, Institut grand-ducal, 2010, p. 246.

18 P. Häberle, « Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation » (1975), repris in id., *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 156.

19 H. Entringer, *op. cit.*, p. 246.

20 Cf. not. l'ouvrage *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, édité par le Conseil d'État et rédigé entièrement par des membres du Conseil.

21 Je ne dis pas « toujours ».

Chronologie einer neuen Verfassung

21. Mai 1999: Kurz vor den Wahlen erklärt die Abgeordnetenkammer fast alle Artikel der Verfassung für revisionsbedürftig.

12. August 1999: In ihrem Koalitionsabkommen sprechen sich CSV und DP für die Ausarbeitung einer neuen Verfassung aus. Dieser Text soll anschließend den Bürgern in einem Referendum vorgelegt werden.

11. Dezember 2008: Da der Großherzog das Euthanasiegesetz nicht unterschreiben wollte, beschließt die Abgeordnetenkammer eine Reform des Artikels 34 der Verfassung. Damit muss der Großherzog ein Gesetz nicht mehr sanktionieren. In einer Motion beauftragt das Parlament die Verfassungskommission, die Rolle des Großherzogs in der Verfassung zu überdenken.

21. April 2009: Der Entwurf einer neuen Verfassung wird von Paul-Henri Meyers, Präsident der parlamentarischen Kommission für Institutionen und Verfassungsrevision, vorgelegt.

22. Juni 2011: Der Regierungsrat nimmt Stellung zum Entwurf der neuen Verfassung.

6. Juni 2012: Der Staatsrat veröffentlicht sein langerwartetes Gutachten zum Entwurf der Verfassungskommission.

Herbst 2013: Voraussichtlich könnte die neue Verfassung zu diesem Zeitpunkt angenommen werden. Bis dahin muss die Verfassungskommission ihren Entwurf überarbeiten und die Änderungen nochmals dem Staatsrat vorlegen.

LS

