



<http://www.jtl.lu>

Marc THEWES, rédacteur en chef

DOCTRINE

De la démocratie au Luxembourg Ou pourquoi et jusqu'à quel point les référendums de l'article 51, § 7, de la Constitution sont-ils décisionnels ?¹

On aurait tort de penser que la controverse sur la valeur des référendums de l'article 51, § 7, Constitution relève, désormais, du passé. Le discours dominant reste en crise : sa facette morale, celle qui est censée rassurer le peuple, et qui a été en lambeaux avant le 7 juin, n'a pu être partiellement recollée après le 7 juin que parce que le « non » l'a emporté. La problématique reste explosive en cas de victoire du « oui ». Quant à la facette juridique du discours dominant, son interprétation de l'article 51, § 7 Const. est de plus en plus contestable en droit. La jurisprudence récente de la Cour administrative relative au principe de la démocratie (article 1^{er} Const.) montre qu'il n'est plus possible, à l'heure actuelle, d'ignorer simplement les méta-principes proclamés dans le texte constitutionnel luxembourgeois ou — pire — de faire, parmi ceux-ci, du « cherry picking » (on mobilise l'article 51, § 1^{er}, mais non l'article 1^{er} Constitution). Il est temps de repenser la manière de penser le droit constitutionnel luxembourgeois. Le présent texte vise à étayer, de manière systématique, la thèse de la valeur en principe normative des référendums de l'article 51, § 7 Constitution. Sera abordée en particulier la question complexe et peu évoquée pour l'instant des effets normatifs dans le temps d'un « oui » ou d'un « non ». Dans le cadre de la refonte de la Constitution, cette étude, en partie comparative, pourra aussi enrichir les discussions sur un possible régime juridique des référendums portant sur des idées. Car un point est clair : la majorité des citoyens luxembourgeois (62,1 % selon un sondage de 2014) réfutent le modèle d'un simple référendum consultatif, dont le résultat pourrait, le cas échéant, être ignoré par les élus.

Introduction

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 (*Jiddwereen kennt jiddwereen*) » ? 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 petite-esse n'aurait-elle pas dû jouer au moins en faveur des mécanismes de démocratie semi-directe ? L'on est tenté de partir de cette prémisse³ 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 », et donc, implicitement, un instrument de la démocratie semi-directe⁴. À 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 *lato sensu* du pays (élus, patronat, syndicats) s'est entendue, pourquoi

(1) Une première ébauche de ce texte a été présentée à l'Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques, le 3 mars 2015. Le présent texte est à jour au 31 janvier 2016.

(2) J.J. ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, coll. Pléiade, Gallimard, 1964, vol. III, p. 390. Voir aussi *Contrat social*, livr. III, chap. 15. Pour une contextualisation philosophique, cf. R.A. DAHL et E.R. TUFTS, *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, Éditions 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., Bern, Haupt, 2012, p. 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).

(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 Deuxième Guerre mondiale. Cf. *infra* titre 1, B, 2^o.



courir 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, intériorisé 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'article 51, § 1^{er}, 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'article 1^{er} de la Constitution (« Le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique »). De même, les référendums sont rarissimes au Luxembourg⁷. Au XX^e siècle, plus aucun référendum n'a 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 (articles 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 (un cinquième ou un quart

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 (article 35, alinéa 3, et article 36, alinéas 1^{er} 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'article 34 de la Constitution. 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 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 (consultatif !) 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 recalé 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 faveur du texte, ce qui, au vu des expériences à l'étranger¹⁰, est plutôt improbable

(9) Cfr 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

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 irréaliste et inutile. Quel 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. À 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. À 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 dérives 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 quatrième 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'article 114 de la

des Etats des Etats-Unis. Cfr W. LINDER, *op. cit.*, p. 294, p. 362.

(11) Le seul exemple étranger proche que j'ai pu trouver est l'article 66 du projet de Constitution élaboré en 2011 en Islande, et qui n'est pas entré en vigueur. Article 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 ». Cfr http://www.stjornlagarad.is/other_files/stjornlagarad/frumvarp-enska.pdf.

(12) À 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) Cfr doc. parl. 6030-15, article 74. Aucun référendum n'est prévu à la suite de l'initiative citoyenne.

(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 quatrième 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'Aarbecht vun der Biergeraktioun fir direkt Demokratie*, sans éditeur, Strassen, 1996 (Cote BNL : LB 20540), en particulier « Auf dem Weg zur direkten Demokratie. Luxembourg 1789-1989 » (67 p.) ; L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative du référendum (art. 51, § 7, Const.) - Une déconstruction historique », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2015, vol. 1, pp. 1 et s.

