

Séance du 3 mars 2015

**DE LA DÉMOCRATIE AU LUXEMBOURG,
OU : POURQUOI ET JUSQU'À QUEL POINT
LES RÉFÉRENDUMS DE L'ART. 51 § 7 CONST.
SONT-ILS DÉCISIONNELS ?¹**

par

Luc Heuschling

Docteur en droit public (Sorbo.)

Agrégé de droit public (France)

Professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg

Après son doctorat en droit public obtenu à la Sorbonne, en 2000, sur le thème « Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law », Luc Heuschling a été reçu au concours d'agrégation des professeurs de droit public en France. Il a enseigné à l'université de Lille 2 ainsi que dans d'autres institutions (Science po Paris, Ileri, Paris I-ENNA, etc.). Depuis 2011, il est professeur de droit constitutionnel à l'Université du Luxembourg. Ses recherches portent, principalement, sur les concepts clés du droit constitutionnel étudiés sous l'angle comparé ainsi que sur le constitutionalisme luxembourgeois. Il a été élu à la Section des sciences morales et politiques en 2014.



¹ Le présent texte est la version rédigée, en partie élargie, en partie réduite, du discours de réception tenu le 3 mars 2015. Finalisé en janvier 2016, ce texte prend en considération l'issue du référendum du 7 juin 2015 et la suite des événements et débats. Pour des raisons d'espace et de cohérence, l'analyse de l'état de la démocratie semi-directe au sein de la proposition de réforme de la Constitution (dossier parl. n°6030), qui, lors du discours, faisait l'objet d'une 3^e partie, a été extraite et fera l'objet d'une publication séparée ailleurs. En revanche, suite à une question, lors des débats à l'Institut grand-ducal, de Jean Hoss sur les effets dans le temps de la norme référendaire – question importante à laquelle ma réplique de l'époque n'apportait qu'un début de réponse –, je me suis décidé d'approfondir, à l'écrit, cet aspect crucial.

Introduction

La démocratie semi-directe au Luxembourg : un bilan en demi-teinte
La thèse problématique de la valeur consultative du référendum : une
radioscopie critique

I^{ère} partie | Retour en arrière :

I^{ère} partie | Retour en arrière : l'histoire des interprétations successives de l'art. 51 § 7 Const.

- A | Le discours dominant actuel et son rapport antihistorique à l'histoire
 B | L'histoire mouvementée de l'interprétation de l'art. 52 al. 7/51 § 7 Const.
 1° Le premier moment clé : 1919 et la lecture de l'art. 52 al. 7 Const. par Joseph Bech
 2° Un fossé qui s'ouvre : 1948, l'échec des projets socialistes et l'omineuse référence à la « démocratie parlementaire »
 3° La théorisation des deux faces du discours internormatif : 2001-2005
 4° L'effondrement partiel de la facette politique du discours internormatif à la veille du référendum du 7 juin 2015

II^e partie | La thèse de la valeur, en principe, décisionnelle des référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const.

- A | Pour un dépeussierage de l'interprétation de l'art. 51 § 7 Const. : le principe de la nature normative
 1° Au vu des termes de l'art. 51 § 7 Const. : une interprétation littéraire
 2° Au vu des intentions du constituant de 1919 : une interprétation historique
 3° Au vu du nouvel art. 1^{er} Const., introduit en 1998 : une interprétation systématique *up to date*
 4° Un argument ontologique à récuser : l'inconcevabilité de la nature décisionnelle d'un référendum portant sur une « idée »
 5° Une exception possible : un référendum sur un véritable vœu au sens strict du terme
- B | Le régime de la norme posée par les citoyens : objet, durée de validité et modification ultérieure
 1° En cas de compétence exclusive des citoyens : le nécessaire parallélisme des formes
 2° En cas de compétences dédoublées, parallèles, du parlement et du corps des citoyens : le choix entre deux options

a) Les deux logiques de l'équivalence et de la hiérarchie
 b) Le maintien de la logique classique de l'équivalence dans le cadre de l'art. 114 Const.

3° En cas de référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (art. 51 § 7 Const.) : l'intrinsèque hiérarchie et ses limites dans le temps

*

Le Luxembourg est un petit pays, même un très petit pays, ce qui de prime abord, de l'avis de Jean-Jacques Rousseau, devrait le prédestiner à devenir le lieu d'épanouissement de la démocratie *directe*. Dans le *Contrat social* (Livre II, chap. X), Rousseau s'interroge quel est le peuple qui soit apte à légiférer directement, sans intervention d'élus. Parmi les multiples critères qu'il énonce, il y a celui de la taille : il faut, écrit-il, un peuple « dont chaque membre peut être connu de tous »². Or n'est-ce pas là un descriptif du Luxembourg, pays où, comme le dit un lieu commun, « chacun connaît chacun (*Jidaweren kennt jidaweren*) »³ ? Si la démocratie directe au sens strict – celle de la Cité d'Athènes, de la *Landsgemeinde*, etc. – est de nos jours rarissime, même en Suisse, la petitesse n'aurait-elle pas dû jouer au moins en faveur des mécanismes de démocratie *semi-directe* ? L'on est tenté de partir de cette prémisses³ et pourtant, à analyser ce lien de plus près, celui-ci s'avère plus complexe, en particulier dans le cas du Luxembourg.

La démocratie semi-directe au Luxembourg : un bilan en demi-teinte

Le cliché que chacun connaît chacun sert, en réalité, à renforcer la démocratie représentative : chaque citoyen, s'il souhaite exprimer un grief, est censé connaître au moins un élu à qui il peut s'adresser directement, individuellement, et à tout moment. Pourquoi vouloir une démocratie semi-directe s'il y a la « démocratie du téléphone » ? Inversement, le premier parti du pays (CSV) qui se targue d'être un parti populaire, va jusqu'à affirmer qu'il est lui-même, en tant que parti, une « initiative citoyenne »

2 J.J. Rousseau, *Œuvres complètes*, coll. Pléiade, Gallimard, 1964, vol. III, p. 390. Voir aussi *Contrat social*, Livre III, chap. 15. Pour une contextualisation philosophique, cf. R.A. Dahl, E.R. Tufte, *Size and Democracy*, Stanford UP / OUP, 1974, chap. 1.

3 En ce sens : B. Fayot, *Les quatre référendums du Grand-Duché de Luxembourg. Essai*, Luxembourg, Editions de la petite Amérique, 2006, p. 79. Ce lien est également affirmé, au vu de la Suisse, par W. Linder, *Schweizerische Demokratie*, 3^e éd., Haupt, Bern, 2012, à la page 371, mais contredit implicitement p. 294 (la pratique de la démocratie semi-directe est plus développée dans les grands cantons urbanisés que dans les petits cantons ruraux).

et donc, implicitement, un instrument de la démocratie semi-directe⁴. A cela s'ajoutent d'autres facteurs à l'instar d'une certaine culture politique paternaliste dans le passé, la méfiance vis-à-vis du peuple après l'échec cuisant pour la droite catholique et ses alliés libéraux du référendum de 1937 sur la loi muselière⁵, l'implantation d'une démocratie sociale et économique qui ne fait pas bon ménage avec la démocratie semi-directe – une fois que l'élite *latro sensu* du pays (élus, patronat, syndicats) s'est entendue, pourquoi courtir le risque de défaire ce consensus en introduisant dans le jeu politique les citoyens ordinaires ?⁶ –, sans oublier enfin l'attitude de nombre de citoyens eux-mêmes. Un nombre conséquent de Luxembourgeois ont, par une sorte de réflexe consumériste, interiorisé totalement le paradigme de la démocratie représentative. Ils ont fait un *outsourcing* des questions politiques et ne veulent pas/plus être tracassés. Pourquoi, en outre, se plaindre, vouloir participer ou contrôler, si les résultats matériels produits par le système représentatif sont satisfaisants ?

Les effets de ces divers facteurs sont bien connus. Au Luxembourg, la démocratie est encore très souvent identifiée à la démocratie représentative, ainsi qu'en témoigne le fait que, lorsqu'il s'agit en droit de définir « l'essence » du régime constitutionnel en place, il est quasi systématiquement fait référence à l'art. 51 § 1 de la Constitution luxembourgeoise (« Le Grand-duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire »), et non à l'article plus général, ouvert, récent et exposé qu'est l'art. 1^{er} Const. (« Le Grand-duché de Luxembourg est un Etat démocratique »). De même, les référendums sont rarissimes au Luxembourg⁷. Au XX^e siècle, plus aucun référendum n'a

4 Cf. M. Wolter, président du CSV, en exergue au programme électoral du CSV pour les élections du 20 octobre 2013, p. 1 (« *Wir sind die stärkste Bürgerinitiative des Landes* ») et les propos du secrétaire général Laurent Zeimet dans *Le Quotidien*, 10 octobre 2014, p. 4.

5 En témoignent les débats lors de la révision de la Constitution au lendemain de la 2^e guerre mondiale. Cf. *infra* 1^{re} partie, B, 2^e.

6 En 2003, la plupart des chambres professionnelles ont été très réticentes à l'égard de l'élargissement de la démocratie semi-directe prévu dans le projet de loi n°5132 déposé par le gouvernement CSV-DP. Est révélateur également, par analogie, l'abandon par l'actuelle majorité libérale-socialiste-écologiste de ce qui, initialement, était censé devenir la 4^e question du référendum du 7 juin 2015 (la séparation entre l'Etat et les religions sur le plan financier). Une fois un accord trouvé avec les représentants des religions, le gouvernement ne voyait plus aucun intérêt à faire voter les citoyens.

7 Pour un historique de la démocratie semi-directe au Luxembourg, voir Direkt Demokratie, *Eng Dokumentation iwert d'Arbecht vun der Biergerkléckum fir direkt Demokratie*, sans éditeur, Strassen, 1996 (Cote BNL : LB 20540), en particulier « Auf dem Weg zur direkten Demokratie. Luxemburg 1789-1989 » (67 p.) ; L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51 § 7 Const.). Une déconstruction historique », *Pastiriese luxembourgeoise*, 2015, vol. 1, p. 1 ss.

été organisé au niveau national, après celui de 1937. En 1992, Alex Bonn écrivait : « Le référendum fait toujours bonne figure dans l'arsenal national des droits du citoyen. En fait, il a été relégué au musée des institutions politiques »⁸. Plus près de nous, dans le cadre du référendum du 7 juin 2015, nombre de journalistes et d'acteurs politiques ont observé et se sont plaints qu'il n'y avait pas de tradition et de culture de la démocratie semi-directe au Luxembourg. Si ces constats, très sévères, de 1992 et de 2015 doivent en partie être nuancés eu égard à certaines évolutions, celles-ci sont toutefois le plus souvent en demies teintes, un peu à la façon de la procession dansante d'Echternach : deux pas en avant, un pas en arrière... Ces évolutions, si elles sont réelles, ne marquent pas – pas encore ? – une césure fondamentale avec cet esprit de méfiance à l'égard de la démocratie semi-directe.

Ainsi, en 1988, le référendum a été introduit sous différentes variantes dans la loi communale (art. 35 et 36 de la loi communale du 13 décembre 1988) : le référendum est déclenché tantôt par les instances élues, tantôt par une fraction d'électeurs (1/5 ou 1/4 du corps électoral, selon la taille de la commune) ; il peut s'adresser tantôt aux seuls « électeurs » (ce qui, en 1988, incluait seulement les Luxembourgeois), tantôt à tous ou à une partie des « habitants » (ce qui, déjà en 1988, laissait la porte ouverte à la participation des résidents non-luxembourgeois). Mais, dans tous les cas, même lorsque le référendum s'adresse seulement aux électeurs, le résultat n'a que la valeur d'un avis consultatif (art. 35 al. 3 et art. 36 al. 1 et 4 de la loi communale). Est-ce une façon de prendre l'opinion des citoyens au sérieux ? Est-ce conforme à l'idéal de démocratie ? Le doute est permis.

En 2003, la procédure de révision fut modifiée de façon à inclure, après le vote des députés à la majorité qualifiée des deux tiers, la possibilité d'un référendum qui peut être déclenché soit par l'opposition politique (16 députés), soit par 25.000 électeurs. Ce référendum est décisionnel, une avancée réelle qui n'a pas été acquise sans résistances. Cette procédure du référendum a d'ailleurs failli être déclenchée en 2009, à propos de la célèbre révision de l'art. 34 Const. Mais le nombre exigé de signatures d'électeurs est extrêmement élevé, ce qui rend cette voie quasi illusoire. Ce que les élus donnent d'un côté, ils le reprennent de l'autre.

En 2005, après une longue traversée du désert au cours de laquelle n'ont pourtant pas manqué les appels de citoyens et/ou de partis de l'opposition (en particulier du ADR) en faveur de l'organisation d'un

8 A. Bonn, « Démocratie parlementaire et démocratie directe », *Lëtzebuurger Land*, 20.11.1992, p. 6.

référendum sur divers sujets, eut lieu à nouveau un référendum national : celui sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Mais le résultat relativement serré a montré aux élus les limites du traditionnel engagement pro-européen des Luxembourgeois⁹. Les ardeurs de certains élus ont été refroidies. Le traité de Lisbonne, quant à lui, n'a pas été soumis à référendum.

En 2005 fut votée également la loi définissant le régime général des référendums au niveau national, mais, au final, la loi est beaucoup moins ambitieuse en matière de démocratie semi-directe que ne l'était, toutes proportions gardées, le *projet de loi* (doc. parl. n°5132) déposé en 2003 par le gouvernement de coalition CSV-DP. Celui-ci prévoyait d'introduire une initiative législative de 10.000 électeurs, suivie éventuellement – si 25.000 électeurs l'exigeaient – d'un référendum (consultatif¹⁰) en cas de refus ou de modification de la proposition citoyenne par la Chambre des députés. Le caractère consultatif d'un tel référendum était ubuesque. Imaginez un instant la situation : 10.000 citoyens proposent un texte législatif qui est recaté par la Chambre des députés ; les initiateurs de ce texte réussissent, à nouveau, à recueillir des signatures de citoyens (cette fois-ci 25.000 : autour de 10 % du corps électoral luxembourgeois) ; imaginez, en plus, que la majorité des citoyens luxembourgeois (avec une participation autour de 90 %, dû à l'obligation de vote) se prononcent effectivement en *faueur* du texte, ce qui, au vu des expériences à l'étranger¹⁰, est plutôt improbable statistiquement ; et, à la fin, la Chambre des députés, ainsi contredite par les citoyens, aurait pu néanmoins, en vertu du caractère consultatif du référendum, refuser de se plier à la volonté du peuple... Non seulement une telle solution aurait été absurde, cynique, contraire à l'idée de démocratie et insolite en droit comparé¹¹ ; elle aurait aussi été irréalisable et inutile. Quel

⁹ Cf. l'évaluation du précédent de 2005 par B. Fayot, *op. cit.*, p. 54-61.

¹⁰ Le taux de réussite dans ce type de référendum sur une initiative législative citoyenne n'est que de 9,9 % en Suisse au niveau fédéral et de 29,7 % au niveau des cantons suisses. Le chiffre monte à 45 % dans la pratique des Etats des Etats-Unis. Cf. W. Linder, *op. cit.*, p. 294, p. 362.

¹¹ Le seul exemple étranger proche que j'ai pu trouver est l'art. 66 du projet de Constitution élaboré en 2011 en Islande, et qui n'est pas entré en vigueur. Art. 66 : « *Two per cent of voters may present an issue to Althingi [= parlement]. Ten per cent of voters may present a bill to Althingi. Althingi may present a counter-proposal in the form of another bill. If the bill of the voters has not been withdrawn it shall be presented to a referendum as well as the bill of the Althingi if that appears. Althingi may decide that the referendum shall be binding [Le parlement pourrait donc aussi décider qu'il n'est que consultatif]. A vote on the bill proposed by voters shall take place within two years from the time the issue was presented to Althingi.* » Cf. http://www.stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/Frumvarp-enska.pdf

parti aurait le courage de dire, à la face des électeurs, qu'il refuse le texte de loi adopté par eux ? De toute manière, cette solution imaginée par le projet de loi n°5132 n'a pas vu le jour. Le mécanisme de l'initiative législative populaire suivie d'un éventuel référendum a été écarté par la Chambre des députés suite à des critiques d'ordre constitutionnel exprimées par le Conseil d'Etat¹². A l'époque, les députés s'étaient engagés à évacuer cet obstacle constitutionnel lors d'une future révision constitutionnelle. En 2009, le député Paul-Henri Meyers, alors président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC), a effectivement introduit une disposition allant dans ce sens au sein de la proposition de refonte de la Constitution n°6030. Or cette proposition (celle de 2009 et celle d'aujourd'hui) ne va pas aussi loin que le projet de loi n°5132¹³. A croire que les ardeurs en faveur de la participation du peuple se sont refroidies entre 2003 et 2009/2016...

L'arrivée au pouvoir en 2013, après la dissolution de la Chambre des députés et la mise en cause de la responsabilité politique du premier ministre J.C. Juncker dans l'affaire des dérivés des services secrets luxembourgeois, a laissé espérer un changement. Lors de la campagne électorale, les libéraux, les socialistes et les écologistes avaient mis en avant leur volonté d'introduire une « nouvelle culture politique » au Luxembourg, avec plus de démocratie participative. La nouvelle majorité a, en effet, eu recours à nouveau au référendum (celui du 7 juin 2015), mais beaucoup d'acteurs politiques, de citoyens et d'observateurs y ont vu un usage du référendum, et du peuple, à des fins tactiques (forcer la main à l'opposition et exercer une pression sur l'église catholique via le recours au peuple), ce qui a suscité beaucoup de controverses. L'abandon de la fameuse 4^e question de ce référendum a également été perçu comme une instrumentalisation du peuple par les élus de la majorité. Les forums de citoyens, censés avoir lieu en amont de ce référendum, n'ont pas vu le jour. La nouvelle majorité a annoncé également un second référendum, en vertu de l'art. 114 Const., sur le texte intégral de la nouvelle Constitution (a priori : début 2018). Dans le texte de la refonte de la Constitution, la démocratie semi-directe connaît une certaine évolution, mais les avancées restent très timides et l'avenir de la démocratie semi-directe reste incertain, eu égard non seulement au « non » du 7 juin, mais aussi à l'appréhension croissante des élus de tous les partis quant à l'attitude des citoyens lors de ce second référendum.

¹² A l'inverse, pour une interprétation de la Constitution plus ouverte à l'égard de l'initiative citoyenne, lire A. Bonn, *La Constitution oubliée*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1968, p. 27.

¹³ Cf. doc. parl. 6030-15, art. 74.

La thèse problématique de la valeur consultative du référendum : une radioscopie critique

Une autre illustration, paradigmatique, de cette relégation de la démocratie semi-directe – « *stiefmütterliche Behandlung* » dirait-on en allemand – est le discours actuellement dominant, selon lequel le référendum prévu par l'article 51 § 7 Const. ne serait, en droit, que de nature consultative. N'est-ce pas, en soi, un paradoxe, une absurdité ? Dans une démocratie, dans laquelle le *demos* est censé « gouverner », donc *décider*, est-il concevable que les élus convoquent le peuple – le souverain – aux urnes, avec obligation de vote¹⁴, sur une question dont les termes ont été définis par les élus et eux seuls – ces derniers ne pourront donc s'en distancier en arguant du caractère déraisonnable de la question ou des réponses –, afin de lui demander un simple « avis » que les élus, le cas échéant, pourraient méconnaître ? Les citoyens seraient-ils de simples « conseillers » des élus, à qui ils rendent des « avis » ? Le paradoxe est encore accru par deux autres aspects. D'une part, cet « avis » coûte assez cher et coûterait encore plus cher si jamais – ce qui, en droit, est tout à fait possible¹⁵ – la Cour administrative devait, pour cause d'irrégularité, annuler le référendum, ce qui obligerait l'exécutif à le refaire. D'autre part, si, en droit, les élus politiques et la plupart des juristes luxembourgeois ont estimé dans le passé et continuent à estimer à l'heure actuelle que le référendum de l'art. 51 § 7 Const. n'a que la valeur d'un avis, d'un vœu, ces mêmes élus étaient unanimes, du moins dans le passé (en particulier vers 2005), pour dire que, *bien évidemment*, eu égard à l'idée de *démocratie*, cet avis liait sur le plan moral et politique. Cette facette politique ou morale du discours dominant a, entretemps, pris un sérieux coup : elle a été contestée par une partie non négligeable des partis politiques *avant* le référendum du 7 juin et cette cassure n'a été colmatée qu'en surface *après* le 7 juin. En tout cas, selon ce discours politique de 2005, contesté avant le 7 juin, mais repris en chœur à nouveau après le 7 juin 2015, il est suggéré par les élus que l'idéal de la démocratie serait présent, au Luxembourg, au niveau de la morale, mais non en droit. Voilà une affirmation qui est pour le

14 A la différence de la Belgique où la participation aux consultations (régionales et locales) n'est pas couverte par l'obligation légale de vote. Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 339 s. Pour le Luxembourg, au niveau national, cf. art. 37 loi du 4 février 2005 (l'obligation de vote vaut à la fois pour les référendums de l'art. 114 Const. et pour ceux de l'art. 51 § 7 Const.). Au niveau local, la participation aux référendums organisés en vertu de l'art. 35 de la loi communale du 13 décembre 1988 est obligatoire ; elle ne l'est pas, en revanche, pour les « consultations » organisées en vertu de l'art. 36 de la loi communale (cf. art. 35 al. 2 et 36 al. 2).