(8) A. BONN, « Démocratie parlementaire et démocratie directe », *Lëtzeburger Land*, 20 novembre 1992, p. 6.



Constitution, 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.

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, de la Constitution ne serait, en droit, que de nature consultative. N'est-ce pas, en soi, un paradoxe, une absurdité ? Dans une démocratie, dans laquelle le *demokrat* est censé « gouverner », donc *decider*, 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'article 51, § 7, de la Constitution 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 démocra-

tie serait présent, au Luxembourg, au niveau de la morale, mais non en droit. Voilà une affirmation qui est pour le moins curieuse eu égard à la présence de l'article 1^{er} de la Constitution qui, précisément, affirme le caractère « démocratique » de l'État luxembourgeois...

C'est ce discours curieux, affirmant en droit le caractère consultatif du référendum de l'article 51, § 7, de la Constitution, 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'article 1^{er} de la Constitution, il faut d'admettre, en principe, le caractère décisionnel des référendums organisés en vertu de l'article 51, § 7, de la Constitution.

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'article 51, § 7, de la Constitution (1^{re} partie). Ayant à l'esprit cette histoire, il sera possible de jeter un autre regard sur l'article 51, § 7, de la Constitution, du point de vue de la dogmatique juridique (2^e partie).

1

Retour en arrière : l'histoire des interprétations successives de l'article 51, § 7, de la Constitution¹⁶

D'où provient cette thèse étrange, alambiquée, pour ne pas dire schizophrène, que, en droit, le référendum de l'article 51, § 7, de la Constitution — à l'inverse du référendum organisé en vertu de l'article 114 de la Constitution — 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 la valeur consultative du référendum ne va pas non plus de soi en droit, en droit positif. À l'inverse de

certaines exemples à l'étranger, au Luxembourg ni le texte de l'article 51, § 7, de la Constitution — « 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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'article 51, § 7, de la Constitution. Sans surprise, le Conseil d'État, 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'article 51, § 7, de la Constitution — autrefois, de 1919 à 1948, article 52, alinéa 7, de la Constitution — sont soumis à un seul et même régime, ce qui permet d'en parler au singulier : « le » référendum de l'article 51, § 7, de la Constitution. 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 raison, le substantif « consultation » ne sont pas toujours utilisés avec le même sens dans le temps et dans l'espace²⁰ — le résultat

(18) Avis du Conseil d'État 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. À 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).

(20) Pour une illustration épatante de la polysémie, *cf.* l'alinéa 2 de l'article 53, intitulé « Konsultative Abstimmungen » de la Constitution de 1965 (version actuelle) du Canton suisse de Nidwald : « Art. 53 Konsultative Abstimmungen : (1) Der Landrat 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. » Art. 53 Référendum consultatif : (1) Le Grand Conseil est habilité à consulter le corps électoral sur l'introduction de certains

(14) À 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, pp. 339 et s. Pour le Luxembourg, au niveau national, *cf.* article 37 loi du 4 février 2005 (l'obligation de vote vaut à la fois pour les référendums de l'article 114 de la Constitution et pour ceux de l'article 51, § 7, de la Constitution). Au niveau local, la participation aux référendums organisés en vertu de l'article 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'article 36 de la loi communale (*cf.* articles 35, alinéa 2, et 36, alinéa 2).

(15) *cf.* article 63 de la loi du 4 février 2005.

(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 », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2015, vol. 1, pp. 1-49.

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



du référendum ne lie pas, en droit, les autorités de l'État. 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 démoscopie ? 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'article 51, § 7, 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'article 51, § 7, 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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.

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'article 51, § 7, de la Constitution — 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*. À l'instar de nombre de doxas, 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 invo-

que 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'article 52, alinéa 7/article 51, § 7, de la Constitution

De la consultation des sources historiques ressort une image bien plus complexe, riche et « agitée » de l'article 52, alinéa 7/51, § 7, de la Constitution 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. À 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^o Le premier moment clé : 1919 et la lecture de l'article 52, alinéa 7, par Joseph Bech

Le débat, en 1919, sur l'article 52, alinéa 7, de la Constitution a été extrêmement bref. Cette disposition nouvelle a été présentée le 1^{er} avril 1919 par le député Auguste Thom, 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 article 52, alinéa 7, de la Constitution a été thématifiée 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'article 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 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution défendue par Bech sera corroborée ensuite à deux reprises : de manière incidente par le ministre d'Etat 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 » (article 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 peu-

La Constituante 1918-1919, vol. V, annexes, dossier n° 13, p. 200.

(25) *Ibidem*, vol. III, p. 2650.

(26) *Ibidem*, vol. III, p. 2651.

(27) *Ibidem*, 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 *ibidem*, vol. V, pp. 204 et s.), mais celui-ci ne comporte aucune prise de distance par rapport à l'interprétation de l'article 52, alinéa 7, de la Constitution.

(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'article 114 de la Constitution, *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 1934-1935, vol. unique, annexes, p. 307.

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.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19650187/index.html>.

(21) Voir les nombreuses sources citées dans L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative... », pp. 42 et s.

(22) *Cfr 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.

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

(24) Rapport de la section centrale du 8 avril 1919, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés -*



ple, saisi de manière automatique (article 1^{er}) ou à la suite d'une requête de 20.000 sélecteurs (article 2), de ratifier ou d'invalider une loi votée par la Chambre des députés, certains traités internationaux, voire certains règlements grand-ducaux. Dans ces cas, en vertu de l'article 3 de la proposition (« Toute loi soumise 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution 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 connaîtra plus d'échos. En 1937, à l'occasion du débat sur le référendum sur la loi muselière, l'article 52, alinéa 7, de la Constitution n'a été à aucun moment cité ni analysé. Les rares écrits doctrinaux portant sur le droit constitutionnel luxembourgeois dans les années 1920-1930 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution. 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 apparaissait nettement en 1948.

En 1948, lors de la grande révision de la Constitution au lendemain de la Deuxième 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution, 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 (cfr l'article 52, alinéas 2 et 3, et l'article 114 de leur proposition de révision)³⁴. Or 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

se sera de nature à causer des dangers et à susciter des difficultés »³⁵. À 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 Kauenbergh, 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'article 52, alinéa 7, de la Constitution, 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 législative émanant de la part du Conseil d'Etat : il est devenu l'article 51, § 7, de la Constitution, 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 article 52 de la Constitution³⁸. 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'article 51, § 1^{er}, de la Constitution, 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 continue 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 souhaitaient insérer cette expression dans l'article 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'article 51, § 1^{er}, de la Constitution. 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 22 avril 1948, n'a pas tardé à éclater au grand jour. Un bref débat a opposé Loesch et van Kauenbergh : 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 Kauenbergh⁴⁵. 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 tenir 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'article 51, § 1^{er}, de la Constitution afin de théoriser le discours dominant actuel relatif à l'article 51, § 7, de la Constitution

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'article 51, § 7, de la Constitution (cfr article 60 du projet de loi) et du référendum déclenché par des citoyens à propos d'une initiative législative citoyenne refusée par la Chambre (article 56 du projet de loi). Cette valeur simplement consultative a suscité l'ire et les sarcasmes de plusieurs chambres professionnelles de l'époque. À son tour, le Conseil d'Etat a critiqué ces articles, en particulier l'article 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'article 51, § 7, de la Constitution, combiné avec l'article 51, § 1, de la Constitution, même si le libellé de ces deux articles n'en souffrait mot. Sans s'attarder ni sur les termes de l'article 51, § 7, ni sur les intentions du constituant, le Conseil d'Etat a fait prévaloir une inter-

(35) Rapport de la commission spéciale pour la révision de la Constitution, 15 décembre 1947, *ibidem*, 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 *statu quo*. Avis du 25 mars 1948, *ibidem*, pp. 220 et 225.

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

(37) F. LOESCH, discours du 22 avril 1948, *ibidem*, col. 1056.

(38) Séance du 27 avril 1948, *ibidem*, col. 1066.

(39) *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-1948, col. 148.

(40) Cfr le discours de van Kauenbergh le 22 avril 1948, *ibidem*, 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, *ibidem*, annexes, p. 210.

(42) Conseil d'Etat, avis du 11 mai 1948, *ibidem*, annexes, p. 238.

(43) Discours de F. LOESCH le 22 avril 1948, *ibidem*, col. 1052.

(44) *ibidem*, col. 1056.

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

(46) Sur ce moment, cfr L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, pp. 30-48.

(33) Lire l'exposé des motifs de la proposition, *Compte rendu*, session 1934-1935, p. 307.