15 Cf. art. 63 de la loi du 4 février 2005.

moins curieuse eu égard à la présence de l'art. 1^{er} Const. qui, précisément, affirme le caractère « démocratique » de l'Etat luxembourgeois...

C'est ce discours curieux, affirmant en droit le caractère consultatif du référendum de l'art. 51 § 7 Const., tout en alléguant son caractère contraignant sur le plan moral et politique, que la présente intervention entend soumettre à une analyse critique. Car cette thèse est, à mon avis, hautement contestable en droit positif, *de lege lata*. Une analyse approfondie et méthodique du texte de la Constitution aboutit en effet à une conclusion exactement inverse à celle affirmée par le discours dominant : vu l'art. 1^{er} Const., il faut d'admettre, en principe, le caractère décisionnel des référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const.

Pour étayer cette thèse, je vais d'abord, dans une première partie d'ordre historiographique, sonder les origines historiques de ce discours dominant qui se présente tel un lieu commun, comme une évidence, comme la seule interprétation existante. Or une plongée dans les débats parlementaires et intellectuels d'antan révèle une image bien plus complexe, riche et intéressante quant à l'interprétation de l'art. 51 § 7 Const. (1^{ère} partie). Ayant à l'esprit cette histoire, il sera possible de jeter un autre regard sur l'art. 51 § 7 Const., du point de vue de la dogmatique juridique (II^e partie).

I^{ère} partie

Retour en arrière : l'histoire des interprétations successives de l'art. 51 § 7 Const. 16

D'où provient cette thèse étrange, alambiquée, pour ne pas dire schizophrène, que, en droit, le référendum de l'art. 51 § 7 Const. – à l'inverse du référendum organisé en vertu de l'art. 114 Const. – n'a que la valeur d'un « avis », mais que, sur le plan moral et politique, eu égard à l'idéal démocratique, il va de soi que les autorités vont respecter la « volonté », le « verdict », du peuple ? Cette argumentation, qui peut être facilement taxée d'hypocrisie, n'est pas de nature à désarmer l'esprit de défiance qui peut animer certains citoyens à l'égard des élus. Selon un sondage effectué en 2014, 62,1 % des Luxembourgeois interrogés estiment qu'en démocratie le résultat d'un référendum devrait lier les élus et le gouvernement¹⁷. Discutable sur le plan moral et politique, cette thèse de

16 Dans cette partie, je reprends, en grande partie, les conclusions d'une étude plus approfondie auquel je renvoie le lecteur pour plus de détails. Cf. L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51 § 7 Const.). Une déconstruction historique », *Pastiriste luxembourgeois*, 2015, vol. 1, p. 1-49.

17 *Tageblatt*, 24 octobre 2014, p. 9.

la valeur consultative du référendum ne va pas non plus de soi en droit, en droit positif. A l'inverse de certains exemples à l'étranger, au Luxembourg ni le texte de l'art. 51 § 7 Const. – « Les électeurs pourront être appelés à se prononcer par la voie du référendum dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi » –, ni le texte de la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national n'énoncent *expressis verbis* la thèse de la valeur consultative. N'étant pas inscrite noir sur blanc, cette thèse est donc le résultat d'un certain montage, d'une construction intellectuelle, dont il convient tout d'abord de retracer la généalogie afin de mieux la cerner et situer.

A | Le discours dominant actuel et son rapport antihistorique à l'histoire

C'est au début du XXI^e siècle, dans les années 2001 à 2005, que s'est définitivement cristallisé le discours dominant sur la valeur du référendum de l'art. 51 § 7 Const, après avoir émergé au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. Par certains aspects, il a pris la forme d'un lieu commun et d'une doxa. C'est le discours sur la nature (consultative) du référendum de l'art. 51 § 7 Const. Sans surprise, le Conseil d'Etat, qui, au début du XXI^e siècle, a puissamment contribué à l'échafaudage théorique de ce discours et à son rayonnement dans l'interprétation et l'écriture des textes de droit positif, s'en est fait le relais dans son avis du 13 janvier 2015 relatif au référendum du 7 juin 2015¹⁸.

Le contenu de ce discours peut être résumé en quatre points : 1^o Tous les référendums organisés sur le fondement de l'art. 51 § 7 Const. – autrefois, de 1919 à 1948, art. 52 al. 7 Const. – sont soumis à un seul et même régime, ce qui permet d'en parler au singulier : « le » référendum de l'art. 51 § 7 Const. 2^o Tout référendum organisé sur le fondement de cet article est nécessairement, en vertu de la Constitution, et en l'absence de toute mention explicite dans la législation¹⁹, de nature « consultative ». Pour le dire en termes plus explicites – car l'adjectif « consultatif » et, à plus forte

18 Avis du Conseil d'Etat du 13 janvier 2015 relatif à la proposition de loi portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution, doc. parl. n°6738-1. Voir aussi, dans le cadre de la refonte de la Constitution, son avis du 6 juin 2012, doc. parl. n°6030-6, p. 80.

19 En 1919 et en 1937, il s'agissait de la loi spécifique à chacun de ces référendums. A l'heure actuelle, il s'agit de la loi générale du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national à laquelle s'ajoute la loi spécifique à chaque référendum (pour le référendum du 7 juin 2015, cf. la loi du 27 février 2015, *Mémorial A*, 2015, n° 35, p. 358).

raison, le substantif « consultation » ne sont pas toujours utilisés avec le même sens dans le temps et dans l'espace²⁰ –, le résultat du référendum ne lie pas, en droit, les autorités de l'Etat. La nature positive de cette opinion populaire reste assez floue : Est-ce un vœu ? une revendication ? une invitation ? un conseil ? une information relevant de la démocratie ? Mais, au moins, il est clair ce que ce n'est pas : ce n'est pas une norme juridique. 3^o Si le référendum de l'art. 51 § 7 Const. ne lie pas en droit, il lie en revanche sur le plan moral et politique. De l'avis des élus, du moins en 2005, cela allait de soi : c'est une exigence qui découle, de manière évidente, de l'idéal de démocratie²¹. Ainsi l'art. 51 § 7 Const. fait l'objet d'un double discours (« discours internormatif »), dans lequel le plan de la normativité juridique est articulée avec celui de la normativité morale. En clair, ce que la normativité juridique a de choquant – les élus peuvent méconnaître l'avis du peuple – est adouci, « corrigé », mais aussi conforté, par le renvoi à une normativité dite « morale » ou « politique », selon laquelle les élus *doivent* respecter l'opinion du peuple. 4^o Selon le discours dominant, cette interprétation de l'art. 51 § 7 Const., est la seule qui ait jamais existé dans l'histoire, depuis que cet article existe (1919). Cette interprétation a « toujours été admise » ; il y a (et il y avait) « unanimité » ; c'est celle que voulaient les constituants de 1919²².

20 Pour une illustration épatante de la polysémie, cf. l'alinéa 2 de l'art. 53, intitulé « Consultative Abstimmungen » de la Constitution de 1965 (version actuelle) du Canton suisse de Nidwald : « Art. 53 Consultative Abstimmungen : (1) Der Landrat ist befähigt, die Aktivbürgerschaft über die Aufnahme einzelner Grundsätze in die Gesetzgebung abstimmen zu lassen. (2) Das Ergebnis der konsultativen Abstimmung bindet den Landrat bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung. (3) Die Bindung erstreckt sich nicht auf spätere Erhässe, in denen die gleiche Frage aufgegriffen wird. » « Art. 53 Référendum consultatif : (1) Le Grand Conseil est habilité à consulter le corps électoral sur l'introduction de certains principes dans la législation. (2) Dans l'élaboration de cette législation, le Grand Conseil est lié par le résultat de la consultation. (3) Ce résultat ne le lie plus lors de la préparation d'actes législatifs ultérieurs qui ont trait à la même question. Source : <https://www.admim.ch/opc/de/classified-compilation/19650187/index.html>.

21 Voir les nombreuses sources citées dans L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative... », p. 42 ss.

22 Cf. l'avis précité du Conseil d'Etat du 13 janvier 2015, p. 2 : « Le caractère purement consultatif des référendums sur base de l'article 51 (7) de la Constitution a toujours été admis, sans que la portée consultative résulte explicitement du libellé de l'article précité... ». Lire aussi page 3 : « Depuis l'introduction du référendum dans la Constitution au moment de la révision du 15 mai 1919 et lors des applications que cet instrument a connues en 1919, en 1937 et en 2005, il y a eu unanimité pour considérer le résultat de la consultation comme non contraignant sur le plan juridique, tout en n'en méconnaissant pas l'impact politique pour la Chambre des députés et le gouvernement ». Voir aussi déjà l'avis du Conseil d'Etat du 6 juin 2012, doc. 6030-6, p. 82.

L'histoire est ainsi mobilisée de manière forte par les défenseurs de ce discours dominant : ils suggèrent à propos d'une construction intellectuelle – l'interprétation de l'art. 51 § 7 Const. – l'existence d'une sorte de bloc monolithique qui aurait traversé les âges, sans évolution, ni fracture. De là il n'est qu'un pas à penser qu'aucune autre lecture n'est, en soi, possible, ni a fortiori souhaitable. Or, ce discours qui se veut historique, et qui se sert de l'histoire pour renforcer un argument en dogmatique juridique, est profondément *anhistorique* et même *antihistorique*. A l'instar de nombre de doctes, il tend à essentialiser, naturaliser ou à déraciner de l'histoire une construction intellectuelle qui, pourtant, y est ancrée. Sur le plan méthodologique, ce discours mobilise l'histoire, et même les intentions des constituants, sans s'appuyer en vérité sur une étude sérieuse, scientifique, du passé. Souvent, la narration historique s'appuie sur des informations partielles/ponctuelles, sur des lieux communs, parfois sur des allégations péremptoires ou encore sur des hypothèses de travail non vérifiées. Surtout il y a l'oubli. On a oublié ou on veut oublier des pans entiers de l'histoire. Il est, en effet, pour le moins curieux, alors qu'on invoque les intentions des constituants de 1919, que personne, jusqu'ici, n'a pris la peine de relire les débats parlementaires de 1919 qui, sur l'article 51 § 7, sont facilement accessibles et, en plus, sont extrêmement courts.

B | L'histoire mouvementée de l'interprétation de l'art. 52 al. 7 / 51 § 7 Const.

De la consultation des sources historiques ressort une image bien plus complexe, riche et « agitée » de l'art. 52 al. 7 / 51 § 7 Const. que ne le suggère le discours dominant actuel. Au cours de l'histoire, cette disposition a donné lieu à pas moins de quatre interprétations divergentes. A ce stade, notons d'abord la profonde césure entre, d'une part, l'interprétation actuellement dominante et, de l'autre, la lecture défendue en 1919 par l'un des auteurs de ce texte, à savoir le député et futur ministre d'Etat Joseph Bech.

1° Le premier moment clé : 1919 et la lecture de l'art. 52 al. 7 Const. par Joseph Bech

Le débat, en 1919, sur l'art. 52 al. 7 Const a été extrêmement bref. Cette disposition nouvelle a été présentée le 1^{er} avril 1919 par le député Auguste Thorn, du parti de la droite, et a été adoptée aussitôt, à l'unanimité, par les 47 députés présents, sans qu'il n'y ait eu de débat sur le fond ou

d'analyse des termes de l'amendement²³. Quel en était le sens dans l'esprit du pouvoir de révision ? Si l'on remonte le débat – car le vote (instantané) du 1^{er} avril s'inscrivait dans le sillage de discussions antérieures autour d'une première proposition des socialistes –, il est loisible de trouver quelques propos dont le sens n'est toutefois pas univoque. S'agissait-il simplement d'élever au niveau constitutionnel l'idée d'un référendum consultatif qui, au sein d'un débat passablement complexe, prévalait au sujet des deux référendums de 1919, ou l'objet de la nouvelle disposition constitutionnelle devait-il être plus ambitieux, en ouvrant la voie à l'implantation au Luxembourg du modèle suisse de démocratie semi-directe, comme le souhaitaient en particulier les socialistes ? Les deux visions – la première renvoyant à l'idéal-type de la Constitution-trésor, l'autre à celui de la Constitution-moteur – sont, plus ou moins, présentes dans les débats précédant le débat du 1^{er} avril. En revanche, une semaine après le vote du 1^{er} avril, la question de la signification du nouvel art. 52 al. 7 Const. a été thématisée de manière directe et tranchante par Joseph Bech. Il l'a fait à deux reprises, les 8 et 10 avril 1919, d'abord par un écrit, puis à l'oral, d'abord au sein de la section centrale, puis en séance plénière.

Selon Bech – qui, sur ce point, n'a été contredit par personne –, le but du constituant était clair et incontestable : il s'agissait de consacrer « le principe de l'intervention directe du peuple dans la législation »²⁴. La révision équivalait « ni plus ni moins [à] l'introduction en notre appareil législatif du référendum tel qu'il est en usage en Suisse »²⁵. Or la Suisse est, et était, connue surtout pour ses référendums décisionnels, sans parler des instruments de l'initiative et de la révocation des élus. « Le régime de l'art. 52 nouveau » est identifié effectivement par Bech au « régime du référendum décisif »²⁶. Or qui peut le plus peut le moins : une simple consultation populaire serait donc aussi incluse dans cette habilitation. « En accordant au futur corps électoral le pouvoir de légiférer directement, l'assemblée constituante a implicitement reconnu au peuple l'aptitude de trancher sans l'intermédiaire de ses représentants les points les plus contestés et les plus embarrassants de notre législation ; a fortiori lui doit-elle reconnaître le droit et la compétence de donner un simple avis sur toutes ces questions, fussent-elles aussi complexes que celle que nous avons

²³ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. III, p. 2454 s.

²⁴ Rapport de la section centrale du 8 avril 1919, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 200.

²⁵ *Ibid.*, vol. III, p. 2650.

²⁶ *Ibid.*, vol. III, p. 2651.

l'intention de lui soumettre par le présent projet »²⁷. Cette affirmation de l'un des participants les plus en vue de cette réforme – affirmation du reste validée par la section centrale²⁸ et qui n'a été contredite par aucun membre de la Constituante lors de la discussion en séance plénière le 10 avril 1919²⁹ – a le mérite de la clarté. L'art. 52 al. 7 Const. marquait ainsi, comme le relevait Bech, une nette et importante césure (« une grave atteinte ») par rapport à l'esprit de l'ancien système exclusivement représentatif³⁰. Il y a eu un infléchissement : désormais, le droit constitutionnel luxembourgeois se nourrissait de deux logiques : celle de la démocratie représentative et celle de la démocratie semi-directe.

Cette lecture de l'art. 52 al. 7 Const. défendue par Bech sera corroborée ensuite à deux reprises : de manière incidente et appuyée par le député Emile Reuter en 1919³¹, de manière directe et appuyée par le député socialiste Hubert Clément en 1935, lorsque celui-ci dépose sur le bureau de la Chambre des députés une proposition de loi « concernant la réglementation du référendum »³². Le régime législatif général proposé par Clément englobait à la fois le mécanisme de la « consultation populaire par voie de référendum » (art. 4 de sa proposition), mais aussi, et surtout, à la lumière du modèle suisse, un mécanisme très sophistiqué de référendums décisionnels où il appartenait au peuple, saisi de manière automatique (art. 1) ou à la suite d'une requête de 20.000 électeurs (art. 2), de ratifier ou d'invalidier une loi votée par la Chambre des députés, certains traits internationaux, voire certains règlements grand-ducaux. Dans ces cas, en vertu de l'art. 3 de la proposition (« Toute loi soumise

²⁷ *Ibid.*, vol. V, p. 200.

²⁸ C'est Bech qui a rédigé le rapport de la majorité de la section. Il y a certes eu un rapport de la minorité (2 membres sur 6), rédigé par le député Robert Brasseur (voir *ibid.*, vol. V, p. 204 ss), mais celui-ci ne comporte aucune prise de distance par rapport à l'interprétation de l'art. 52 al. 7 Const.

²⁹ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. III, p. 2650 ss.

³⁰ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°13, p. 203 (« L'inscription du référendum dans la Constitution, en ouvrant la porte à la législation directe, a porté une grave atteinte au régime de la démocratie représentative qui repose sur la délégation du pouvoir »). Voir aussi vol. III, p. 2651.

³¹ Voir le message accompagnant son projet de déclaration de révisibilité de l'art. 114 Const., *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. V, Annexes, dossier n°15, p. 214.

³² *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1934-35, vol. unique, Annexes, p. 307 s.

au peuple ne devient définitive que si elle est approuvée par la majorité absolue de l'ensemble des électeurs », le vote exprimé par le peuple valait décision. Or, cette proposition de Clément n'était concevable qu'à supposer que l'art. 52 al. 7 Const. prévoyait deux types de référendums, i.e. la thèse de Bech. Selon Clément, la souveraineté nationale pouvait être exercée directement par les citoyens et indirectement par les élus. C'était ce régime mixte (« gouvernement semi-représentatif ») qui, de l'avis de Clément, avait été proposé en 1919 par le groupe socialiste et accepté par le parti de la droite³³. Il faisait donc désormais partie de la Constitution luxembourgeoise.

2° Un fossé qui s'ouvre : 1948, l'échec des projets socialistes et l'omineuse référence à la « démocratie parlementaire »

Par la suite, l'analyse de Bech et de Clément ne connaît plus d'échos. En 1937, à l'occasion du débat sur le référendum sur la loi muselière, l'art. 52 al. 7 Const. n'a été à aucun moment cité ni analysé. Les rares écrits doctrinaux portant sur le droit constitutionnel luxembourgeois dans les années 1920-30 se sont tous totalement sur la question du référendum. Durant toute la seconde moitié du XX^e siècle, ni le « Majerus », ni les autres manuels, ni aucun autre écrit sur le référendum au Luxembourg, n'ont mentionné la lecture développée par Bech, alors même que divers auteurs invoquaient les intentions des auteurs de l'art. 52 al. 7 Const. Du côté des politiques, le vent a probablement commencé à tourner après 1937 ; en tout cas, le changement d'attitude du premier parti du pays apparaît nettement en 1948.

En 1948, lors de la grande révision de la Constitution au lendemain de la 2^e guerre mondiale, le parti socialiste souhaitait voir préciser, renforcer et élargir les modalités de la démocratie semi-directe dans la Constitution. Au nom du parti ouvrier, les députés J.P. Bauer et Adrien van Kauenbergh proposaient, outre de garder tel quel l'art. 52 al. 7 Const., d'introduire un référendum décisionnel automatique en cas de révision de la Constitution, de soumettre tout refus du grand-duc de sanctionner une loi à un référendum et de conférer à l'opposition parlementaire (un tiers des députés) ou à une fraction du corps électoral (20 %) le droit de provoquer un référendum sur une loi adoptée par la Chambre des députés (cf. l'art. 52 al. 2 et 3 et l'art. 114 de leur proposition de révision)³⁴. Or

³³ Lire l'exposé des motifs de la proposition, *Compte rendu*, session 1934-35, p. 307.

³⁴ Cf. *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-48, vol. unique, col. 149, col. 1054 ss, Annexes, n°18, p. 199, 201.

ces propositions ont été toutes rejetées par le CSV et ses alliés, au motif, pour citer le rapporteur Fernand Loesch (CSV), que « l'introduction du référendum dans la vie politique luxembourgeoise sera de nature à causer des dangers et à susciter des difficultés »³⁵. A croire que, dans l'esprit de la majorité de la commission, le souvenir de 1937 avait définitivement éclipsé celui de 1919... C'est ce que résuma Kauvenbergh, en direction du parti chrétien-social, en les termes suivants : « La majorité redoute un peu le référendum, parce qu'elle a peur de l'opinion publique »³⁶. De l'avis de Loesch, l'élargissement des conditions de saisine ferait aussi démultiplier de manière excessive les référendums sur des questions de moindre importance³⁷.