(34) Cfr *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1947-1948, vol. unique, col. 149, col. 1054 et s., annexes, n° 18, p. 199, 201.



prétation systématique. Il a replacé l'article 51, § 7, dans son « contexte », dans le système de la Constitution, système qui est exclusivement identifié, par le Conseil d'État, à l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution, et non à l'article plus récent, et exposé, qu'est l'article 1^{er} de la Constitution. 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'article 51, § 7, de la Constitution 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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'État. La suppression de l'article 60 opérée dans la réécriture du projet de loi par le Conseil d'État 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 *unanimes* 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 définirent 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, sur des « idées »⁵⁰. 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 interrogés 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 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. Déstabilisée, 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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 réfuter l'interprétation dominante, qui, en l'état actuel du texte de la Constitution et au regard des méthodes d'interprétation usuelles, est inexacte.

constituant », *Forum*, n° 345, novembre 2014, pp. 7 et s.

(50) *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 tous 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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 ».

2

La thèse de la valeur, en principe, décisionnelle des référendums organisés en vertu de l'article 51, § 7, de la Constitution

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'article 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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'article 51, § 7, de la Constitution : le principe de sa nature normative

Au cours de l'histoire pas moins de quatre lectures différentes de l'article 51, § 7, de la Constitution ont été avancées. Selon les intentions des auteurs de l'article 52, alinéa 7, de la Constitution 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'un simple consultatif. Selon le discours dominant, le référendum de l'article 51, § 7, de la Constitution ne peut qu'être consultatif. Selon la lecture proposée en 2005 par J.Y. Henckes⁵¹, 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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 porte sur un texte juridique entièrement rédigé, 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

(47) Voir les sources citées dans L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, pp. 42 et s.

(48) *Cf.* L. HEUSCHLING, « Illégal ? Consultatif ? Deux questions juridiques à propos du premier référendum

(51) *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.



serait, de l'avis de J.Y. Henckes, en soi impossible, car inconcevable).

Pour ma part — et ce sera la quatrième interprétation historique, qui, à l'heure actuelle, est la seule exacte — l'article 51, § 7, de la Constitution combiné avec l'exigence générale de « démocratie » définie, depuis 1998, à l'article 1^{er} de la Constitution 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 prétendument 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, de la Constitution : 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, de la Constitution : « 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'État. 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 (articles 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 exemple, l'usage du terme dans l'article 114 de la Constitution), tantôt pour un référendum dit « consultatif »⁽⁵²⁾.

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'article 51, § 7, de la Constitution 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 »⁽⁵³⁾. 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 »⁽⁵⁴⁾. 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'article 51, § 7, de la Constitution] rend d'ailleurs possible une délégation de compétence au profit du peuple et permet donc le référendum décisionnel tout comme le référendum consultatif »⁽⁵⁵⁾. La quatrième personne est J.Y. Henckes qui a focalisé son analyse littérale sur le verbe « se prononcer ». Selon les dictionnaires français usuels à la fois anciens (d'avant 1919⁽⁵⁶⁾) et actuels⁽⁵⁷⁾, ce verbe peut effectivement signifier tantôt « exprimer une opinion », tantôt « se décider », tantôt les deux⁽⁵⁸⁾.

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^o 1), tantôt à l'idée exclusive de « consultation » (solution n^o 2), tantôt aux deux à la fois (solution n^o 3), il reste à savoir laquelle de ces trois solutions s'impose dans le cas de l'article 51, § 7, de la Constitution Or, de ce point de vue, l'incertitude est clairement levée par le recours aux intentions des auteurs de cet énoncé.

(52) Sur ce thème, voire l'étude approfondie d'Ulrich Rommelfanger, *Das konsultative Referendum. Eine verfassungstheoretische, -rechtliche und -vergleichende Untersuchung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

(53) P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 1^{re} éd., Luxembourg, Belfort, 1948, p. 94 ; 6^e éd., Esch-sur-Alzette, Editpress, 1990, p. 135.

(54) L. FRIEDEN, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, BIL, 1987, p. 46.

(55) J.M. DENQUIN, « Référendums consultatifs », *Pouvoirs*, n^o 77, 1996, p. 85.

(56) Voir, par exemple, E. LITRE, *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).

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

(58) Cfr L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, pp. 47 et s.

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

Sur ce point, je serai 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 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 premier⁽⁵⁹⁾. 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 (article 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, alinéa 7/51, § 7, de la Constitution, 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 »⁽⁶⁰⁾. Autrement dit : il

(59) 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^o 72, mars 1989, p. 11-24. Voir aussi L. HEUSCHLING, *Le citoyen monarque*, Windhof, Promoculture-Larcier, 2013, pp. 192 et s.