Pour autant, en 1948, le pouvoir de révision n'est pas allé jusqu'à supprimer l'art. 52 al. 7 Const., qui, rappelons-le, avait été introduit en 1919 à l'unanimité des voix. L'article a simplement changé d'emplacement, suite à une considération de pure légistique émanant de la part du Conseil d'Etat : il est devenu l'art. 51 § 7 Const., tout en restant situé au sein du chapitre IV intitulé « De la Chambre des députés ». Le fond de cet énoncé n'a donc pas été changé, ainsi que l'a relevé de manière explicite, après une question du député Nicolas Biever sur le sort du référendum, le président de la Chambre avant le vote sur le nouvel art. 52 Const.³⁸ L'emplacement change, mais non le fond. Ce point mérite d'être gardé à l'esprit, lorsqu'il s'agira de définir l'impact d'un nouvel énoncé du texte constitutionnel introduit à ce moment : l'art. 51 § 1 Const., qui dispose de façon ambiguë : « Le Grand-duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire ».

Introduit lors de la révision de 1948, ce nouvel article allait jouer et continuer à jouer de nos jours un rôle crucial – j'ose dire : néfaste – par rapport à la problématique de la démocratie semi-directe, et ce en déjouant totalement les prévisions d'une partie de ses auteurs. L'initiative de la formule « démocratie parlementaire » revient, en effet, aux socialistes qui

35 Rapport de la commission spéciale pour la révision de la Constitution, 15.12.1947, *ibid.*, Annexes, p. 184. Voir aussi l'hostilité de principe de la part du Conseil d'Etat qui craint que, par ces référendums de confirmation des lois votées par les députés, le travail législatif de la Chambre ne soit paralysé ou rendu illusoire. Il prône le maintien du *status quo*. Avis du 25 mars 1948, *ibid.*, p. 220 et 225.

36 *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-48, vol. unique, 22 avril 1948, col. 1057.

37 F. Loesch, discours du 22 avril 1948, *ibid.*, col. 1056.

38 Séance du 27 avril 1948, *ibid.*, col. 1066.

souhaitaient insérer cette expression dans l'art. 1^{er} de la Constitution³⁹. Sa signification était de marquer la primauté du parlement *vis-à-vis* de l'exécutif. En revanche, de leur avis, il ne devait en aucune manière servir d'obstacle à l'établissement de nombreux « points de contacts » entre le parlement et l'opinion publique⁴⁰, notamment via le référendum dont ils entendaient au même moment, comme déjà vu, élargir le champ d'application et les modes de déclenchement. Le Conseil d'Etat de l'époque était franchement opposé à la formule « démocratie parlementaire » qui, à ses yeux, était creuse (elle sera source d'éternelles disputes de définition), inutile (elle ne ferait que réitérer les règles déjà existantes relatives aux divers organes démocratiques⁴¹), voire dangereuse (comprise d'une certaine manière, elle est attentatoire à la séparation des pouvoirs : le parlement n'est qu'un pouvoir constitué parmi d'autres ; il n'est pas le tout au sein de la démocratie représentative)⁴².

Avec l'accord du CSV et du LSAP, la formule entre toutefois dans l'art. 51 § 1 Const. Elle est présentée d'abord, par le rapporteur Loesch, comme étant « claire et précise »⁴³, ne nécessitant pas de plus amples explications. Pourtant, sur le fond, une divergence persiste qui, ce jour-là (le 22 avril 1948) n'a pas tardé à éclater au grand jour. Un bref débat a opposé Loesch et van Kauvenbergh : si, pour le CSV représenté par Loesch, cette formule incarnait un « principe sacré »⁴⁴ opposé au référendum, tel n'était pas l'avis des socialistes exprimé par van Kauvenbergh⁴⁵. Or c'est bien la lecture du CSV qui allait prévaloir par la suite et c'est d'ailleurs – autre ironie de l'histoire – le Conseil d'Etat qui allait s'en faire un défenseur actif. Plutôt que de réduire cet article à une coquille vide – une sorte de « principe » à teneur plus idéologique que juridique –, comme on aurait pu s'y attendre au vu de ses avis de 1948, le Conseil d'Etat, en 2001-2005, s'appuiera sur l'art. 51 § 1 Const. afin de théoriser le discours dominant actuel relatif à l'art. 51 § 7 Const.

39 *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-48, col. 148.

40 Cf. le discours de van Kauvenbergh le 22 avril 1948, *ibid.*, col. 1057 : « Pour le parti ouvrier socialiste, la Nation seule est souveraine, et la Chambre doit refléter exactement l'opinion publique. Voilà pourquoi on ne saurait donc trop démultiplier les contacts de la Chambre avec l'opinion publique ».

41 Conseil d'Etat, avis du 25 mars 1948, *ibid.*, Annexes, p. 210.

42 Conseil d'Etat, avis du 11 mai 1948, *ibid.*, Annexes, p. 238.

43 Discours de F. Loesch le 22 avril 1948, *ibid.*, col. 1052.

44 *Ibid.*, col. 1056.

45 Voir sa critique de la thèse de Loesch, *ibid.*, col. 1056 s (= extrait cité *supra* note 40).

3° La théorisation des deux faces du discours internormatif : 2001-2005⁴⁶

En 2003, le gouvernement de coalition CSV-DP a présenté un projet de loi (doc. parl. n°5132) qui, au fil des débats, va devenir l'actuelle loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national. Or le texte prévoyait, initialement, deux dispositions consacrant de manière explicite la valeur consultative du référendum organisé en vertu de l'art. 51 § 7 Const. (cf. art. 60 du projet de loi) et du référendum déclenché par des citoyens à propos d'une initiative législative citoyenne refusée par la Chambre (art. 56 du projet de loi). Cette valeur simplement consultative a suscité l'ire et les sarcasmes de plusieurs chambres professionnelles de l'époque. A son tour, le Conseil d'Etat a critiqué ces articles, en particulier l'art. 60. La critique du Conseil d'Etat n'avait toutefois pas trait à une contradiction avec l'idéal de démocratie ; elle s'appuyait uniquement sur le caractère superfétatoire de cet article. Selon le Conseil d'Etat, la nature consultative du référendum était ancrée, sans aucun doute, dans l'art. 51 § 7 Const. combiné avec l'art. 51 § 1 Const., même si le libellé de ces deux articles n'en souffrait mot. Sans s'attarder ni sur les termes de l'art. 51 § 7, ni sur les intentions du constituant, le Conseil d'Etat a fait prévaloir une interprétation systématique. Il a remplacé l'art. 51 § 7 Const. dans son « contexte », dans le système de la Constitution, système qui est exclusivement identifié, par le Conseil d'Etat, à l'art. 51 § 1 Const., et non à l'article plus récent, et exposé, qu'est l'art. 1 Const. La formule assez obscure, et peu usuelle en science et dans les textes constitutionnels étrangers, de la « démocratie parlementaire » est identifiée à la « démocratie représentative », laquelle est censée consacrer le pouvoir de décision exclusif des représentants. Dans un cadre néo-classique aussi étroit, qui se nourrit de la doctrine belge, l'art. 51 § 7 Const. est rabaisé au statut d'exception qui, en tant que telle, mérite d'être interprétée de la manière la plus stricte. Il voit sa signification se rétrécir au seul sens encore concevable dans ce cadre, à savoir celui d'autoriser un référendum simplement consultatif.

Mis à part le député ADR Jacques-Yves Henckes qui a réfuté cette lecture de l'art. 51 § 7 Const., tous les autres acteurs politiques de la Chambre des députés et du gouvernement ont repris à leur compte ce montage intellectuel ébauché par le Conseil d'Etat. La suppression de

⁴⁶ Sur ce moment, cf. L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, p. 30-48.

l'art. 60 opérée dans la réécriture du projet de loi par le Conseil d'Etat est maintenue lorsque, dans le cadre de la navette parlementaire, le texte revient à la Chambre des députés. Les acteurs politiques ont ajouté toutefois, à ce volet juridique, un volet non juridique, politique⁴⁷ : à l'occasion des débats sur le projet de loi et, en particulier, à l'occasion du référendum de 2005 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe, les élus de toutes les fractions ont été *unanimés* pour s'engager à respecter le résultat du vote populaire, et ce nonobstant l'écart entre les règles de majorité. En effet, au référendum de 2005 sur le traité constitutionnel, le résultat était positif (le « oui » l'emportait) dès que le « oui » recueillait une majorité *simple* parmi les suffrages valides ; en revanche, à la Chambre des députés, la loi autorisant la ratification du traité par le grand-duc devait être votée par les députés à la majorité *qualifiée* des deux tiers des membres. La situation de 2005 était donc analogue à celle de 2015. En 2005, eu égard à cette règle politique, et donc par respect de la volonté de la majorité (simple) du peuple, la fraction ADR a voté, après le référendum, en faveur de la ratification du traité au sein de la Chambre, alors même que ce parti s'était opposé au traité pendant la campagne.

4° L'effondrement partiel de la facette politique du discours internormatif à la veille du référendum du 7 juin 2015

Or, ce consensus sur l'existence de cette règle politique imposant un respect *inconditionnel* du vote populaire a volé en éclat dès l'annonce, par la nouvelle majorité politique DP-LSAP-Verts, du référendum du 7 juin 2015. Dès ce moment, le CSV et le ADR ont clairement affirmé leur refus de se sentir liés par l'ancienne règle morale et politique : celle-ci n'était plus admise⁴⁸. Le CSV, à travers la voix de son chef de fraction Claude Wiseler, a d'abord fait savoir que les députés du parti défiront leur vote *en fonction du niveau, élevé ou bas*, du « oui » exprimé par le peuple. Par la suite, C. Wiseler a estimé que la règle du respect du vote populaire ne valait que pour des référendums portant sur des *textes juridiques rédigés en entier*, à l'instar du texte du traité établissant une Constitution pour l'Europe, et non pour des référendums portant sur de simples principes,

⁴⁷ Voir les sources citées dans L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, p. 42 ss.

⁴⁸ Cf. L. Heuschling, « Illégal ? Consultatif ? Deux questions juridiques à propos du premier référendum constituant », *Forum*, n°345, novembre 2014, p. 7 ss.

sur des « idées »⁴⁹. Du côté du ADR, le rejet a été encore plus catégorique : il n'a plus été question d'une quelconque règle politique. Sur le sujet en particulier du droit de vote des étrangers, auquel le ADR était profondément hostile, il ne voulait pas se laisser forcer la main par un éventuel « oui » au référendum (les premiers sondages montraient qu'une majorité des Luxembourgeois étaient favorables à cette réforme, avant que la tendance ne s'inverse définitivement). Dès lors, le ADR a fait feu de tout bois : il a argué que le référendum du 7 juin était inconstitutionnel (critique, en vérité, dépourvue de tout fondement juridique) et s'est élevé contre le fait que le référendum était organisé *avant* le vote, à la majorité des deux tiers, de la refonte de la Constitution par la Chambre des députés, etc.

Certes, après le 7 juin, tout le monde (majorité et opposition) a, à nouveau, revendiqué le respect de la volonté du peuple. Or ce discours, en partie hypocrite, n'a vu le jour de la part du CSV et de l'ADR que parce que le « non » l'avait emporté sur les trois questions soumises au peuple. Si le « oui » l'avait emporté, ne serait-ce que sur une question, il n'est pas certain que la règle politique du respect inconditionnel de la volonté populaire ait prévalu. Les réserves précises formulées avant le référendum à l'égard de la règle politique n'ont pas été retirées ou contredites après le 7 juin par ces deux partis. Désétablisée, la règle politique du respect absolu (inconditionnel) de la volonté référendaire du peuple est donc en crise, en partie larvée. Les citoyens et les observateurs scientifiques ne peuvent plus se fier à son existence et doivent dès lors partir de la prémisse que, sur la question de la valeur des référendums de l'art. 51 § 7 Const., la seule norme qui soit en vigueur est celle du droit. Or quelle est la teneur actuelle du droit ? Sur ce point, il convient, en vérité, de réviser l'interprétation dominante, qui, en l'état actuel du texte de la Constitution et au regard des méthodes d'interprétation usuelles, est inexacte.

⁴⁹ Cf. son interview le 6 mars 2015 à la radio 100,7. Par rapport à ce recadrage du champ d'application de la règle politique, il convient de noter, à titre historiographique, qu'en 2005 la norme politique citée a été définie déjà à l'occasion du débat général sur la loi du 4 février 2005, c'est-à-dire indépendamment du référendum particulier sur le traité constitutionnel. Autrement dit, le champ d'application de la règle politique englobait *aussi* les référendums, y compris ceux portant sur de simples principes à l'instar du référendum du 7 juin 2015. En outre, ainsi qu'on le verra, il ne faut pas, en droit luxembourgeois, dans le cadre de l'art. 51 § 7 Const., exagérer la différence entre un référendum dit « sur un texte » et un référendum dit « sur un principe », car les deux font partie de la catégorie du « référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme ».

II^e partie La thèse de la valeur, en principe, décisionnelle des référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const.

Il convient de s'interroger si, et jusqu'à quel point, la Constitution luxembourgeoise, en l'état actuel, attribue la qualité de norme juridique à la volonté exprimée par les citoyens lors d'un référendum. Est-ce que leur « oui » ou « non » véhicule une norme juridique ? Si oui, laquelle ? Quel en est le contenu ? Quelle est la délimitation exacte de l'autorité de la chose décidée par le peuple ? Quels sont ses effets dans le temps ? Comment peut-on, par la suite, modifier cette norme ? Pour aborder ces questions, il faut d'abord reprendre, de manière rigoureuse et méthodique, le travail d'interprétation du texte de la Constitution. La Constitution opte-t-elle, pour ce qui est des référendums de l'art. 51 § 7, pour la thèse de la valeur consultative ou pour la thèse de la valeur normative de l'expression citoyenne ? A mes yeux, sauf une exception, la Constitution retient clairement la thèse de la valeur décisionnelle (A). Une fois ce point admis, reste à définir la teneur et les contours exacts de la normativité de la volonté des citoyens dans le cadre du type de référendum auquel a servi, pour l'instant, l'art. 51 § 7 Const., à savoir des référendums portant sur la création, par la Chambre des députés, d'une future norme (B).

A | Pour un dépoussiérage de l'interprétation de l'art. 51 § 7 Const. : le principe de sa nature normative

Au cours de l'histoire pas moins de quatre lectures différentes de l'art. 51 § 7 Const. ont été avancées. Selon les intentions des auteurs de l'art. 52 al. 7 Const. en 1919 (cf. Bech), cette nouvelle disposition autorisait le législateur à choisir librement entre, d'une part, la voie du référendum décisionnel et, d'autre part, la voie d'une simple consultation. Selon le discours dominant, le référendum de l'art. 51 § 7 Const. ne peut qu'être consultatif. Selon la lecture proposée en 2005 par J.Y. Henckes⁵⁰, qui s'est appuyé, en partie, sur la méthode d'interprétation littérale, en partie sur l'idéal démocratique, en partie sur un argument ontologique (le concept même de référendum sur un principe), l'art. 51 § 7 Const., de par sa terminologie vague, autorise les deux types de référendums, mais la valeur du résultat est déterminée par la Constitution en fonction de l'objet du référendum : si celui-ci portait sur un texte juridique entièrement

⁵⁰ *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés, séance n°20 du 20 janvier 2005, p. 204 ; Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés, 2004-2005, 29^e séance, 12 avril 2005, p. 309.*

référé, le vote populaire lie les députés ; en revanche, ce n'est pas le cas lorsque le peuple se prononce sur une simple idée, un principe (organiser un référendum décisionnel sur un principe serait, de l'avis de J.Y. Henckes, en soi impossible, car inconcevable).

Pour ma part – et ce sera la 4^e interprétation historique, qui, à l'heure actuelle, est la seule exacte –, l'art. 51 § 7 Const. combiné avec l'exigence générale de « démocratie » définie, depuis 1998, à l'art. 1^{er} Const. signifie qu'en vertu de la Constitution, tout référendum organisé sur le fondement de cet article a obligatoirement valeur de norme juridique, du moment que l'objet de la question soumise à référendum s'y prête. Pour arriver à cette conclusion, il faut d'abord associer trois méthodes d'interprétation qui sont des plus classiques : on part du texte – interprétation littérale (1^o) –, dont on éclaire en outre le sens à la lumière des intentions de l'auteur – interprétation historique (2^o) –, tout en replaçant l'article en question dans le système de la Constitution actuelle (interprétation systématique *up to date*, à jour : 3^o). Il convient, ensuite, d'examiner de plus près le raisonnement de J.Y. Henckes et d'autres acteurs et auteurs, selon lesquels il y aurait, par nature, des questions qui ne pourraient donner lieu à un référendum décisionnel. Par rapport à ce dernier point, il y a lieu de réfuter l'argument préférentiel ontologique consistant à réfuter la possibilité même d'un référendum décisionnel sur une simple « idée ». C'est une vue de l'esprit trop étroite qui ignore les solutions en ce sens déjà existant à l'étranger ; elle est, tout simplement, scientifiquement inexacte (4^o). En revanche, il y a bien des questions qui, si elles étaient soumises à un référendum, ne pourraient donner naissance à une norme juridique. La règle de principe de la valeur normative connaît donc une exception (5^o).

1^o Au vu des termes de l'article 51 § 7 Const. : une interprétation littérale

Commençons d'abord par les termes mêmes de l'article qui est le plus pertinent sur notre sujet, i.e. l'article 51 § 7 Const. : « Les électeurs pourront être appelés à se prononcer par la voie du référendum dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi ». Première observation : l'article ne proclame pas, noir sur blanc, qu'il ne s'agit que de consultations, que le peuple ne peut donner qu'un avis qui ne lierait pas les autorités de l'Etat. L'article n'utilise pas ces termes sans équivoque, qui étaient parfaitement connus en 1919, et que l'on trouve, à l'inverse, dans certains textes constitutionnels étrangers ou dans la loi communale luxembourgeoise de 1988 (art. 35 et 36). Le pouvoir de révision n'a pas

non plus procédé par la suite, en 1948 ou à quelque autre date, à l'insertion des mots « consultatif », « avis », « consultation », dans cette disposition constitutionnelle. Celle-ci se sert de trois expressions qui, pour la présente problématique, doivent particulièrement attirer l'attention de l'interprète : « référendum », « se prononcer », « sous les conditions ».

Assurément, dans le langage du droit constitutionnel, le mot « référendum » est vague : il peut être utilisé tantôt pour un référendum dit « décisionnel » (voir, par ex., l'usage du terme dans l'art. 114 Const.), tantôt pour un référendum dit « consultatif »⁵¹. Quant au mot « conditions » (la loi définit « les cas et les conditions » d'un référendum), l'on pourrait arguer que ce mot est suffisamment vaste pour couvrir les divers aspects du régime juridique du référendum, et donc aussi la question de ses effets en droit. Ce serait donc à la loi, au législateur, de définir le régime. L'ouverture de l'art. 51 § 7 Const. à cet égard avait déjà été remarquée dans le passé par au moins quatre interprètes, dont l'analyse a toutefois été simplement ignorée par le discours dominant. Le premier est Pierre Majerus. Dans son célèbre manuel, depuis la 1^{re} édition en 1948 jusqu'à la dernière édition de 1990, il a affirmé : « Le texte de l'article 51 de la Constitution ne tranche pas la question de savoir si le référendum qu'il prévoit est un référendum de consultation ou un référendum de décision »⁵². Le second est Luc Frieden, qui probablement s'est inspiré de Majerus : « L'article 51 ne précise pas l'effet juridique qu'aurait un éventuel référendum »⁵³. Le troisième est Jean-Marie Denquin, professeur de droit constitutionnel en France, spécialiste de la démocratie semi-directe. Dans une étude comparative portant sur les « Référendums consultatifs », il a affirmé à propos de la Constitution luxembourgeoise : « Par sa généralité, cette formule [l'art. 51 § 7 Const.] rend d'ailleurs possible une délégation de compétence au profit du peuple et permet donc le référendum décisionnel tout comme le référendum consultatif »⁵⁴. La quatrième personne est J.Y. Henckes qui a focalisé son analyse littérale sur le verbe « se prononcer ».

51 Sur ce thème, voire l'étude approfondie d'Ulrich Kommelanger, *Das konsultative Referendum. Eine verfassungstheoretische – rechtliche und –vergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

52 P. Majerus, *L'Etat luxembourgeois*, 1^{re} éd., Luxembourg, Boffort, 1948, p. 94 ; 6^e éd., Esch-sur-Alzette, Edipress, 1990, p. 135.

53 L. Frieden, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, BIL, 1987, p. 46.

54 J.M. Denquin, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, n^o 77, 1996, p. 85.

Selon les dictionnaires français usuels à la fois anciens (d'avant 1919⁵⁵) et actuels⁵⁶, ce verbe peut effectivement signifier tantôt « exprimer une opinion », tantôt « se décider », tantôt les deux⁵⁷.

Cette polysémie soulève une question : puisque les mots « référendum » et « se prononcer » peuvent renvoyer, selon les occurrences, les locuteurs et les contextes, tantôt à l'idée de décision, et à elle seule (solution n°1), tantôt à l'idée exclusive de « consultation » (solution n°2), tantôt aux deux à la fois (solution n°3), il reste à savoir laquelle de ces trois solutions s'impose dans le cas de l'art. 51 § 7 Const. Or, de ce point de vue, l'incertitude est clairement levée par le recours aux intentions des auteurs de cet énoncé.