(60) Voir l'exemple de l'article 52, alinéa 2, de la Constitution. 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

faut procéder à une interprétation systématique.

3^o Au vu du nouvel article 1^{er} de la Constitution, introduit en 1998 : une interprétation systématique up to date

Le Conseil d'État 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 l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution le sens retenu par le Conseil d'État 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'article 52, alinéa 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'article 1^{er} de la Constitution tel que modifié en 1998.

a) La définition même, par le discours dominant, du sens de la formule ambiguë « démocratie parlementaire » (article 51, § 1^{er}, de la Constitution) 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'État de l'époque⁶¹, 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 frileuse 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 belge, faute d'une disposition d'habilitation en ce sens — est éminemment critiquable : l'article 51, § 1^{er}, 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'article 51, § 7, de la Constitution). Le texte constitutionnel n'est donc pas le même, d'un pays à l'autre ; cette différence,

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'article 53, alinéa 2, de la Constitution, 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 scorie, vide de sens, qu'est l'article 52, alinéa 2, de la Constitution.

(61) Pierre Pescatore s'inscrivait implicitement dans les pas du Conseil d'État lorsqu'en 1957 il réduisait l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution à une simple déclaration politique, sans valeur normative en droit. *Cfr* P. PESCATORE, « Essai sur la notion de la loi », in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg - Livre jubilaire (1856-1956)*, Luxembourg, Bourg-Bourger, 1957, p. 372.

qui est simplement ignorée par les défenseurs du discours dominant, interdit de transposer tel quel le raisonnement belge en droit luxembourgeois.

b) Même à supposer que l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution ait pour signification de consacrer l'exclusivité du pouvoir de décision des élus, il n'en reste pas moins qu'il existe toujours l'article 51, § 7, de la Constitution 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'article 51, § 1^{er}, ne soit introduit en 1948. De ce point de vue, l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution n'ajoute rien de nouveau sur le fond. *L'exception qu'était déjà en 1919, l'article 52, alinéa 7, de la Constitution 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'article 52, § 7, de la Constitution 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 (*cfr* la réponse du président de la Chambre à la question du député Nicolas Biever) que l'article 52, alinéa 7, devenant l'article 51, § 7, ne changeait 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 (*cfr* 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 large⁶². 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'article 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'article 1^{er} de la Constitution avait été ajoutée en 1998 (« Le Grand-Duché de Luxembourg est un État démocratique... »), le Conseil d'État et les autres acteurs l'ont simplement ignorée. Ils ont continué à identifier le « système » de la Constitution à l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution. Or le nouvel article 1^{er}, qui se veut, en raison même de son emplacement, une définition du système politique luxembourgeois dans son en-

semble — 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'État luxembourgeois, avant celui de « libre », « indépendant », « indivisible » — est plus large et ouvert que ne l'est la formule ambiguë de l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution La démocratie, selon l'article 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'article 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 juridique⁶³. 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 quasiment abandonnée en science (*cfr* 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'État a admis que l'article 51, § 1^{er}, Constitution — ô combien vague ! — était une norme juridique. Il n'y a donc pas de raison à refuser à l'article 1^{er} ce que l'on reconnaît à l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution. De ce point de vue, l'interprétation que je défends ici, en m'appuyant sur l'article 1^{er}, n'est pas plus un « montage » — sous-entendu : une construction artificielle — que ne l'est l'interprétation du Conseil d'État qui, à son tour, s'appuie sur un article des plus vagues et procède donc, lui, aussi, à un échafaudage intellectuel⁶⁴. Du reste, la qualité de norme juridique du principe démocratique inscrit dans l'article 1^{er} de la Constitution est d'ores et déjà reconnue par la justice luxembourgeoise : dans plusieurs affaires qui ont fait grand bruit, les juridictions administratives, sur instigation de la dynamique Cour administrative, se sont appuyées sur l'article 1^{er} de la Constitution, 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 administratifs⁶⁵.

(63) Comme indiqué, c'est ce raisonnement qu'a appliqué Pescatore en 1957 à l'article 51, § 1^{er}, de la Constitution. En France, au sein de la doctrine classique, voir, par exemple, R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, t. 2, 1922, p. 581.