2° Au vu des intentions du constituant de 1919 : une interprétation historique

Sur ce point, je serais bref, puisque l'essentiel a déjà été démontré plus haut. Si l'on croit les affirmations de Bech, lesquelles, à l'époque, n'ont été contredites par personne, les intentions du pouvoir de révision en 1919 étaient larges : il s'agissait non seulement d'autoriser des référendums à valeur consultative, mais aussi, de manière plus ambitieuse, en référence au modèle suisse, de permettre au législateur d'établir divers mécanismes de démocratie semi-directe à valeur normative.

Cette interprétation historique, valant en 1919, s'impose-t-elle encore telle quelle à l'heure actuelle (2015/2016) ? L'interprète contemporain doit-il s'arrêter dans son raisonnement à cette étape ou doit-il encore prendre en compte d'autres éléments, d'autres méthodes ?

Pour y répondre, il faut et il suffit de revenir à la définition de la dogmatique juridique (*Rechtsdogmatik*). Sa tâche, pour reprendre une fameuse distinction de Kant, est de répondre à la question *Quid iuris* ? Que dit le droit – ici le droit luxembourgeois, le droit constitutionnel luxembourgeois actuel – à propos de telle question ? Il nous faut donc la réponse de la Constitution luxembourgeoise, à la fois dans son intégralité et

⁵⁵ Voir, par ex., E. Litré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Hachette, t. 3, 1874, p. 1350 ; *Dictionnaire de l'Académie française*, 7^e éd., Paris, Firmin-Didot, 1878, vol. 2, p. 520, consultables sur le site internet de Gallica (BNF).

⁵⁶ Voir, par ex., *Le petit Larousse*, 2006, verbo « prononcer (se ~) », p. 871 : « 1. Exprimer nettement une opinion sur qqch. ; 2. Choisir tel parti, se décider ».

⁵⁷ Cf. L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, p. 47 s.

dans son actualité. Il ne faut pas se contenter d'avoir trouvé un seul article, à première vue pertinent, applicable (au vu de son contenu assez technique et précis), car il se pourrait que d'autres normes, situées à d'autres endroits du texte constitutionnel, contribuent directement ou indirectement à la réponse de la Constitution. Un second article pourrait venir contredire, infléchir, compléter, ou élargir le sens du premier⁵⁸. Il faut donc vérifier si, en l'espèce, sur notre problématique, la réponse de la Constitution luxembourgeoise se réduit à ce seul article pour l'instant identifié (art. 51 § 7), ou s'il existe d'autres dispositions, de nature technique (des règles) ou plus vagues (des principes), dont il faut tenir compte également.

Ces autres normes juridiques pourraient, de surcroît, être plus récentes, ce qui jetterait éventuellement une autre lumière sur l'article plus ancien : il faudrait revoir son sens à la lumière de cette nouvelle exigence. Autrement dit, même si les *mots* d'un article n'ont point changé au cours de l'histoire, comme c'est le cas avec l'article 52 al. 7 / 51 § 7 Const., il se pourrait toutefois que son *sens* ait évolué – implicitement –, parce que le texte de cet article doit être replacé et lu dans un nouveau contexte (c'est effectivement le cas en l'espèce). Au pire des cas, le sens de l'article ancien pourrait même être nul, vide, du fait d'une norme contraire plus récente ; ce serait une « coquille vide »⁵⁹. Autrement dit : il faut procéder à une interprétation systématique.

3° Au vu du nouvel art. 1^{er} Const., introduit en 1998 : une interprétation systématique *ipso facto*

Le Conseil d'Etat et d'autres acteurs en 2001-2005 ont, à leur tour, procédé à une interprétation systématique, mais celle-ci est hautement critiquable à trois égards. a) Il n'est pas certain qu'il faille reconnaître à

⁵⁸ Ce point est assez bien admis, en particulier au Luxembourg, où l'interprète doit interpréter un texte constitutionnel complexe qui accumule en son sein diverses strates de dispositions provenant d'époques différentes et véhiculant des logiques parfois opposées. Voir à ce sujet la démonstration classique et éclairante de G. Margue, « La Constitution : fiction et réalité », *Feuille de liaison de la Conférence St Yves*, n°72, mars 1989, p. 11-24. Voir aussi L. Heuschling, *Le citoyen monarchique*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2013, p. 192 ss.

⁵⁹ Voir l'exemple de l'art. 52 al. 2 Const. La phrase « Il faut en outre réunir à ces trois qualités celles déterminées par la loi », datant du XIX^e siècle, figure toujours dans le texte actuel de la Constitution. Pourtant, elle n'est plus le siège d'une norme, car la norme visée, suggérée par ce texte, est implicitement abrogée par cette disposition constitutionnelle contraire et plus récente qu'est l'art. 53 al. 2 Const., introduit en 1989 (« Aucun autre cas d'exclusion [du droit de vote] ne peut être prévu [par le législateur] »). En 1989, le pouvoir de révision a oublié de « faire le ménage » et de supprimer cette sorte, vide de sens, qu'est l'art. 52 al. 2 Const.

l'art. 51 § 1 Const. le sens retenu par le Conseil d'Etat et les autres acteurs : ce n'est qu'un sens possible parmi d'autres. b) Même à retenir ce sens, il n'en découle pas que ce sens ait infléchi (abrogé) en 1948, de manière implicite. Le sens de l'art. 52 al. 7 datant de 1919. Les débats de 1948 indiquent le contraire. c) Si l'on effectue une interprétation systématique, il faut tenir compte du système actuel, à jour ; or le discours dominant ignore, sans se justifier d'aucune manière, l'art. 1^{er} Const tel que modifié en 1998.

a) La définition même, par le discours dominant, du sens de la formule ambiguë « démocratique parlementaire » (art. 51 § 1 Const.) est des plus discutables, et ce à plusieurs égards. Prise en soi, à la lumière d'une interprétation littérale actuelle, elle pourrait signifier que le Luxembourg est une démocratie, avec un régime parlementaire (et non présidentiel). Si l'on remplace cette formule dans son contexte d'origine de 1948, il s'avère, comme il a été vu, que ses auteurs avaient des conceptions radicalement différentes quant à sa signification. Faire prévaloir la lecture du CSV, et non celle du LSAP ou même celle du Conseil d'Etat de l'époque⁶⁰, est, de la part de l'interprète, un choix politique, qui ne va pas de soi, et qui mériterait d'être explicité et justifié sur le plan moral. Pourquoi la lecture du CSV serait-elle meilleure pour le pays que celle du LSAP ? En outre, lire cet article de la Constitution luxembourgeoise à la lumière de la doctrine belge, qui est particulièrement frieuse à l'égard de toute démocratie semi-directe – nombre de constitutionnalistes belges estiment que même une simple consultation, au niveau national, est contraire à la Constitution, faute d'une disposition d'habilitation en ce sens –, est éminemment critiquable : l'art. 51 § 1 de la Constitution luxembourgeoise n'est pas un copié-collé d'un article belge et la Constitution luxembourgeoise, à la différence de la Constitution belge, comporte un fondement écrit pour le référendum (i.e. l'art. 51 § 7 Const.). Le texte constitutionnel n'est donc pas le même d'un pays à l'autre ; cette différence, qui est simplement ignorée par les défenseurs du discours dominant, interdit de transposer tel quel le raisonnement belge en droit luxembourgeois.

60 Pierre Pescatore s'inscrivait implicitement dans les pas du Conseil d'Etat lorsqu'en 1957 il réduisait l'art. 51 § 1 Const. à une simple déclaration politique, sans valeur normative en droit. Cf. P. Pescatore, « Essai sur la notion de la loi », in *Le Conseil d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg. Livre jubilaire (1856-1956)*, Luxembourg, Bourg-Bourger, 1957, p. 372.

b) Même à supposer que l'art. 51 § 1 Const. ait pour signification de consacrer l'exclusivité du pouvoir de décision des élus, il n'en reste pas moins qu'il existe toujours l'art. 51 § 7 Const. qui, comme le disait déjà Bech en 1919, marque une « atteinte », un infléchissement et donc une *exception* par rapport à l'idée classique du régime représentatif. En effet, l'idéal classique du régime représentatif était déjà inhérent au texte de la Constitution luxembourgeoise, avant que l'art. 51 § 1 ne soit introduit en 1948. De ce point de vue, l'art. 51 § 1 Const. n'ajoute rien de nouveau sur le fond. *L'exception qu'était déjà, en 1919, l'art. 52 al. 7 Const. n'a pas été abolie (abrogée) en 1948, ni en totalité ni en partie, ni de manière explicite, ni de manière implicite.* De manière explicite : le CSV n'a pas proposé l'abrogation de l'art. 52 al. 7 Const. et, s'il l'avait proposée, le LSAP, vu par ailleurs ses propositions en matière de démocratie semi-directe, ne l'aurait pas acceptée. De manière implicite : en 1948, lors du vote sur la révision, il a bien été dit par les acteurs de l'époque (cf. la réponse du président de la Chambre à la question du député Nicolas Biever) que l'art. 52 al. 7 Const., devenant l'art. 51 § 7 Const., ne changerait pas de contenu. L'exception de 1919 persistait donc, après 1948, dans sa portée initiale (celle de 1919). Notons enfin qu'il n'y a pas de raison convaincante de souscrire automatiquement – aveuglément – à l'adage latin ancien *exceptio est strictissimae interpretationis*, comme si toute exception était, par nature, quelque chose d'injuste, de monstrueux, de haïssable, d'odieux (cf. un autre adage latin ancien *odiosa sunt restringenda*). Il faut, comme l'ont argué nombre de juristes dont Jean Carbonnier, analyser chaque exception en soi, pour ce qu'elle est. Il faut en cerner la raison d'être (*telos*), ce qui justifie tantôt une interprétation stricte, tantôt une interprétation large⁶¹. Or, en l'espèce, qui oserait dire ouvertement, à Luxembourg, à l'heure actuelle, que le référendum est, en soi, une chose odieuse ? Pourquoi alors interpréter restrictivement l'art. 51 § 7 ?

c) Toute interprétation systématique se doit de replacer un article précis d'une Constitution dans le système *actuel* de cette Constitution. Il faut combiner l'article en question avec le reste du texte *actuellement* en vigueur, autrement dit : il faut tenir compte des plus récentes modifications introduites dans le texte. Or, en 2001-2005, alors même que la référence générale à la « démocratie », dans l'art. 1^{er} Const. avait été ajoutée en 1998 (« Le Grand-duché de Luxembourg est un Etat démocratique... »),

61 L. Heuschling, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. Fatin-Rouge Stéfanni, A. Vidal-Naquet (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 81-83.

le Conseil d'Etat et les autres acteurs l'ont simplement ignorée. Ils ont continué à identifier le « système » de la Constitution à l'art. 51 § 1 Const. Or le nouvel article 1^{er}, qui se veut, en raison même de son emplacement, une définition du système politique luxembourgeois dans son ensemble – c'est bien pour cela que le pouvoir de révision a inscrit l'adjectif « démocratique » en tête du texte, et non ailleurs, et qu'il l'a inscrit comme premier qualificatif de l'Etat luxembourgeois, avant celui de « libre », « indépendant », « indivisible » – est plus large et ouvert que ne l'est la formule ambiguë de l'art. 51 § 1 Const. La démocratie, selon l'art. 1^{er}, ne s'identifie pas seulement au régime parlementaire, au parlement, ou au régime représentatif classique. Il inclut, aussi, la démocratie semi-directe.

Notons aussi – pour devancer toute critique à ce sujet – que l'art. 1^{er} est une disposition normative, et non juste une sorte de proclamation politique (du « bavardage », de « l'affichage », un simple « effet d'annonce »). Dans le passé, certains juristes arguaient en effet du caractère vague des principes constitutionnels pour leur refuser la qualité de norme juridique. Seule une règle, technique et précise, serait une norme juridique⁶². Or, cette vision restrictive de la définition de norme juridique, qui est une vision datant du positivisme juridique du XIX^e siècle, est de nos jours quasi-totalement abandonnée en science (cf. l'apport, à présent déjà ancien, de Dworkin et de Robert Alexy sur la distinction entre « rules » et « principles ») ; elle l'est aussi dans les pratiques de la plupart des juristes et juges étrangers. D'ailleurs, au Luxembourg aussi, l'on se sert de « principes », et pas seulement depuis qu'il existe la Cour constitutionnelle. Le Conseil d'Etat a admis que l'art. 51 § 1 Const. – ô combien vague ! – était une norme juridique. Il n'y a donc pas de raison à refuser à l'art. 1^{er} ce que l'on reconnaît à l'art. 51 § 1 Const. De ce point de vue, l'interprétation que je défends ici, en m'appuyant sur l'art. 1^{er}, n'est pas plus un « montage » – sous-entendu : une construction artificielle – que ne l'est l'interprétation du Conseil d'Etat qui, à son tour, s'appuie sur un article des plus vagues et procède donc, lui aussi, à un échafaudage intellectuel⁶³. Du reste, la qualité de norme juridique du principe démocratique inscrit dans l'art. 1^{er} Const. est d'ores et déjà reconnue par la justice luxembourgeoise : dans

62 Comme indiqué, c'est ce raisonnement qu'à appliqué Pescatore en 1957 à l'art. 51 § 1 Const. En France, au sein de la doctrine classique, voir, par ex., R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, t. 2, 1922, p. 581.

63 Je réitère ainsi la critique que d'aucuns ont opposée à ma lecture de l'art. 51 § 7 Const., en affirmant qu'il s'agissait d'un vœu pieu, d'un « *Munschickenken* » (cf. C. Bumb, « Konsultativ oder verbindlich ? Ein Hauch von Kontroverse », *Luxemburger Wort*, 16 mars 2015, p. 2).

plusieurs affaires qui ont fait grand bruit, les juridictions administratives, sur instigation de la dynamique Cour administrative, se sont appuyées sur l'art. 1^{er} Const. et sa référence à l'idéal de la « démocratie » (identifié, en l'espèce, à la règle de la représentation proportionnelle), afin d'invalider des actes administratifs⁶⁴.

La qualité de norme juridique de l'art. 1^{er} étant incontestable, reste à en définir son contenu. Or ce qui, de prime abord, pourrait s'avérer une mission des plus délicates – Que veut dire « démocratie » ? – s'avère en l'espèce, au Luxembourg et par rapport à notre problématique, assez facile. Est-il compatible avec l'idée *contemporaine* de démocratie que de convoquer, par le biais de l'obligation de vote, le peuple – qui, en démocratie, est le souverain (art. 32 Const.) ou, à tout le moins, gouverne, exerce le pouvoir –, de lui soumettre une question précise formulée par les élus (et qui peut donc être considérée comme « rationnelle »), à laquelle le peuple est censé répondre soit par oui, soit par non – ces deux réponses sont à leur tour fixées par les élus –, et qu'au final, une fois le résultat connu, les élus seraient habilités, au nom de la démocratie, à reconnaître cette volonté ? L'idée de démocratie signifie que le peuple *gouverne*, donc qu'il décide (s'il est appelé à intervenir). D'ailleurs, c'est bien ce concept de démocratie qui est retenu par les acteurs politiques luxembourgeois : lorsqu'ils ont admis, du moins en 2005, cette fameuse règle politique du respect absolu, inconditionnel, de la volonté populaire, c'est bien en référence à l'idéal *démocratique*. C'est l'idéal – à leurs yeux, simplement moral, philosophique – de la démocratie qui imposait aux élus de respecter le résultat du référendum. Ce lien entre « démocratie » et le caractère obligatoire du résultat du référendum – celui-ci exprime un « verdict » du peuple, juge suprême – est déjà présent dans le passé, lors des premiers débats parlementaires sur la valeur du référendum⁶⁵. C'est aussi en ce sens

64 Voir, en particulier, l'arrêt de la Cour administrative du 19 décembre 2013 (numéro du rôle : 32864C) qui, en matière d'élections à la Chambre des fonctionnaires et employés publics, a invalidé un arrêté de gouvernement et une décision ministérielle au motif de leur incompatibilité avec le principe démocratique consacré dans l'art. 1^{er} Const. Voir aussi, dans le sillage de cet arrêt, le jugement du Tribunal administratif du 12 novembre 2014 (n°34379) et l'arrêt de la Cour administrative du 5 mai 2015 (n°35630C).

65 Voir, par ex., du côté du gouvernement, les déclarations d'E. Reuter, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1918-19, vol. II, p. 39 (« Damit wird das Schicksal des Landes in die Hände des Volkes gelegt »), p. 40, 42, 127, 129 ; du côté du parti de la droite catholique, les propos du député Schiltz, *ibid.*, p. 83 (« Wenn das Volk sagt : „Ich will einen Dynastewechsel“, so beugen wir uns und die Großherzogin wird sich mit Würde zu beugen wissen. Wenn aber das Volk, woran ich nicht zweifle, in seiner großen Mehrheit sagt : „Wir sind zufrieden, wir wollen keinen Dynastewechsel“, werden auch Sie [= l'opposition liberale et socialiste] soviele Opfersinn und Liebe zum Volk haben, daß auch Sie sich ...

que comprennent à l'heure actuelle la plupart des Luxembourgeois le mot « démocratique » (cf. le sondage de 2014⁶⁵).

La véritable pierre d'achoppement n'est donc pas le sens du mot « démocratie », mais sa *position* par rapport au droit : les avocats du discours dominant estiment que l'idéal de la démocratie n'est consacré qu'en morale, et non en droit. Or, affirmer, après 1998, une telle thèse au Luxembourg est totalement inadmissible, car cela revient à ignorer l'existence de l'art. 1^{er} Const.

4^o Un argument ontologique à récuser : l'inconcevabilité de la nature décisionnelle d'un référendum portant sur une « idée »

La thèse ici présentée revient-elle à dire qu'en vertu de la Constitution tous les référendums, y compris les *référendums portant simplement sur un « principe »*, une « idée », sont décisionnels ? Est-ce possible ? J.Y. Henckes et d'autres auteurs ou auteurs arguent d'une différence entre, d'une part, les référendums « portant sur un texte » (ex. les référendums de 1937 et 2005), et, d'autre part, les référendums portant sur de simples « idées » ou « principes » (ex. les référendums de 1919 et 2015). Selon J.Y. Henckes, en vertu de l'idée de démocratie, les référendums sur un texte sont décisionnels, alors que les référendums sur un principe ne peuvent être que consultatifs, même en démocratie, eu égard à leur nature, leur objet.

Or, cette affirmation selon laquelle les référendums portant sur des idées générales ne peuvent être décisionnels, et qu'il n'existe donc *aucun* pays à avoir consacré la valeur décisionnelle dans ce cas – ce qui, en soi, est impossible, inconcevable, ne saurait logiquement être réalisé *nulla pars* –, repose sur une *erreur*⁶⁷. L'erreur est ancienne. Elle remonte à la littérature juridique classique de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle (en France : Esmein, Duguit, J. Laferrière, etc.) et, depuis lors,

65 (enfr) ...beugen und sagen : „Die Mehrheit hat entschieden, wir wollen uns beugen“. Ich denke, das ist recht demokratisch », ou les propos du député de la droite Auguste Thom, *ibid.*, p. 89 (« Redoutez-vous donc le jugement du peuple, ou le peuple ne compte-t-il pour rien lorsqu'il s'agit de ses droits les plus sacrés ? »). Pour ce qui est des socialistes, voir par ex *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1918-19, vol. III, p. 2215, le discours du député Jacques Schaack : « Approuviateur das Volk die Majorität, dann ist der Fall erledigt. Trifft das Gegenteil zu, dann ziehen Dynastie und Regierung die Konsequenzen und die Opposition führt die republikanische Regierungsförm ein ».

66 Cf. *supra* note 17.

67 La même erreur est identifiée et combattue, par ex., par P. Tailion, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n°1, p. 143 ss.

elle s'est perpétuée, y compris au Luxembourg⁶⁸. Il s'agit d'une vision de l'esprit trop étroite qui ignore la richesse des solutions possibles en droit positif, particulièrement des solutions existant d'ores et déjà à l'étranger. Il existe au moins un pays dans le monde dans lequel les référendums portant sur des principes sont décisionnels : c'est la Suisse (au niveau fédéral et cantonal). Lisons, par ex., l'art. 53 al. 2 de la Constitution de 1965 (version actuelle) du Canton suisse de Nidwald :

« Art. 53 Consultative Abstimmungen :

(1) Der Landrat [= parlement cantonal] ist befugt, die Aktivbürgerschaft über die Aufnahme einzelner Grundsätze in die Gesetzgebung abstimmen zu lassen.

(2) Das Ergebnis der konsultativen Abstimmung bindet den Landrat bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung.

(3) Die Bindung erstreckt sich nicht auf spätere Erlasse, in denen die gleiche Frage aufgegriffen wird »⁶⁹.

En Suisse, il est couramment admis, en droit positif et en doctrine, que tant une votation populaire sur un texte à rédaction finalisée qu'une votation sur une *idée générale* (« allgemeine / einfache Anregung », « proposition conque en termes généraux », « initiative non formulée », « simple motion », etc.) peuvent toutes les deux être de nature décisionnelle⁷⁰. Les deux peuvent lier et, le plus souvent, selon les droits positifs en Suisse, elles lient (le référendum sans valeur normative y est rarissime). En cas de votation, fédérale ou cantonale, sur une idée générale, un électeur dispose en outre du droit de saisir le Tribunal fédéral pour faire vérifier si le

68 Cf. L. Heuschling, « La discours sur la valeur... », *op. cit.*, p. 7 ss, p. 37 s. Au Luxembourg, l'argument a été présent en 2001-2005, chez le député Paul-Henri Meyers, président de la Commission des institutions, chez J.Y. Henckes, ou, dans le sillage de la présente conférence, dans les critiques formulées par Marc Thewes, membre du Conseil d'Etat, à l'égard de la présente lecture (cf. C. Bunn, « Konsultativ oder verbindlich ? Ein Hauch von Kontroverse », *Luxemburger Wort*, 16 mars 2015, p. 2).

69 Pour la traduction française officielle, voir *supra* note 20.

70 Voir E. Grise, *Initiative et référendums populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3^e éd., Berne, Staempfli, 2004, en particulier p. 213 ss, p. 397. Parmi les dispositions consacrant le caractère décisionnel de référendums sur des idées générales, voir, par ex l'art. 139 al. 4 de la Const. fédérale (« En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative ») ; art. 32 al. 2 de la Const. du Canton de Bâle-Campagne (« Die Behörden sind bei der Ausarbeitung der Vorlagen an die Ergebnisse von Grundsatzabstimmungen gebunden ») ; art. 65 al. 2 Const. du Canton d'Argovie (« Handelt es sich um ein gültiges Volksinitiativbegehren in der Form der allgemeinen Anregung, so hat der Grosse Rat eine entsprechende Vorlage ausarbeiten. Will der Grosse Rat dem Volksinitiativbegehren keine Folge geben, so entscheidet das Volk, ob er dem Begehren nachzukommen habe »), etc.

parlement a traduit fidèlement l'idée générale⁷¹. Cet élément de la garantie juridictionnelle peut toutefois, sur le plan analytique, être distingué de la valeur normative du référendum. Un constituant peut admettre qu'un référendum sur une idée générale lie les élus, sans pour autant admettre un contrôle juridictionnel de la mise en œuvre de l'idée par les élus.

Une fois ce point admis, qu'il est possible qu'un référendum sur un « principe » lie en droit, le lecteur se posera, peut-être, la question, où se situe dans ce cas la norme ? A cet égard, il convient d'introduire une distinction entre deux types de référendums. La distinction est celle entre, d'une part, la catégorie des « référendums portant adoption directe de la norme finale à publier dans le journal officiel » et, d'autre part, la catégorie des « référendums portant sur la création, par le parlement, d'une future norme ».

La première catégorie, la plus facile à cerner, englobe les référendums dans lesquels les citoyens eux-mêmes adoptent *directement* la norme ou les normes (s'il s'agit d'une pluralité de normes), qui, une fois promulguées – la promulgation par le chef de l'Etat est, on imagine, obligatoire –, seront publiées telles quelles au journal officiel et s'adresseront ainsi à la « société », à tous ceux qui sont visés par la chose. On pourrait appeler ce type de référendum, qui, en général, n'a pas de nom spécifique dans la littérature, tant il est usuel et commun, « le référendum portant adoption directe de la norme finale à publier dans le journal officiel ». D'autres disent aussi que ce référendum produit un effet juridique « immédiat ». Certains vont, peut-être, dire qu'il s'agit de la catégorie des référendums décisionnels, mais ce serait une vue inexacte, car les référendums de la seconde catégorie peuvent aussi être décisionnels, quoique d'une autre façon (il y a des sous-catégories et variantes au sein de la catégorie des référendums décisionnels). Dans le cas d'un référendum portant adoption directe de la norme finale à publier dans le journal officiel, le peuple adopte, lui-même, une loi, une loi autorisant la ratification d'un traité, une révision de la Constitution, etc. Un exemple, simple, à l'étranger est l'art. 11 de la Constitution française de 1958. Un exemple au Luxembourg – le *seul* exemple au Luxembourg de ce type de référendum portant adoption directe des normes à publier au journal officiel – est le référendum prévu dans le cadre de l'art. 114 Const.

71 Sur ce « Anspruch auf getreue Umsetzung einer allgemeinen Anregung durch den Ausführungsgesetzgeber », cf. P. Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3^e éd., Bern, Stämpfli, 2011, p. 652, p. 678 s ; E. Grisel, *op. cit.*, p. 235 ss.

Par définition, ce type de référendum est toujours décisionnel. La norme produite par le peuple, dans ce cadre, consiste en la norme finale adressée à la société, publiée dans le journal officiel. Dès lors, il va de soi que la norme adoptée par les citoyens doit être « entièrement rédigée ». Par là, il faut entendre que l'énoncé textuel de la norme soumise à référendum est la version finale. C'est cette rédaction *finalisée* qui sera publiée au journal officiel. Plus aucun organe n'interviendra, après le référendum et avant la publication, pour « parfaire », « reprendre », « revoir » la rédaction. Concrètement, cela signifie que le texte doit être rédigé sous formes d'articles numérotés (d'une loi, de la Constitution). On notera également qu'à travers ce type de référendum – référendum portant adoption directe de la norme finale à publier dans le journal officiel –, les citoyens peuvent être amenés à adopter un texte entièrement rédigé qui est technique, précis, long (ex. une loi de 150 articles) ou un texte à rédaction finalisée, qui est court, et qui a la forme d'un principe (une brève phrase), à l'instar de nombre de principes constitutionnels. Par ce biais, le peuple pourrait, par ex., adopter au Luxembourg, dans le cadre de l'art. 114 Const., une révision énonçant : « Art. 1bis : La dignité humaine est inviolable ». A noter : ici, on pourrait aussi parler d'un référendum sur un principe ; or la signification ne serait pas celle que l'on vise lorsque, usuellement, l'on parle d'un « référendum sur un principe ou sur une idée générale ». Celui-là relève de la 1^{re} catégorie, celui-ci est une variante de la 2^e catégorie.

La seconde catégorie englobe ce que je propose d'appeler « les référendums portant sur la création, par le parlement, d'une future norme ». On peut aussi parler, de manière plus brève (et donc moins précise), de « référendum orientatif » pour réemployer un terme de Francis Hamon⁷². Dans ce cas de figure, le peuple ne participe *qu'indirectement* à la production d'une norme publiable au journal officiel : plutôt que de poser lui-même cette norme, il formule à l'égard d'un autre organe (le parlement) une « orientation », une directive relative au contenu de la future norme à élaborer par cet organe. Cette orientation peut être peu précise (le « oui » ou le « non » a trait à une simple « idée »⁷³). Mais la catégorie des référendums orientatifs ne se réduit pas à cette seule hypothèse. Il y a des cas où l'orientation est très précise, car le « oui » ou le « non » exprimé

72 F. Hamon, *Le référendum. Etude comparative*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 18.

73 Dans le cas du référendum du 7 juin 2015, « l'idée » quant à l'abaissement de la majorité électorale (de 18 ans à 16 ans) était déjà très précise et technique : en cas de vote favorable, il aurait, *grosso modo*, suffi à la Chambre des députés de trouver dans la loi électorale les articles pertinents dans lesquels il aurait fallu remplacer « 18 » par « 16 ».

par le peuple se rapporte à un texte déjà finalisé, prêt à être publié tel quel au journal officiel. Une illustration est le référendum luxembourgeois de 2005, qui relevait de la catégorie du référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme. En 2005, la Chambre des députés était chargée d'autoriser ou non, l'organe « Grand-Duc de Luxembourg », de ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Dans le cadre, et au milieu de la procédure d'adoption de la loi autorisant la ratification, eut lieu le référendum. Celui devait permettre, entre le 1^{er} vote et le 2^e vote de la loi par la Chambre des députés, de sonder la volonté du peuple. Les citoyens, lors du référendum, statuaient en référence à un texte, même deux textes (le texte du projet de loi autorisant la ratification, qui, lui-même, se référait au texte du traité constitutionnel). Une fois l'issue du vote populaire connue, la Chambre des députés a procédé au 2^e vote constitutionnel de la loi autorisant la ratification, en suivant la volonté populaire.

Ce type de référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme peut être, selon les droits positifs, décisionnel ou consultatif. J'en arrive ainsi à la question soulevée initialement : si ce référendum est « normatif », où est la norme ? Quel en est l'objet ? A ce stade, il suffit de noter que la norme produite par le peuple ne doit pas être confondue avec la norme finale qui, elle, sera produite par le parlement, et qui s'adressera à la « société » (la loi, la révision, la loi autorisant la ratification d'un traité, etc.). L'éventuelle norme posée par le corps des citoyens réside dans l'orientation donnée par les citoyens au parlement. Cette norme s'adresse non pas à la « société », mais au parlement, à celui qui doit fabriquer la norme publiable au journal officiel. Quant au contenu précis de cette norme, ce point, complexe, sera étudié plus en détail par la suite.

Concluons, à ce stade de la démonstration, que l'argument en apparence d'ordre ontologique de J.Y. Henckes et d'autres acteurs – ce qui, en soi, est impossible à concevoir ne saurait être consacré en droit positif luxembourgeois – est à rejeter. Aucun argument d'ordre conceptuel n'oblige à conclure qu'un référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (dans sa variante : référendum sur une idée) est, par essence, consultatif. Le droit positif luxembourgeois ne l'exige non plus : l'art. 51 § 7 Const. autorise la tenue de référendums portant sur la création, par le parlement de futures normes, dans lesquels les électeurs sont appelés à statuer soit en référence à un texte à la rédaction finalisée, soit en référence à une question de principe (« idée »). Cette dernière variante n'est pas discriminée ; elle est soumise au même régime. Il n'y a donc aucune raison, ni conceptuelle, ni de droit positif, obligeant à soustraire cette variante à l'empire de la lecture constitutionnelle selon

laquelle les référendums de l'art. 51 § 7 Const. sont de nature décisionnelle. En revanche, je conçois qu'il puisse y avoir d'autres questions soumises à référendum dont la réponse est insusceptible de lier en droit.

5^o Une exception possible : un référendum sur un véritable vœu au sens strict du terme

Un organe d'Etat produit, en général, des normes : c'est là son rôle premier. Mais il arrive aussi qu'un organe d'Etat émette d'autres types d'énoncés. Il produit un discours politique par lequel il félicite ou remercie les gens ; il esquisse un idéal moral à atteindre ; il invite tel acteur à agir d'une certaine manière. L'un des rôles importants, à l'heure actuelle, des chefs de l'Etat dans les régimes parlementaires, en particulier monarchiques, est de « symboliser » l'Etat et/ou la nation ; à ce titre, il appartient au chef de l'Etat de faire des discours plus ou moins marquants. De manière similaire, un parlement vote des lois, mais aussi de simples résolutions (motions), qui n'ont pas de valeur juridique ; par exemple, tel parlement exprime son souhait de voir aboutir des négociations de paix qui ont lieu à l'étranger, sans que le propre pays n'y soit impliqué ; il exprime le vœu qu'un pays voisin ferme telle centrale nucléaire proche de la frontière (nous supposons qu'en droit positif, le pays voisin soit entièrement libre d'agir comme il l'entend), etc.

Par analogie, il n'est pas exclu que le peuple soit, à son tour, appelé par le biais d'un référendum à émettre un tel vœu, au sens strict du terme, donc une invitation, un appel, un souhait, qui, même dans les conditions les plus favorables, ne saurait être considéré comme une norme juridique. Pour illustration, l'on peut citer, par ex, le référendum dit « économique » de 1919. Ainsi qu'il ressort de l'analyse des débats parlementaires de l'époque⁷⁴, l'objet exact de la question d'ordre économique soumise aux citoyens luxembourgeois en 1919 était des plus ambigus. En effet, trois thèses s'affrontèrent à ce sujet à la Chambre des députés, un fait historique qui est souvent ignoré dans les discussions rétrospectives sur ce célèbre référendum. Selon l'une de ces thèses, admise par le ministre d'Etat Reuter le 4 juin 1919, jour du vote de la loi sur ce référendum, le référendum servait à appuyer la démarche du gouvernement auprès des autorités de la République française⁷⁵. En effet, le gouvernement de

74 Cf. L. Heuschling, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, p. 16 s.

75 *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. IV, p. 3544, Emile Reuter : « Mais Messieurs, vous savez et tout le monde l'a reconnu à la séance d'hier, comme encore à la séance d'aujourd'hui, que l'un des buts poursuivis par le référendum sera précisément celui d'obtenir des ouvertures de la part de l'un des deux pays [la France] auxquels nous nous sommes adressés ».

Reuter *souhaitait* engager des négociations avec la France. C'était une invitation, un vœu, et, en vertu des règles de droit international public, ce ne pouvait être qu'un vœu : en l'état du droit international public de l'époque, le Luxembourg n'avait pas d'ordres à donner à la France. Or, à cette époque, avant le référendum, la France refusait de donner suite à cette invitation (refus qu'elle réitéra d'ailleurs, comme l'on sait, après le référendum). Face à ce premier refus, un moyen pour insister auprès de la France était de l'informer que ce souhait provenait non seulement du gouvernement, mais aussi du peuple luxembourgeois. Vu sous cet angle, le référendum équivalait, pour le dire en termes familiers, à un appel du pied : l'on voulait, comme le résuma le député libéral Robert Brasseur le 4 juin 1919, « forcer la main »⁷⁶ à une France, qui se dérobait pour des raisons peu claires.

Il faut toutefois noter qu'un tel type de référendum ayant pour objet un vœu au sens strict est très exceptionnel dans la pratique. Il n'est pas certain non plus qu'au vu de la lourdeur et du coût de l'opération, il faille encourager ce type d'usage. Une résolution d'un parlement ou une lettre du gouvernement sont moins chers pour transmettre à une puissance étrangère une invitation ou un appel. Une lettre de pétition signée par des citoyens pourrait aussi faire l'affaire⁷⁷. Si, dans l'avenir, un tel type de référendum devait se reproduire au Luxembourg sous l'empire de l'actuel art. 51 § 7 Const., il va de soi que, même à la lumière de la lecture défendue ici, un tel référendum ne saurait être décisionnel à l'égard d'une puissance étrangère. Les règles du droit international, de rang supérieur en droit luxembourgeois, s'y opposent.

Conclusion d'étape : pour toutes les raisons avancées, le discours actuellement dominant selon lequel tous les référendums organisés en vertu de l'art. 51 § 7 Const. ont nécessairement, en vertu de la Constitution, la valeur d'un simple avis est infondé, inexact. Contestable sur le plan moral, au regard de l'idéal moral de la démocratie, le discours dominant l'est aussi sur le plan du droit positif, car celui-ci n'ignore pas le principe démocratique. Encore faut-il s'en rendre compte... Une fois le caractère, en principe, normatif du référendum de l'art. 51 § 7 Const. admis, se pose la question de son régime.

⁷⁶ *Compte rendu des séances de la Chambre des députés. La Constituante 1918-1919*, vol. IV, p. 3546.

⁷⁷ Pour un exemple qui s'en rapproche, cf. la pétition lancée au Luxembourg en 1870 par le comité patriotique en vue d'empêcher toute cession du pays sans votation préalable du peuple luxembourgeois. J. Ioris, *1867-1872. Une page d'histoire du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, Belfort, 1888, p. 326 ss.

B | Le régime de la norme posée par les citoyens : objet, durée de validité et modification ultérieure

Comment – par qui, à quel moment ? – pourra être modifiée la norme posée par le peuple lors d'un référendum organisé en vertu de l'art. 51 § 7 Const. ? Faut-il parler ici de « parallélisme des formes », seul un autre référendum pouvant défaire ce qu'a fait un premier référendum ? Mais qu'est-ce qu'à « fait » exactement ce référendum ? Quelle est l'étendue et l'autorité de la chose décidée par le peuple, à travers leur « oui » respectivement leur « non » ? Cette problématique aux multiples facettes n'est pas sans complexité. Pour y voir plus clair en droit luxembourgeois, il est utile d'envisager d'abord, en théorie, les différentes réponses possibles afin de pouvoir situer, au sein de cette grille d'analyse, le cas du droit luxembourgeois. À ce titre, la question d'un éventuel parallélisme des formes doit être posée dans trois cadres théoriques distincts : 1° dans le cadre d'une compétence normative exclusive du peuple (cas absent en droit luxembourgeois) ; 2° dans le cadre de compétences normatives parallèles, alternatives ou dédoublées, une même norme pouvant être prise soit par le parlement soit par les citoyens (cas présent en droit luxembourgeois à travers l'art. 114 Const.) ; 3° dans le cadre de cette interaction particulière entre citoyens et élus dans le cadre d'un référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (cas présent en droit luxembourgeois à travers l'art. 51 § 7 Const.).

1° En cas de compétence exclusive des citoyens : le nécessaire parallélisme des formes

Dans le cadre d'une compétence exclusive, le parallélisme des formes est assez aisé à cerner : puisque un seul organe est compétent pour édicter telle norme, il est aussi le seul organe à pouvoir abroger celle-ci, abstraction faite d'une abrogation par une norme supérieure. Les cas où les citoyens, agissant par voie de référendum⁷⁸, disposent d'une compétence exclusive correspondent aux hypothèses qui, dans la littérature sur la démocratie semi-directe, sont habituellement désignées par le terme de « référendum obligatoires », lorsque ceux-ci sont, pour utiliser la terminologie suisse, suspensifs (ils interviennent avant l'entrée en vigueur de la norme)⁷⁹ et non

⁷⁸ Le distingue ce cas de l'hypothèse où les citoyens exercent une compétence normative exclusive dans le cadre d'une *Landsgemeinde*. L'institution suisse de la *Landsgemeinde* correspond à la réunion de tous les citoyens en une assemblée publique. Il ne s'agit donc pas d'un référendum.

⁷⁹ Ce n'est que dans ce cas que le peuple détient l'exclusivité de la compétence normative. Dans le cas d'un référendum obligatoire abrogatif, la compétence est dédoublée.

abrogatifs (ils interviennent après l'entrée en vigueur). Ces cas de figure, plutôt rares en droit comparé, se trouvent dans les pays dans lesquels le pouvoir de réviser la Constitution⁸⁰, d'adopter une loi⁸¹, de décider de la ratification de certains traités internationaux (de sécurité collective, d'adhésion à une organisation internationale, etc.⁸²) ou encore de prendre certains actes administratifs (par ex. engager des dépenses dépassant un certain montant⁸³) est confié au seul corps des citoyens, lequel s'exprime par voie de référendum. Les élus sont exclus. Dans ces cas, le référendum appartient nécessairement à la catégorie des référendums portant sur l'adoption directe d'une norme finale à publier dans le journal officiel. Dans les pays ayant institué la compétence exclusive des citoyens par ex. en matière de révision, il faut obligatoirement convoquer un nouveau référendum, soit pour abroger la norme constitutionnelle adoptée lors d'un référendum précédent (en cas de victoire du « oui »), soit pour introduire dans la Constitution la norme constitutionnelle rejetée lors d'un référendum antérieur par le peuple (en cas de victoire du « non »). Pour défaire un « oui »⁸⁴ ou un « non », il faut un nouveau référendum. Ce parallélisme des formes est inhérent à la règle même de l'exclusivité de la compétence normative. Sauf indication contraire en droit positif, le nouveau référendum pourrait d'ailleurs avoir lieu le lendemain du référendum précédent.

Comme l'on voit aisément, le droit luxembourgeois ne rentre pas dans ce modèle car ni le pouvoir législatif, ni même le pouvoir de révision ne sont réservés aux citoyens. Ces pouvoirs sont, d'abord, attribués à la Chambre des députés, qu'il faut à ce que, selon certaines modalités, les électeurs puissent, à leur tour, intervenir dans ce pouvoir.

80 Ex. la Suisse, au niveau fédéral (art. 140, art. 192-195 Const. 1999) et cantonal (cf. art. 51 Const. Suisse 1999), le Danemark (art. 88 Const. 1953), l'Arménie (art. 111 Const. 1995), art. 174 Const. Algérie 1996, etc.

81 Ce cas est rarissime, car il réduit fortement l'intérêt même d'un parlement élu qui ne sert qu'à préparer des projets de loi à soumettre au référendum. En Suisse, cf. Const. du canton Uri de 1984, art. 24 et 90.

82 Ex. art. 140 Const. Suisse 1999 ; art. 142 Const. Croatie 1990 (version de 2010).

83 C'est le cas dans certains cantons suisses. Cf. E. Griseel *op. cit.*, p. 326 ss, spéc. p. 328.

84 Il se peut, bien sûr, que la norme adoptée par référendum contienne une clause (« *sunset clause* ») limitant la validité de la norme dans le temps, auquel cas la norme expire à l'échéance du terme. Le « oui » se défait de lui-même. En revanche, un « non » ne se défait pas de lui-même.

85 Voir, par ex., art. 175 Const. Algérie 1996 : « La loi portant projet de révision constitutionnelle repoussée par le peuple (...) ne peut être à nouveau soumise au peuple durant la même législature ».

2° En cas de compétences dédoublées, parallèles, du parlement et du corps des citoyens : le choix entre deux options

La deuxième hypothèse à étudier est celle d'un dédoublement de compétence : telle compétence (celle d'adopter une loi, une loi autorisant la ratification d'un traité, une révision, une décision administrative, etc.) est confiée à la fois au parlement et au corps des citoyens agissant par voie de référendum. La même norme pourrait, en droit, être adoptée alternativement soit par l'un, soit par l'autre. On remarquera que ces référendums relèvent nécessairement de la catégorie des référendums portant sur l'adoption directe d'une norme finale à publier au journal officiel. La version la plus aboutie d'un dédoublement de compétences est que le parlement et les citoyens disposent tous les deux du droit d'initiative et du pouvoir d'adopter leur projet, sans que l'autre organe n'ait son mot à dire (ex. : les initiatives législatives populaires aux États-Unis et, parfois, en Suisse). Une version moins complète réserve l'initiative législative à un organe d'État, mais ce projet peut être adopté aussitôt soit par les élus, soit par les citoyens (exemple : art. 11 Const. française de 1958). Une version encore plus diluée de l'idée de dédoublement est que l'initiative est réservée au parlement, qui doit aussi approuver ce texte une première fois, et ce n'est qu'après, pour un second et dernier vote que s'ouvre l'alternative entre un ultime vote parlementaire ou un ultime vote par référendum. Cette dernière forme de compétence alternative est présente au Luxembourg à travers la procédure de révision de la Constitution (art. 114 Const.).

C'est dans le contexte de compétences dédoublées, alternatives, que la question d'un éventuel parallélisme des formes devient plus ardue. Si la norme a été adoptée par les citoyens faudra-t-il aussi, par la suite, pour une modification, obtenir le consentement des citoyens ou le parlement pourra-t-il, en vertu de sa propre compétence, parallèle, abroger la norme adoptée lors du référendum ? En soi, deux modèles théoriques sont possibles que je propose d'appeler celui de l'équivalence et celui de la hiérarchie.

a) Les deux logiques de l'équivalence et de la hiérarchie

La réponse de l'équivalence consiste à situer la volonté des élus et celle des citoyens au même niveau. Cette réponse part de la prémisse classique, selon laquelle le parlement, en agissant au nom du peuple (ou

de la nation), est le peuple (la nation) : il y a *identité* entre les deux⁸⁶. Si les citoyens, à leur tour, sont autorisés à exprimer leur volonté au-delà de l'élection des députés, leur volonté est une manifestation supplémentaire de la volonté du peuple (de la nation), qui s'ajoute à la volonté du peuple (de la nation) exprimée par l'organe parlementaire. Le peuple/la nation s'exprime par deux canaux, médiums, qui se situent au même niveau (les élus, les citoyens). Dès lors, à condition qu'elles se situent dans la même catégorie des normes (lois, révisions, etc.), les normes posées par l'un (l'organe parlementaire) ou par l'autre (l'organe formé des citoyens) sont de même rang au sein de la hiérarchie des normes. Ce que l'un a fait, l'autre peut le défaire, et ce immédiatement. La norme qui l'emporte est celle qui est la plus récente, selon la règle classique *lex posterior derogat legi priori*.

C'est dans cet esprit classique qu'en France, le Conseil constitutionnel a admis, *en droit*, qu'une loi adoptée directement par les citoyens en vertu de l'art. 11 Const. française de 1958 pouvait être modifiée par le parlement⁸⁷, alors même que le *discours politique* gaulliste mettait en exergue la supériorité du peuple (des citoyens) par rapport à ses élus. La logique de l'équivalence s'applique aussi en Suisse lorsque la loi peut être adoptée, en dernier lieu, soit par le parlement, soit par le peuple (celui peut être introduit dans la procédure législative parlementaire, par le biais d'une requête de citoyens déclenchant la tenue d'un référendum facultatif)⁸⁸. Or, une loi ainsi adoptée par référendum peut être modifiée, par la suite, par le parlement, sans que ce dernier ne soit obligé de convoquer de son propre chef un référendum (l'inverse reviendrait à une extension progressive des cas de référendum obligatoires par la pratique et à un évidement de la catégorie des référendums facultatifs). De même, si le vote populaire a

86 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, op. cit., t. 2, p. 209 : « Le souverain est censé parler par la bouche de son représentant ; donc, toutes les volontés ou décisions que le représentant énonce au nom du souverain, prennent immédiatement la même force ou perfection que si elles avaient été exprimées par le souverain lui-même ». Cf. aussi Steyer, discours du 7 septembre 1789, *Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. VIII, p. 595 : « Le peuple ne peut avoir qu'une voix, celle de la Législature nationale ; (...) le peuple ne peut parler, ne peut agir, que par ses représentants ».

87 Décision du Conseil constitutionnel n°89-265 DC du 9 janvier 1990, considérant 8 : « Le principe de la souveraineté nationale ne fait nullement obstacle à ce que le législateur, statuant dans le domaine de compétence qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, modifie, complète ou abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il importe peu, à cet égard, que les dispositions modifiées, complétées ou abrogées résultent d'une loi votée par le Parlement ou d'une loi adoptée par voie de référendum ».

88 Abstraction faite des cas comme le canton d'Uri et d'autres, où le pouvoir législatif est une compétence exclusive des citoyens agissant par référendum ou au sein de la *Landsgemeinde*.

été négatif lors d'un référendum sur un texte d'origine parlementaire, rien n'interdit au parlement d'adopter, à travers un nouveau projet de loi, le même contenu⁸⁹. Les mêmes conclusions s'imposent, *mutatis mutandis*, en Suisse lorsqu'il s'agit d'une loi adoptée ou rejetée par le peuple suite à une initiative citoyenne⁹⁰.

Selon la logique de l'équivalence, la modification de la loi adoptée par les citoyens par une loi adoptée par le parlement pourrait intervenir, le cas échéant, dès le *lendemain* de la *promulgation et publication* de la loi référendaire⁹¹. Après tout, un parlement peut procéder immédiatement à l'abrogation d'une loi tout juste adoptée par lui (un exemple réel s'est présenté, en France, avec la fameuse loi instituant le « contrat première embauche » : à peine la loi promulguée, le gouvernement en a fait voter l'abrogation⁹²). Arguer d'une éventuelle atteinte à la bonne foi et d'un abus de pouvoir de la part du parlement si celui-ci abrogeait immédiatement la loi référendaire⁹³ revient, en vérité, à basculer à cet endroit dans la logique de la hiérarchie. Selon la logique de l'équivalence, il n'y a donc aucune exigence spécifique de parallélisme des formes. L'élément clé (le révélateur) de cette logique est, d'une part, la *présence* des dispositions constitutionnelles, classiques, selon lesquelles le parlement représente le peuple (la nation) et le mandat du député est un mandat représentatif et non impératif, et, d'autre part, l'*absence* de toute exception à cette logique classique.

L'autre réponse possible, qui s'inscrit précisément en faux contre le système de l'équivalence, consiste à établir une hiérarchie entre, d'une part, en haut, l'organe des citoyens et, d'autre part, en bas, tous les organes d'Etat, y compris l'organe représentatif le plus éminent, car élu directement : le parlement. Les deux organes (le corps des citoyens et l'organe parlementaire) ont – du moins au début – une compétence identique pour produire des normes d'une certaine catégorie (loi, révision, etc.), mais, mais dès qu'une volonté a été exprimée, que ce soit par un

89 Cf. E. Grisel, op. cit., p. 393, n°1049.

90 *Ibid.*, p. 296, n°767.

91 Le texte de la loi référendaire doit être promulgué et publié par l'exécutif. Je présuppose que le chef de l'Etat n'a pas, en droit positif, le droit de refuser la promulgation.

92 https://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_premi%C3%A8re_embauche

93 Cf. par analogie l'opinion doctrinale d'E. Grisel, op. cit., p. 393. Réfléchissant sur le cas où le peuple aurait empêché par son « non » l'entrée en vigueur d'un texte de loi adopté par le parlement, l'auteur estime que le parlement a le droit de revoter cette loi, mais s'il devait faire face « à une série de revers » (donc à une série de référendums négatifs), le « parlement commettrait un abus, s'il ne s'inclinait pas ». Voir aussi *ibid.*, p. 296.

« oui » ou un « non » par les citoyens, c'est-à-dire par le peuple – le « maître », le mandant, selon cette logique –, cette volonté doit prévaloir par la suite sur celle des élus, qui ne sont, selon cette logique, que les serviteurs (les subordonnés, les mandataires au sens du droit privé) du peuple⁹⁴. La logique de la hiérarchie ne se contente pas seulement d'exiger que le texte adopté par le peuple soit promu (en cas de victoire du « oui ») ou ne le soit pas (en cas de victoire du « non »). Ce point est aussi admis dans la logique de l'équivalence. Sa spécificité réside en qu'elle exige que, par la suite, le « oui » ou le « non » exprimé par le peuple ne puisse être contredit que par le biais d'un nouveau référendum (parallélisme des formes).

Ce cas de figure est illustré, pour l'hypothèse de la victoire du « oui », par la Constitution arménienne de 1995⁹⁵. Celle-ci prévoit, certes, que les députés n'ont pas de mandat impératif (art. 66 al. 1^{er}) et qu'une loi ordinaire peut être adoptée soit par le parlement, soit par les citoyens (art. 112 al. 1^{er} Const.⁹⁶). Ces articles suggèrent donc une égalité entre ces deux organes dans l'exercice de leurs compétences parallèles. Mais, à l'encontre de la solution classique de l'équivalence, la Constitution arménienne dispose en son art. 112 al. 2 : « *Laws passed by referendum may only be amended by referendum* ». Dans ce cas, chaque référendum se solde par une sorte de « préemption » de compétence au profit des citoyens, une sorte « d'effet cliquet » : alors qu'au début, les deux organes jouissent de la même étendue de compétence, celle du parlement rétrécit au fur et à mesure que le corps électoral adopte positivement des lois. Des parties de la compétence initialement dédoublée deviennent, du fait de cet effet cliquet, une compétence exclusive du corps des citoyens. De facultatif, le référendum devient obligatoire.

94 Lire, par ex., la lettre de saisine des députés français dans le cadre de la décision précitée du Conseil constitutionnel n° 89-265 DC du 9 janvier 1990 (disponible sur le site internet du Conseil) : « Si la loi, qu'elle soit référendaire ou ordinaire, a la même nature, une différence de degré existe entre une disposition émanant directement du peuple par référendum et un vote législatif. S'il est vrai qu'une loi ordinaire peut modifier une loi référendaire, elle ne saurait la contredire (...). En effet le corps électoral constitue l'instance la plus haute, celle dont la décision s'impose nécessairement aux autres instances qui, si élevées soient-elles, sont au-dessous de la nation comme le délégataire reste subordonné au délégant. En réalité le référendum résulte d'un primat démocratique au-dessus de tout principe constitutionnel, à tel point que quand on consulte le peuple on ne saurait le contredire qu'en le consultant à nouveau. »

95 Le texte, traduit en anglais, peut être consulté sur le site internet de la Cour constitutionnelle arménienne. http://concour.am/armenian/constitutions/RA_Constitution_en.pdf
96 Art. 112, al. 1 Const. 1995 : « Laws may be submitted to a referendum upon the request of the National Assembly or the Government in accordance with Article 111 of the Constitution ».

La logique de la hiérarchie peut également se concevoir en cas de victoire du « non » lors du référendum, mais ce cas pose un problème de délimitation de ce qui est ainsi préempté, décidé, par le peuple. Ce « non », à l'instar d'un « oui », déclenche l'effet cliquet, mais le droit positif devra préciser l'étendue de ce qui est décidé à travers ce « non ». Il y a deux variantes possibles. Faut-il convoquer un référendum lorsque les pouvoirs politiques voudraient introduire en droit le contenu exactement identique à celui rejeté par le peuple (vision étroite de la chose décidée par le peuple à travers un « non ») ou suffit-il que la solution souhaitée soit « proche », similaire, mais non identique à celle rejetée par le peuple lors du référendum antérieur (vision large). La délimitation de l'autorité du « non » risque, en pratique, de poser d'ardus problèmes, qui ne se posent pas en cas de victoire du « oui » (la chose décidée, l'objet préempté, c'est le texte adopté). C'est ce qui explique, peut-être, la raison de la rareté en droit positif de la logique hiérarchique en cas de victoire du « non » (je n'ai pas trouvé d'exemple). En Arménie, l'art. 112 al. 2 n'évoque que l'hypothèse des « lois adoptées », donc un vote positif. Aussi la doctrine arménienne⁹⁷ estime-t-elle qu'un « non » à un référendum – s'il empêche, bien sûr, la promulgation de ce texte –, ne déclenche pas ce qui est spécifique à la logique de la hiérarchie, à savoir l'effet cliquet (le parallélisme des formes). La compétence du parlement reste donc intacte pour l'avenir.

b) Le maintien de la logique classique de l'équivalence dans le cadre de l'art. 114 Const.

En droit luxembourgeois, la Chambre des députés pourrait-elle, au lendemain d'un référendum négatif portant sur une révision (art. 114 Const.), recommencer, à zéro, une nouvelle procédure de révision reprenant exactement le même contenu et l'adopter en 2^e lecture ? Ou, en cas de victoire du « oui » au référendum, pourrait-elle par la suite – peu de temps après ou des années après –, déclencher une procédure de révision visant à abroger les normes constitutionnelles adoptées par les citoyens ?

La réponse serait, clairement, oui. D'une part, la Constitution luxembourgeoise, en son art. 50, énonce que la Chambre « représente le pays » (le peuple) et que le mandat des députés est représentatif, et non impératif. D'autre part, l'art. 114 Const. n'infléchit pas cette logique classique, en établissant, à titre exceptionnel, une hiérarchie entre citoyens et élus. Il n'y a pas, dans l'art. 114 Const., l'équivalent de l'art. 112 al. 2

97 Cf. les brèves informations données dans le rapport de la Commission de Venise, *Le référendum en Europe. Analyse des règles juridiques des États européens*, 2005, CDL-AD (2005)034, p. 22.

de la Constitution arménienne (ni en cas de vote positif, ni en cas de vote négatif). Le vote des citoyens, qui, selon les termes de l'art. 114 Const., « se substitue » à celui de la Chambre des députés, a la même force que le vote des députés. Les citoyens et les députés exercent la même compétence. Dès lors, en droit, rien ne s'oppose à ce que, après la victoire du « oui » ou du « non » au référendum, la Chambre de députés recommence une nouvelle procédure de révision en sens contraire. Il faudra juste que son action ne soit pas stoppée par un éventuel référendum déclenché par l'opposition ou par des citoyens mécontents. Mais ce référendum est, *et reste*, facultatif ; il n'est pas devenu obligatoire entre-temps, du fait de l'existence du référendum précédent.

3° En cas de référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (art. 51 § 7 Const.) : l'intrinsèque hiérarchie et ses limites dans le temps

Abordons à présent la problématique d'un éventuel parallélisme des formes dans le contexte des référendums portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (référendums orientatifs). C'est de cette catégorie que relève, pour l'instant, la pratique de l'art. 51 § 7 Const. Comme déjà vu, dans ce type de référendum, il n'est pas question que les citoyens adoptent la norme finale. La question soumise aux citoyens est, ou bien : « Voulez-vous que le parlement adopte le texte ci-joint comme loi ou comme article de la Constitution ? » si le référendum orientatif a trait à un texte juridique déjà finalisé, ou bien : « Voulez-vous que le parlement transcrive en loi/en un article de la Constitution l'idée générale suivante ? » si le référendum orientatif a trait à une idée générale. Par rapport à cette question, le peuple donne une « orientation », qui a soit la qualité d'un simple vœu s'il s'agit d'un référendum consultatif, soit la qualité d'une norme juridique s'il s'agit d'un référendum décisionnel. Or, selon la lecture présentée ici de l'art. 51 § 7 Const., les référendums organisés en vertu de cet article sont, en principe, décisionnels. Le référendum orientatif décisionnel fait naître une norme juridique, qui est soit un ordre (une obligation), soit une interdiction : ou bien les citoyens, à travers leur « oui », *ordonnent au parlement* d'adopter ce texte/de transcrire cette idée générale, ou bien, à travers leur « non », ils lui interdisent de le faire. Or jusqu'à quel point le parlement est-il obligé de suivre la norme ainsi posée par les citoyens ?

Peut-on ici aussi réfléchir en termes de choix entre la logique d'équivalence et la logique de hiérarchie ? La réponse est non. La logique

d'équivalence est incompatible avec l'idée même de référendum *décisionnel* portant sur la création d'une future norme. Ce type de référendum, s'il est décisionnel, appelle nécessairement l'idée de hiérarchie, sans laquelle l'on aboutirait à un résultat simplement absurde.

Si l'on appliquait la logique de l'équivalence, le parlement pourrait, le lendemain du référendum orientatif, adopter une loi / un article de la Constitution allant à l'encontre de la volonté des citoyens (peu importe que, lors du référendum, le « oui » ou le « non » l'ait emporté, que le vote ait porté sur un texte ou sur une idée). A la norme émise par le peuple : « Le parlement doit adopter ce texte / transcrire cette idée », le parlement oppose : « Je décide de ne pas adopter ce texte, de ne pas transcrire cette idée et, à l'inverse, d'approuver une autre solution ». La logique de l'équivalence n'y voit aucun problème à cette situation : elle dira que, de la part du parlement, ce n'est pas une *violation* de la norme posée par les citoyens : c'est, tout simplement, une *modification* de celle-ci⁹⁸. Le peuple, s'exprimant à travers la bouche des députés, change d'avis par rapport à ce qu'il (le peuple) a dit la veille, à travers la bouche des citoyens. La loi des élus abroge l'orientation normative décidée par les citoyens. Or, il est évident qu'un tel raisonnement rend parfaitement absurde, inutile, l'institution même d'un référendum *décisionnel* portant sur la création, par le parlement, d'une future norme. Il en fait un référendum simplement *consultatif*. S'il s'agit d'un référendum décisionnel, il faudrait que le parlement obéisse. Pour cela, il faut admettre que, par rapport à la question tranchée par les citoyens, le mandat représentatif des députés subit une entorse. Tant que cette norme référendaire (l'orientation) est valide, les organes de l'Etat doivent respecter la volonté des citoyens (hiérarchie). Sur ce qui a été décidé par les citoyens (le peuple), les élus ne sont plus leurs égaux. J'écarte donc la logique d'équivalence puisqu'elle aboutirait à un non-sens (il me semble de bon sens de retenir toujours une interprétation de la Constitution luxembourgeoise qui évite des résultats absurdes).

Reste à présent à dégager les effets précis de la hiérarchie dans le cadre de l'art. 51 § 7 Const. Jusqu'où porte l'autorité de la chose décidée par les citoyens ? Les effets de la hiérarchie pourraient être plus ou moins étendus dans le temps.

L'effet minimum est que les organes de l'Etat, en particulier le parlement, sont obligés d'exécuter dans l'immédiat, dans un délai

98 Il n'y aurait violation de la norme référendaire que si le parlement ne faisait rien. Son inaction n'étant pas, en soi, une norme, on ne pourrait pas même arguer d'une abrogation de la norme référendaire. Son inaction est simplement un fait, un fait illégal.

raisonnable, la décision prise par les citoyens. Cet effet est parfaitement admis en droit suisse dans le cadre des référendums décisionnels portant sur un principe. Il l'est aussi en droit luxembourgeois, dès lors qu'on admet la nature en principe décisionnelle des référendums de l'art. 51 § 7 Const. Il s'en suit que lorsque la Chambre des députés se trouve au milieu d'une procédure de création d'une norme – en 1919, une procédure de révision et une procédure de négociation d'un traité international ; en 1937, la procédure d'adoption de la fameuse loi dite « muselière » ; en 2005, la procédure d'adoption de la loi autorisant la ratification du traité constitutionnel ; en 2015, la procédure portant sur la proposition de refonte de la Constitution n°6030 –, et que la Chambre des députés pose, *au sujet et dans le cadre de cette procédure*, une question aux citoyens par voie de référendum (art. 51 § 7 Const.), la réponse des citoyens lie, en retour, la Chambre des députés et tous les autres organes de l'Etat intervenant dans cette procédure (gouvernement, Conseil d'Etat, Grand-Duc) *au sujet et dans le cadre de cette procédure*. En cas de victoire du « oui », la norme référendaire (« Vous devez, dans un délai raisonnable, adopter ce texte/transcrire cette idée ») s'éteint avec l'adoption du texte, respectivement la transcription de l'idée. En cas de victoire du « non », ce « non » est respecté si la procédure qui devait aboutir à l'adoption du texte ou à la transcription de l'idée est stoppée sur ce point précis (cf. 1937, 2015). Ainsi est fixée la date précise à laquelle l'obligation à l'égard des autorités de l'Etat prend fin par expiration⁹⁹. Il s'en suit aussi que si, à l'intérieur de cette procédure (par ex., dans le cadre de l'actuelle proposition de refonte de la Constitution n°6030), les élus voudraient, nonobstant les résultats négatifs du référendum du 7 juin, introduire dans le texte de la nouvelle Constitution l'une des trois questions rejetées, ils devraient déclencher un nouvel référendum en vertu de l'art. 51 § 7 Const.

En revanche, je ne pense pas que le « oui » ou le « non » ait une durée de validité plus longue, illimitée, qui perdure au-delà de la fin de la procédure précise au sein de laquelle la question référendaire a été posée. En Suisse, dans le canton de Nidwald, une telle portée est explicitement exclue par l'art. 53, al. 3 Const. (al. 2 : *Das Ergebnis der konstitutiven Abstimmung bindet den Landrat bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung*).

⁹⁹ Comme la norme véhiculée par le « oui » référendaire s'adresse aux *organes* de l'Etat (et non à leurs titulaires physiques), ce sont bien les organes d'Etat (« Chambre des députés », « Gouvernement », « Grand-Duc de Luxembourg », etc.) qui sont les débiteurs de cette obligation. Le changement de leurs titulaires physiques (ex. le décès ou l'abdication de l'individu portant le titre de grand-duc, la réélection des députés, etc.) n'a pas d'incidence sur la validité de l'obligation ; celle-ci ne prend pas fin simplement parce que la majorité politique au sein de la Chambre aurait changé suite à de nouvelles élections.

al. 3 : *Die Bindung erstreckt sich nicht auf spätere Erlasse, in denen die gleiche Frage aufgefgriffen wird*»). En droit luxembourgeois, deux raisons plaident pour une réponse analogue. Le premier argument est que, dans l'histoire du Luxembourg, les questions soumises à référendum et définies par le législateur ont été, le plus souvent, explicitement insérées dans le contexte (le cadre, donc le carcan) d'une procédure particulière. C'est explicite en 1937¹⁰⁰, en 2005¹⁰¹, en 2015¹⁰² et implicite pour 1919. Les questions étaient étroites dans leur objet, les réponses l'étaient donc aussi. Le « oui » signifiait : « Vous, organes d'Etat, vous devez transformer ce texte/cette idée en norme juridique ». Le « oui » ne signifiait pas *en plus* : « Ce texte doit rester en vigueur jusqu'à ce que les citoyens en disposent autrement ». Cette dernière question n'était pas posée. On me rétorquera, peut-être, que, dans ce cas, il suffirait au législateur de formuler une question si abstraite, dans son objet et sa durée de validité potentielle, qu'elle pourrait lier, en cas d'approbation populaire, la Chambre des députés *ad vitam aeternam*. A cela s'oppose toutefois le second argument, qui est l'argument clé : pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que la Constitution le prévienne (l'autorise ou l'impose). Or, si l'effet minimal de la hiérarchie peut être dégagé de manière implicite, car logique, de l'institution même d'un référendum orientatif à caractère décisionnel, l'un n'allant pas sans l'autre, ce lien intrinsèque ne peut être allégué pour ce qui est des effets plus étendus dans le temps. Il faut, pour cela, une norme explicite. Or, la Constitution luxembourgeoise ne comporte pas l'équivalent de l'art. 112 al. 2 de la Constitution arménienne fondant une telle hiérarchie illimitée dans le temps entre citoyens et élus, ni en cas de victoire du « oui », ni en cas de victoire du « non ».

¹⁰⁰ Pour les termes de la question, cf. art. 1 loi du 12 mai 1937, *Mém.*, 1937, n°36 : « Etes-vous d'accord à voir entrer en vigueur la loi qui décrète la dissolution du parti communiste (...) », i.e. la loi sur la défense de l'ordre politique et social.

¹⁰¹ Loi du 14 avril 2005 portant organisation d'un référendum national sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé à Rome le 29 octobre 2004, *Mém.*, 4, 2005, n°48, p. 780, art. unique : « Les électeurs sont appelés à se prononcer (...) sur l'approbation par le Luxembourg du traité (...), en répondant par « oui »... ou par « non » à la question : Etes-vous en faveur du Traité (...) ».

¹⁰² Si l'on regarde la formulation des questions définie par la loi du 27 février 2015, l'on pourrait d'abord penser à une sorte de validité illimitée de « non ». Exemple : « Approuvez-vous l'idée de limiter à 10 ans la durée maximale pendant laquelle, de façon continue, une personne peut être membre du gouvernement ? ». Réponse des citoyens : non. Or, en même temps, la question s'inscrivait, comme chacun le sait, et comme le précise le titre officiel de la loi (« loi portant organisation d'un référendum national sur différentes questions en relation avec l'élaboration d'une nouvelle Constitution ») dans le cadre de la proposition n°6030.

Conclusion : dans le cadre d'un référendum sur la création, par le parlement, d'une future norme, organisé en vertu de l'art. 51 § 7 Const., l'objet de la norme posée par le peuple (« l'orientation normative ») est soit une obligation en cas de victoire du « oui » (l'organe « Chambre des députés » doit, dans un délai raisonnable, adopter ce texte/transcrire cette idée), soit une interdiction en cas de victoire du « non » (la Chambre des députés ne doit pas adopter ce texte/transcrire cette idée). La durée de validité de la norme référendaire ainsi définie est toutefois limitée à sa durée minimale : à savoir la fin de la procédure dans laquelle s'insère ce référendum orientatif. Si, à l'intérieur de cette procédure, les députés souhaitent se libérer de l'orientation normative fixée par les citoyens, ils doivent refaire un référendum fondé sur l'art. 51 § 7 Const. (parallélisme des formes). En revanche, une fois que la procédure est close – la Chambre des députés a adopté le texte/transcrit l'idée en cas de victoire du « oui » ou elle a abandonné le texte/l'idée suite au « non » du peuple –, les députés retrouvent leur entière liberté en raison de leur mandat représentatif.

Discussion après la conférence de Monsieur Luc Heuschling du 3 mars 2015

André Prüm : Merci pour cet éclairage à la fois historique et systématique de la portée des référendums en droit constitutionnel luxembourgeois. Outre le risque politique inhérent à chaque consultation directe du peuple, tu as souligné, à juste titre, qu'une telle consultation comporte également un coût économique non négligeable. Conjointement au danger auquel s'exposent les politiques de solliciter un avis populaire, qu'ils n'aient guère le choix que de suivre, le coût de l'opération pourrait être une autre raison pour laquelle les référendums sont peu pratiqués au Luxembourg. Mais l'argument essentiel reste certainement, comme tu l'expliques, que ni le gouvernement, ni la Chambre des députés ne souhaitent être liés par une consultation directe du peuple dont ils ne peuvent jamais prédire le résultat. Dans la culture politique luxembourgeoise, les référendums restent donc sans doute exceptionnels.

Je suis certain que l'excellente conférence de notre confrère aura suscité beaucoup de questions et d'observations. La parole est à la salle.

Jean Hoss : J'aurais une petite question. J'ai bien suivi vos développements pour le vote décisionnel, mais qu'en est-il de la modification de ce vote ? Faudrait-il, en vertu de parallélisme des formes, refaire un référendum ou est-ce que le parlement retiendrait son pouvoir autoritaire en dernière analyse ?

Le conférencier : Il y a différentes façons de concevoir le référendum décisionnel. Une première réponse est de situer la norme adoptée par les élus et celle adoptée par les citoyens au même niveau. Cette équivalence des normes se justifierait par l'idée que la volonté des élus n'est pas de rang inférieur à celle du peuple. Au contraire, la volonté exprimée par les élus n'est rien d'autre que la volonté du peuple (les élus, comme les citoyens, parlent au nom du peuple). Pour que la volonté des citoyens l'emporte sur celle des élus, il faut et il suffit qu'elle soit la dernière expression de volonté, qu'elle soit la plus récente. Exemple : l'actuelle procédure de révision prévue par l'art. 114 Const. luxembourgeoise. Il y a un premier vote de la Chambre des députés et, si un référendum est provoqué soit par 16 députés soit par 25.000 électeurs, les citoyens interviennent en deuxième lieu, et en dernier lieu ; c'est eux qui décident du sort de la révision adoptée par les députés. Mais, par la suite (à la limite : le lendemain), cette révision peut être abrogée par une nouvelle révision qui, elle, pourrait être adoptée, en

première et deuxième lecture, par la seule Chambre des députés, si aucun référendum n'est déclenché. De même en France, une loi (ordinaire ou constitutionnelle) adoptée directement par les citoyens en vertu de l'art. 11 Const. française de 1958 peut être modifiée par le seul parlement. Dans ces cas, la volonté des élus et la volonté des citoyens se situent sur le même niveau : l'un peut modifier l'autre, et il n'est pas nécessaire d'organiser un référendum si les élus veulent revenir sur une norme adoptée par voie de référendum. En revanche, une deuxième réponse possible est d'établir une hiérarchie entre ces deux organes : les deux pourraient intervenir, à égalité (du moins au début) dans un même champ de compétence, mais dès qu'une norme a été prise par les citoyens, le peuple (le « maître »), leur volonté doit prévaloir sur celle des élus, qui sont les serviteurs du peuple. Les élus ne pourraient toucher à la norme référendaire. A chaque fois, il faudrait un référendum pour faire évoluer la norme adoptée antérieurement par référendum.

Patrick Kinsch : Je crois ne pas me tromper en estimant que vous êtes favorable à un recours plus fréquent au référendum ? La bonne question dès lors est : quel devrait être, selon vous, l'objet typique d'un référendum ? J'en vois trois, mais vous en voyez peut-être d'autres encore. Le premier type serait un type qui n'est pas le Luxembourg, c'est le référendum-plebiscite, style Napoléon III ou Charles de Gaulle où le gouvernement appelle le peuple à voter pour le oui, sinon il dit : « *je démissionne* ». Cela n'est pas la mentalité luxembourgeoise, on écartera donc ce référendum-là. Les référendums du 7 juin sont des référendums sur des thèmes institutionnels. Mais il y a un troisième type de référendum qui est le référendum suisse-type, le référendum sur un thème économique et social. En Suisse, le référendum-type est le référendum sur le thème : « *Il y a trop d'étrangers en Suisse* », « *Lustländer raus !* » ou : il y a trop d'impôts/ pas assez d'impôts ou : il faudrait introduire une limitation des traitements des banquiers, etc. Ce troisième type de référendum n'a jamais existé au Luxembourg (je ne crois pas que le référendum de 1919 sur l'union économique avec un pays voisin ait été un vrai référendum sur un thème économique et social), mais je crois que ce serait une bonne idée de l'introduire. En Suisse, bien plus qu'au Luxembourg, la démocratie représentative fonctionne sans jamais mener à un changement de gouvernement. Et dès lors, pour qu'il y ait une vraie démocratie en Suisse, il faut des référendums sur des sujets économiques et sociaux. Alors au Luxembourg, peut-être que la même chose est vraie aussi ? Parfois parce que le gouvernement hésite à introduire les réformes, dans un sens ou dans l'autre, seulement parce qu'il craint, peut-être à tort, la sanction du peuple.

Dès lors, est-ce qu'un référendum sur un thème économique et social ne serait pas, si le peuple est courageux, une bonne chose ?

Le conférencier : Pour moi, ce qui me paraît cohérent en tant que juriste, c'est de dire que le peuple ne peut pas, par un référendum, contredire les normes supérieures, la hiérarchie des normes. Cette limite existe d'ailleurs aussi en Suisse puisqu'en Suisse, le seul moyen d'empêcher ou d'invalidier un référendum est de prouver que le référendum a porté atteinte au droit international, plus exactement – car le critère est plus restreint – au *jus cogens*. Il est tout à fait concevable, au Luxembourg, de dire : si nous avons des référendums, même portant sur une norme de rang constitutionnel, il faudrait que l'objet du référendum soit conforme au droit européen et au droit international ou, s'il s'agit d'un référendum en matière législative, à la Constitution, au droit international et au droit européen. Votre question est : Faut-il favoriser certaines matières, faut-il en exclure d'autres ? Je dirais que cela dépend de la maturité des gens. Évidemment, si nous avons des personnes qui utilisent le mécanisme du référendum, plus exactement celui de l'initiative législative citoyenne suivi d'un référendum, pour proposer des « bêtises » (en Hongrie, à ce qu'il paraît, des gens avaient voulu fixer ainsi le prix de la bière dans les cafés à un prix officiel, de surcroît très peu élevé), il y a lieu de prévoir des garde-fous, à l'instar du respect des normes supérieures, en particulier des droits et libertés. Fiscalité, on dit toujours : « *oui, tous les mouvements anti-fiscalistes vont utiliser le référendum* ». Mais on oublie qu'en Suisse, il y a eu un référendum sur l'introduction d'une nouvelle taxe et les citoyens avaient le choix entre trois taux (bas, intermédiaire, élevé). Et le résultat du référendum fut que non seulement la taxe a été introduite, mais en plus avec le taux le plus élevé. Ce que je veux dire par là, c'est qu'il faut raisonner par rapport à la sociologie du peuple concerné, parce que, à la limite, ce qui vaut pour les Suisses ne vaut pas forcément pour les Luxembourgeois. Est-ce que les Luxembourgeois sont des révolutionnaires qui n'attendraient que le référendum, plus exactement l'initiative législative, pour, que sais-je, imposer des limitations de salaires aux banquiers du Luxembourg ? Pour moi, lorsqu'on raisonne sur les matières susceptibles de faire l'objet d'un référendum, il faut clairement dire : « *le référendum n'est pas le moyen pour faire une sorte de démocratie anti Etat de droit et pour renverser les normes supérieures* ». Le référendum ne doit pas servir d'absolue à des violations du droit. Dans ces limites-là, tout me paraît acceptable. Et c'est mon avis personnel sur ce point parce qu'il y a, en droit comparé, beaucoup de solutions ; il y a beaucoup de pays qui excluent le budget, qui excluent les impôts, qui excluent des questions dès qu'il y a un impact

financier, ce qui du coup, si on exclut tout impact financier, veut dire qu'on ne peut plus faire aucune réforme par voie de référendum. Cherchez une réforme qui n'aurait pas d'impact financier.

Intervenant : Il n'en reste quand même pas que le référendum décisionnel amène des temps en temps nos amis suisses dans des difficultés en ce qui concerne les traités conclus avec d'autres pays. Le référendum de 1919 est peut-être aussi un bon exemple pour montrer que le référendum ne pouvait pas être décisionnel en ce qui concerne le choix du partenaire, encore fallait-il que le partenaire soit d'accord. Donc vouloir introduire des référendums décisionnels dans des matières de cette nature mène directement à problème et la Suisse est en train d'en faire l'expérience en ce qui concerne les accords conclus avec l'Union Européenne qui ne permettent pas de traduire dans les lois, et le gouvernement suisse cherche une solution à ce dilemme, donc cela est un des problèmes réels que comporterait un référendum décisionnel dans toutes les matières.

Le conférencier : Le référendum peut en effet poser des problèmes au niveau du droit international ; il peut être utilisé afin de tenter de se libérer, avec la caution morale du peuple (du « souverain » !), des obligations internationales. A ce titre, l'historien en moi remarquera d'ailleurs qu'un tel cas de figure a également existé au Luxembourg, en 1919. En 1919, le premier référendum sur la forme de l'Etat avait une dimension de droit international parce qu'il ne faut pas oublier que jusqu'en novembre 1918, lorsqu'il y a eu le feu, la cour grand-ducale et le gouvernement considéraient qu'il était hors de question de laisser la Chambre des députés ou *a fortiori* le peuple décider du destin de la monarchie. Selon le discours officiel de la cour, relayé par le gouvernement, le principe de la souveraineté du grand-duc et de l'existence même d'une monarchie était consacré dans les traités internationaux liant l'Etat luxembourgeois, en particulier le traité de Vienne. C'est ce qui fait d'ailleurs que, déjà au XIX^e siècle, les grands-ducs se sont fait les apôtres de la suprématie du droit international. La fin de la 1^{re} guerre mondiale a constitué, à cet égard, un rare moment où certains acteurs clés du système luxembourgeois ont joué avec l'idée, afin de pouvoir contester la monarchie, de contester la suprématie du droit international. Face à un droit international associé à des idéaux monarchistes, voire réactionnaires, certains députés libéraux ont envisagé, afin de faire prévaloir les idéaux libéraux et démocratiques, de miser sur la carte du droit national et d'inverser la hiérarchie traditionnelle. Ce moment délicat aurait pu aboutir à un type de discours que l'on trouve, à l'heure actuelle, du côté du *Bundesverfassungsgesicht* à Karlsruhe (la Constitution

allemande doit l'emporter parce qu'elle incarne les valeurs de la dignité, des droits fondamentaux, etc.). Mais ce conflit, finalement, a été désamorcé parce que la grande-duchesse a cédé et qu'elle a accepté de soumettre le sort du trône au verdict du peuple. Au même moment, le droit international, à son tour, a évolué puisqu'il y a eu les points de Woodrow Wilson : le droit international n'est plus le droit de la sainte alliance du XIX^e siècle, c'est un droit qui laisse à chaque peuple le pouvoir de décider de son propre sort (autodétermination des peuples). Des lors, le paradigme traditionnel de la suprématie du droit international n'a plus jamais, à ma connaissance, été contesté de façon radicale au Luxembourg. Dans ce contexte, je ne vois pas de problème à ce qu'on dise que les référendums, à leur tour, ne peuvent porter atteinte aux traités. Sur ce point, il faudrait d'ailleurs un mécanisme juridictionnel qui puisse, en amont d'un référendum, contrôler la conformité avec le droit international. Il faut faire vérifier cela avant, bien sûr, et non une fois le résultat du référendum connu. Pour cela, il serait utile de maintenir la Cour constitutionnelle. Or, pour l'instant, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle s'oriente plutôt vers la suppression de la Cour constitutionnelle, ce qui, à mon avis, après mûre réflexion, ne me paraît pas être une bonne piste pour l'avenir.

Colette Flesch : Monsieur le professeur, bonsoir. J'ai une question sur l'opposition faite entre référendums consultatifs et référendums décisionnels. Le référendum décisionnel, je le vois très bien, par exemple le référendum constitutionnel. Le texte existe, l'électeur vote pour ou contre. Si le texte est adopté, il entre en vigueur. Même chose pour la Constitution européenne. Et puis à côté de cela, l'autre extrême c'est le référendum consultatif qui se prépare actuellement, l'électeur se prononce sur une idée, ce n'est pas un texte destiné à entrer en vigueur. Mais entre les deux, il y aurait place, si je vous ai bien compris, pour un référendum décisionnel sur un principe général, par exemple : « Le peuple luxembourgeois est en faveur du vote des étrangers ». Si la réponse est oui, les textes ne sont pas écrits. Qui devient le juge de ce que l'électeur a vraiment voulu dire, *die Deutungshoheit* en allemand ? Par exemple : « les étrangers, oui, mais au moins ils doivent être dans le pays légalement. On ne va pas laisser voter les immigrés illégaux qui entrent la veille du scrutin ». Bon, il est possible d'arguer qu'ils ne sont pas sur la liste électorale, mais il y a plein de solutions. Qui a l'autorité de trancher sinon peut-être la Chambre des Députés ? Et est-ce que dans ce cas-là, on n'introduit pas un conflit permanent quant à la légitimité de la Chambre — on pourrait, par exemple, dire : ce vote du référendum décisionnel vaut jusqu'aux prochaines élections législatives. Qu'en est-il de la nouvelle Chambre, n'est-elle plus

liée ? Avec évidemment un petit problème, c'est que le référendum, lui, est lié. C'est un résultat direct, alors que le résultat des élections est toujours la conséquence des subtilités du système électoral qui favorise un type de représentation plutôt qu'un autre. Donc cela soulève toute une série de questions techniques sur laquelle vous avez peut-être des idées ?

Le conférencier : Le cas le plus problématique, c'est en effet celui où le référendum porte sur une « idée », un « principe général » et non sur un texte ficelé, prêt à devenir une norme primaire (au sens d'Hart), publiable tel quel au Memorial. Parfois, ce cas est encore assez simple : lorsque le peuple suédois a été invité à statuer sur la question du sens de la circulation routière (à gauche ou à droite ?), les problèmes d'interprétation et donc de traduction fidèle de la volonté populaire ont été assez réduits. En Suisse, ils ont une longue expérience avec ce type de référendum. Chez eux, ce type de référendum est, comme indiqué, décisionnel : un peu comme dans le cas d'une directive européenne, le législateur doit concrétiser ce qui est inscrit dans la norme référendaire adoptée par les citoyens. En Suisse, en outre, si un citoyen estime que le législateur, qui est un législateur d'exécution de la norme référendaire, n'a pas respecté celle-ci, il peut saisir le Tribunal fédéral. Au niveau de la fédération suisse, ce système existe en matière de révision constitutionnelle puisqu'une initiative citoyenne portant sur cet objet peut prendre la forme soit d'un texte ficelé, qui sera intégré tel quel dans le texte de la Constitution, soit d'un principe, plus ou moins vague ou précis, que le parlement devra d'abord transcrire, avant que ce texte final ne soit, à son tour, soumis à référendum pour adoption définitive par les citoyens et les cantons. Donc, du point de vue de la technique juridique, c'est faisable. Les outils sont là. Maintenant, c'est clair, dans le cadre de la solution suisse, la *Deutungshoheit* passe au juge. Mais on peut très bien ne pas aller jusque-là : le référendum peut se voir reconnaître valeur décisionnelle, mais la Chambre des députés n'est pas contrôlée par un juge. C'est une situation qui, en l'état actuel de notre droit constitutionnel, n'est pas inhabituelle. Le grand-duc doit respecter les normes de la Constitution, mais, en vertu de l'art. 4 Const., il n'existe ni un organe juridictionnel ni même un organe politique qui puisse mettre en cause sa responsabilité. Pour un constitutionnaliste, c'est, peut-être, regrettable au regard d'une idée très exigeante de l'Etat de droit, mais cela est une réalité en droit positif. Le choix est là en effet : faut-il donner le dernier mot, en matière d'interprétation et d'application du droit, à un organe politique à l'instar du parlement ou à un organe de type juridictionnel ?

Henri Etienne : La Constitution nous dit que le Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire. En fait, nous vivons sous un régime de majorité parlementaire contre minorité parlementaire. Lorsque le recours au peuple fait l'unanimité à la Chambre, il n'y a pas de problème. Les questions posées seront traitées en tant que telles. Si, en revanche, il n'y a pas d'unanimité, le risque est grand que des citoyens, plutôt que de répondre en toute objectivité à la question posée, saisissent l'occasion de la consultation populaire pour exprimer leur mécontentement sur la majorité en place. Le moins qu'on puisse dire est que, dans ce cas, le recours au référendum n'améliore pas les conditions pour la discussion du fond. Au pire, une proposition est rejetée qui aurait pu passer sans problème à la Chambre. Le prochain six juin, il se vérifie si les inquiétudes que j'exprime se vérifient ou non.

Le conférencier : Il existe en effet des études de science politique qui affirment qu'au vu de certains exemples, les électeurs ne connaissent pas forcément le sujet du référendum, ne se prononcent pas vraiment sur le sujet, voire se trompent sur leur propre intérêt, etc. Pour ma part, j'ai quelques problèmes avec ce genre d'études parce que ce qui vaut pour tel peuple à telle date, est-ce que cela vaut forcément pour les citoyens luxembourgeois ? Les études empiriques ne sont pas non plus unanimes sur ce sujet complexe. Et ce qui est curieux aussi, c'est que l'argument de l'immaturité des citoyens est souvent mis en avant lorsqu'on n'est pas d'accord avec le résultat du référendum. En revanche, lorsque le résultat va dans le sens souhaité, l'on se gardera bien de mettre en cause l'intelligence du peuple. Au contraire, on en vantera la sagesse. Un dernier point : dans le système de l'art. 51 § 7 Const., l'argument de l'éventuel manque d'intelligence et de sérieux des citoyens ne devrait pas vraiment jouer de rôle car celui qui déclenche le référendum, qui définit la question et qui sélectionne les réponses possibles, c'est le législateur. Quel que soit le résultat, celui-ci est toujours censé être « raisonnable ».

Jacques Santer : Si vous permettez, je vais continuer la question posée par notre ami Henri Etienne. Bien sûr, vous vous appuyez beaucoup sur la Suisse. Mais la Suisse a une tradition séculaire référendaire que nous n'avons pas évidemment et cela se traduit également dans la structure du gouvernement suisse. Tous les partis sont intégrés dans le gouvernement fédéral. On avait eu l'occasion également d'avoir une longue discussion sur le référendum ici, et certains d'entre nous s'en rappellent, lors de la ratification du Traité de Maastricht. Je ne parle pas du traité constitutionnel de 2005 mais du Traité de Maastricht. Il y a eu des discussions à la

Chambre des Députés, partout ailleurs, également au gouvernement. Deux arguments avaient été avancés : l'un concernait le Traité de Maastricht, qui était supérieur comme norme juridique et s'imposait donc aux Etats membres ; la Suisse est maintenant dans un certain nombre de difficultés comme l'a dit Colette Flesch précisément, avec la mise en œuvre du résultat du dernier référendum parce que ce n'est pas seulement la libre circulation des personnes qui était visée mais également les sept conventions internationales qui étaient négociées par la Commission européenne pour la Suisse. C'est là l'enjeu pour la Suisse. Mais chez nous, et là j'abonde un peu dans le sens de Henri Etienne. Il ne faut pas faire abstraction des campagnes d'information mais également des campagnes de partis où des fois les référendums s'adressent contre le pouvoir en place. C'était un des arguments également qui était avancé en 1992. Il faut quand même être très prudent lorsqu'on analyse le résultat du référendum. Je suis d'accord avec votre analyse de 1919. Bien sûr, c'était un des facteurs chance du Grand-Duché de ne pas avoir traité avec la France pour les raisons que vous avez soulignées. J'ai fait il y a quelques temps une conférence sur « Le facteur chance dans la vie d'une nation ». Notre chance était de ne pas avoir eu à négocier une union économique avec la France, comme le voulait l'issue du référendum de 1919 ; avec la France, le Luxembourg serait toujours resté le département des forêts. Avec la Belgique, au contraire, on a pu négocier un véritable partenariat économique complété par une association monétaire. C'était notre chance. En conclusion, j'abonde dans le sens de la question posée par Henri Etienne.

Le confédéricier : Je pense qu'à un moment donné cette question dépasse aussi la science. Je pense qu'il y a, dans le référendum, un acte de confiance. De même que les électeurs doivent faire confiance aux élus dans le cadre de la démocratie représentative, de même, dans le cadre de la démocratie semi-directe, se pose la question de la confiance des élus à l'égard des citoyens (si eux seuls décident de l'existence de référendums) et de chaque citoyen à l'égard de ses concitoyens (Est-ce que, moi-même, je souhaite que mes concitoyens participent directement à une décision qui risque de me concerner ?). Quant à l'argument de l'absence de culture référendaire, je considère qu'il s'agit d'un faux argument qui occulte simplement l'absence de volonté d'aller de l'avant. La culture politique évolue, on peut la changer. En 1919, la voie s'ouvrait vers une autre culture, mais cette piste n'a pas été, véritablement, explorée. Après 1937, le CSV a fait blocage, comme il ressort des débats de 1948. Après la guerre, il était plus important de négocier avec les partenaires sociaux que de faire participer les citoyens ordinaires. Il faut dire aussi que c'est évidemment

plus facile que de prôner le développement de la démocratie semi-directe au début du XXI^e siècle, avec un niveau d'éducation général très élevé, que d'explorer cette voie au XIX^e siècle, avec un fort taux d'analphabétisme. Il y a des questions existentielles, comme par exemple l'adhésion, ou non, à l'UE (ou la sortie de l'UE), qui concernent chacun des citoyens à son niveau ; je pense que chacun, puisqu'il y va aussi de son avenir, le sien, celui de ses enfants, devrait être à même d'y réfléchir et de prendre une décision à ce sujet.

André Elvinger : Vous avez précisé votre sujet en ce sens que, en l'état actuel, vous vous limitez au référendum de l'article 51, paragraphe 7 et à la question de savoir si ce référendum peut effectivement être à caractère consultatif seulement, comme le proposent le Gouvernement et la loi qui vient de l'approuver. A juste titre, vous nous dites qu'il s'agit là d'un paradoxe. Et en effet ce type de référendum peut conduire à une véritable impasse, du moins sur le plan politique, si, après avoir reçu l'avis du peuple, le gouvernement et la chambre décident de l'ignorer. Le peuvent-ils réellement sans bafoyer ce peuple qu'ils ont pourtant appelé aux urnes par une loi ? J'ajouterais que la question est rhétorique, car, comme ils ne sont pas très courageux, le référendum consultatif deviendra, en fait, décisionnel.

Mais vous allez plus loin en voulant nous convaincre que, *de lege lata*, le référendum de l'article 51 ne pourrait pas être consultatif. Sur ce point, je m'excuse d'être en désaccord avec le savant professeur de droit constitutionnel que vous êtes. Quant aux travaux préparatoires, vous savez que notre jurisprudence les traite avec peu d'égards et je doute que les vieilles déclarations des deux MM. Thorn et de M. Bech, d'ailleurs contradictoires, puissent convaincre notre Cour constitutionnelle, si elle en est saisie. Sur le plan des textes, l'article 1^{er} de la Constitution, qui dit que le Luxembourg est un Etat démocratique, est une véritable tarte à la crème : aucun pays au monde, même la Corée du Nord, n'acceptera de ne pas se dire démocratique, et les pays de l'Est, sous le joug soviétique, arboraient fièrement le nom de *république démocratique*. Ce texte, dont vous dites qu'il est général, est précisé par l'article 52 de la Constitution qui place le Luxembourg sous le régime de la démocratie parlementaire : *specialia generalibus derogant*. Il me semble donc exclu de déduire des travaux préparatoires et des textes que le référendum de l'article 51, paragraphe 7 serait obligatoirement décisionnel.

De lege ferenda et, en quelque sorte en ordre subsidiaire, vous souhaitez que notre Constitution dise clairement et expressément que le référendum de l'article 51 serait à caractère décisionnel.

Là encore, je suis désolé de ne pas pouvoir m'y rallier. J'estime que si, comme vous dites, le Luxembourg traite le référendum *stiefmütterlich*, il y a de bonnes raisons à ce qu'il en reste ainsi.

Il est vrai que, par comparaison avec la Suisse, ce n'est pas seulement la pratique, mais encore la loi et la Constitution qui traitent le référendum avec une grande prudence. Au niveau de l'article 51, le référendum dépend d'une loi préalable : c'est donc la démocratie indirecte qui doit précéder l'appel au peuple, et je doute que la Constitution lui donne la possibilité de déclarer l'issue de ce référendum obligatoire. Et l'article 114 de la Constitution n'envisage le référendum, dans ce cas expressément qualifié de décisionnel, que comme une mesure défensive après un premier vote positif de la chambre sur la révision de la Constitution. Enfin, ne l'oublions pas, au-delà des procédures législatives, des initiatives intempêtes se heurteraient encore à notre conception de la primauté du droit international sur le droit national.

Vous nous donnez la Suisse en exemple. Si, dans le passé, la Suisse croyait que le peuple avait ce bon sens que vous attribuez aussi aux Luxembourgeois, il est arrivé au *Souverain*, au *Volk*, de plaier la Confédération dans des situations internationales intenable. Si M^{me} Sommaruga vient faire la cour à notre Premier ministre, c'est pour amadouer l'un des plus petits membres de l'Union Européenne, et elle fera le tour des autres pour leur faire croire que le référendum sur la *Masseneinwanderung* serait compatible avec les conventions bilatérales que la Suisse a si difficilement négociées avec l'Europe. Or la Suisse a le plus grand besoin de ces *bilatérales*, et ce tant dans les cantons industriels que chez les malheureux hôteliers des cantons de montagne déjà durement frappés par un autre référendum, celui sur les résidences secondaires que depuis des années, le législateur suisse peine à transposer. Aussi de bons esprits en Suisse ont-ils commencé à se demander si la démocratie directe ne met pas en question la démocratie tout court.

Si nous faisons des comparaisons sur le plan international, pourquoï ne pas comparer notre régime constitutionnel à celui des pays voisins ? On pensera évidemment en premier lieu à la France qui est à l'origine de notre droit tout court. Il est vrai que l'article 3 de la Constitution française dit, comme vous aimeriez que le Luxembourg le dise, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Mais je n'ai pas vu de référendum sur des questions qui divisent aussi profondément la France que celle du mariage pour tous ! Est-ce par crainte d'initiatives qui viendraient du Front National ?

L'exemple le plus intéressant est celui de notre autre grand voisin, l'Allemagne, qui ignore le référendum. La Chancelière a dit encore

récemment qu'avec elle il n'y a pas à prévoir le recours à la démocratie directe. Il est vrai, hélas, que le Führer était arrivé au pouvoir par la voie parlementaire, mais n'est-ce pas la crainte d'un nouveau démagogue de cette espèce qui explique cette aversion au référendum de la République fédérale allemande, pourtant plus catholique que le Pape en matière de démocratie après le totalitarisme nazi ?

Pour revenir à notre pays, rappelons tout de même que tout ou presque tout se passe chez nous par une autre voie de démocratie quasi-indirecte, celle du consensus. N'est-ce pas parce que le gouvernement actuel repose sur un consensus fragile qu'il a voulu revêtir un manteau particulièrement démocratique en proposant tout de suite les quatre, puis trois, *referenda* qui nous attendent. Le consensus le plus spectaculaire, et sans doute le moins attendu, est celui qui vient de se réaliser entre le gouvernement et l'Eglise qui a précisément conduit à l'abandon du référendum sur l'une des questions qui à première vue auraient pu s'y prêter le mieux. Au-delà du consensus, faut-il réellement plus de démocratie directe ?

Notre régime se caractérise encore par des institutions parallèles à la démocratie, avec le rôle des chambres professionnelles et des syndicats, le Conseil économique et social, les tripartites relayées par des bipartites, bref de ce que l'on appelait les « forces vives de la nation », ce qui nous a parfois apporté le reproche du *Ständestaat*.

Enfin rappelons les *Biegerinitiativen* généralement défensives, les « Politbarometer », les « Frage des Tages » au Wort, l'Ires etc. Le peuple a ainsi la parole tous les jours. Faut-il l'assommer à coup de véritables séries de référendum ? Ne va-t-il pas se demander pourquoi il a des partis, une chambre et un gouvernement ? Sont-ils incapables de conduire le pays ?

N'oublions pas que dans *demos*, il y a *démocratie*, mais aussi *démagogie*.

Merci de votre attention.

Le conférencier : Dans votre intervention, vous touchez à plusieurs points importants. Pour ce qui est de l'interprétation historique : effectivement, la Cour constitutionnelle ne s'en sert pas beaucoup. Mais il n'est pas exclu qu'elle change d'attitude dans l'avenir, si, de surcroît, un avocat lui présente un argument historique crédible. En outre, la Cour constitutionnelle n'est pas le seul gardien de la Constitution, nous avons le Conseil d'Etat qui, à diverses reprises, s'est servi de l'histoire, d'une manière qui n'est pas au-dessus de toute critique scientifique. Il est donc important, et utile, de donner des éclairages historiques qui soient fondés sur l'exploitation la plus objective possible des sources disponibles.

Pour ce qui est de l'article 1^{er} Const., qui est au cœur de mon raisonnement : oui, j'aime bien cet article parce que ce n'est pas rien. Ce n'est pas parce que la Corée du nord ou quelque autre dictature se dit sur le papier « démocratique », qu'il faut, en tant que vrai démocrate, se laisser voler cet idéal et laisser tomber ce mot. Pour ce qui est de son intérêt pour la dogmatique du droit constitutionnel luxembourgeois, de deux choses l'une : soit ce mot « démocratie » ne veut rien dire, alors on le supprime. La Chambre des députés n'aurait pas dû l'introduire dans l'article 1^{er}. Et ce qui vaut pour le mot « démocratie » vaut aussi pour l'expression, non moins vague, mais auquel vous semblez attacher beaucoup de prix, de la « démocratie parlementaire ». Soit, au contraire, ce mot figure dans la Constitution parce qu'il fait sens, et dans ce cas il faut s'interroger sur ses significations possibles, en particulier pour ce qui est du régime du référendum.

Sur le droit international public, je redis ce que j'ai déjà dit : si on veut éviter des atteintes au droit international et européen, il suffit – et c'est, techniquement, très simple à mettre en œuvre – de prévoir que des questions référendaires ne peuvent être soumises au vote populaire qu'après contrôle, par une juridiction (par ex. la Cour constitutionnelle), de leur conformité avec les normes supérieures du droit. La Suisse, sur ce point, ne le fait pas parce que sa tradition d'Etat de droit est moins développée (un contrôle juridictionnel ne peut intervenir qu'en aval de la votation, lors d'un procès ordinaire, par voie d'exception ; en amont, il n'existe qu'un filtrage exercé par les organes parlementaires qui n'est pas absolument efficace). En revanche, d'autres pays prévoient un contrôle juridictionnel obligatoire avant la votation populaire, comme par ex. le Portugal (cf. art. 115 § 8 et 223 lettre f. Const. 1976).

Concernant l'Allemagne, je ne suis pas d'accord avec votre analyse. Certes, le régime hitlerien a, pendant longtemps, servi de repoussoir et d'explication à l'absence quasi-totale de mécanismes de démocratie semi-directe au niveau de la RFA (dans le cadre fédéral, un référendum n'est prévu qu'en cas de modification des frontières entre Länder). Or, sur ce point, les travaux les plus récents de la littérature scientifique allemande ont apporté un regard plus nuancé : Hitler est un facteur explicatif, mais il n'est pas le seul. En outre, il ne faut pas, lorsqu'on parle de l'Allemagne, se focaliser sur le seul Etat fédéral. Au niveau des 16 Länder, la démocratie semi-directe est très développée, et ce depuis la fin de la deuxième guerre mondiale comme le prouve l'exemple des *Landesverfassungen* de Bavière, de Hesse, etc. élaborées après la chute du III^e Reich. Après 1945, l'argument d'Hitler n'a pas pesé au niveau des *Länder*, pour dire : il faut un régime représentatif exclusif. Les choses, historiquement, ont été plus complexes.

André Prüm : Le fait de consulter directement le peuple ne peut-il avoir un impact sur la répartition des pouvoirs et surtout sur les rôles effectifs du gouvernement et de la chambre des députés dans le système politique luxembourgeois ? En associant le peuple par voie de référendum à la prise de décision, le parlement ne voit-il son rôle renforcé, surtout si une telle consultation devait se banaliser pour porter sur des questions plus ordinaires, comme c'est le cas en Suisse ? Serait-ce éventuellement un développement souhaitable pour trouver un meilleur équilibre entre les pouvoirs et les rôles du gouvernement et le parlement dans un système politique qui paraît largement dominé par le premier ?

Le conférencier : A mon avis, si on veut renforcer le parlement, il faut renforcer l'expertise sur laquelle pourra s'appuyer la Chambre des députés. Si le parlement veut véritablement (car pour cela il faut aussi du courage et de la volonté politiques) un interlocuteur critique face au gouvernement, il lui faut des ressources pour ce faire. Aux Etats-Unis, la puissance du Congrès tient aussi au fait que celui-ci a, à sa disposition, ses propres experts, sa propre administration qui est là pour lui fournir les informations nécessaires afin d'exercer son rôle de contre-pouvoir. Pour cela, il n'est pas nécessaire de changer les règles de la Constitution. Ce n'est pas au niveau du droit que ce situe le problème de la relative faiblesse du parlement. Il pourrait, pourtant, jouer un rôle utile en s'intéressant à des sujets auxquels le gouvernement n'attache pas beaucoup d'importance.

Henri Etienne : Sur ce point, un changement des règles de fonctionnement de la Chambre me semble essentiel. Une proposition de loi émanant de l'opposition n'est recevable pour entrer dans la procédure parlementaire que si elle obtient le vote préalable de la majorité, pour « *sa prise en considération* ». Dans le cas de l'euthanasie où 66 % des citoyens consultés étaient demanderesse d'une loi, la prise en considération de la loi avait été refusée par la majorité des députés. La procédure législative a été déclenchée par une décision du Président du Gouvernement – Jean Claude Juncker – avec pour résultat, après cinq ans de discussion, l'adoption par la Chambre d'une loi qui répond aux attentes des citoyens.

André Prüm : Il me reste au nom de notre section à remercier vivement notre confère pour sa conférence engagée et riche en idées et tous ceux qui ont contribué par leur observations et questions au riche débat que nous venons d'avoir.

Institut Grand-Ducal

ACTES
de la Section
des Sciences Morales et Politiques

Volume XIX

Site internet : www.igd-smp.lu

2016