(64) Je réfute ainsi la critique que d'aucuns ont opposée à ma lecture de l'article 51, § 7, de la Constitution, en affirmant qu'il s'agissait d'un vœu pieu, d'un « Wunschdenken » (*cfr* C. BUMB, « Konsultativ oder verbindlich ? - Ein Hauch von Kontroverse », *Luxemburger Wort*, 16 mars 2015, p. 2).

(65) 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 du gouvernement et une décision ministérielle au motif de leur incompatibilité avec le principe démocratique consacré dans l'article 1^{er} de la Constitution. Voir aussi, dans le sillage de cet arrêt, le jugement du Tribunal administratif du 12 novembre 2014 (n^o 34379) et l'arrêt de la Cour administrative du 5 mai 2015 (n^o 35630C).

(62) L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une exception ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *La norme et ses exceptions : quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 81-83.



La qualité de norme juridique de l'article 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 (article 32 de la Constitution) 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 méconnaître 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 référendum⁶⁶. C'est aussi en ce sens que comprennent à l'heure actuelle la plupart des Luxembourgeois le mot « démocratie » (cfr le sondage de 2014⁶⁷).

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 *totale*ment inadmissible, car cela revient à ignorer l'existence de l'article 1^{er} de la Constitution.

(66) Voir, par exemple, 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 »), pp. 40, 42, 127, 129; du côté du parti de la droite catholique, les propos du député Schiltz, *ibidem*, p. 83 (« Wenn das Volk sagt: "Ich will einen Dynastiewechsel", 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 Dynastiewechsel", werden auch Sie [= l'opposition libérale et socialiste] soviel Opfersinn und Liebe zum Volk haben, daß auch Sie sich 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, *ibidem*, 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 exemple, *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1918-1919, vol. III, p. 2215, le discours du député Jacques Schaack : « Approuviate 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 Regierungsform ein ».

(67) Cfr supra note 17.

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 acteurs 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 nulle part — repose sur une erreur⁶⁸. 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. Laferrère, etc.) et, depuis lors, elle s'est perpétuée, y compris au Luxembourg⁶⁹. 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 exemple, l'article 53, alinéa 2, de la Constitution de 1965 (version actuelle) du Canton suisse de Nidwald :

« Art. 53 Konsultative 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 »⁷⁰.

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 conçue en

termes généraux », « initiative non formulée », « simple motion », etc.) peuvent toutes les deux être de nature décisionnelle⁷¹. 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 parlement a traduit fidèlement l'idée générale⁷². 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 ? À 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'aucuns 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 qualification 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'article 11

(71) Voir E. GRISEL, *Initiative et référendums populaires - Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3^e éd., Berne, Staempfli, 2004, en particulier pp. 213 et s., p. 397. Parmi les dispositions consacrant le caractère décisionnel de référendums sur des idées générales, voir, par exemple l'article 139, alinéa 4, de la Constitution fédérale (« En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative ») ; article 32, alinéa 2, de la Constitution du Canton de Bâle-Campagne (« Die Behörden sind bei der Ausarbeitung der Vorlagen an die Ergebnisse von Grundsatzabstimmungen gebunden ») ; article 65, alinéa 2, de la Constitution 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 auszuarbeiten. Will der Grosse Rat dem Volksinitiativbegehren keine Folge geben, so entscheidet das Volk, ob er dem Begehren nachzukommen habe »), etc.

(68) La même erreur est identifiée et combattue, par exemple, par P. TAILLON, « Pour une redéfinition du référendum consultatif », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n^o 1, pp. 143 et s.

(69) Cfr L. HEUSCHLING, « La discours sur la valeur... », *op. cit.*, pp. 7 et s., pp. 37 et 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 la présente lecture (cfr C. BUMB, « Konsultativ oder verbindlich ? - Ein Hauch von Kontroverse », *Luxemburger Wort*, 16 mars 2015, p. 2).

(70) Pour la traduction française officielle, voir *supra* note 20.



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'article 114 de la Constitution.

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 » ou « 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'article 114 de la Constitution, une révision énonçant : « Art. 1 bis : La dignité humaine est inviolable ».

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 Hamon⁷³. Dans ce cas de figure, le peuple ne participe qu'*indirectement* à la production d'une norme publishable 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 « non » a trait à un « principe » rédigé, à une « idée »⁷⁴). 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 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, tout en ayant trait à un texte, 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 », à ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Dans le cadre, et au milieu de la procédure d'adoption de cette loi (la loi autorisant la ratification), eut lieu le référendum. Celui-ci devait permettre, entre le premier vote et le deuxième 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 ? À 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 publishable 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 penser 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'article 51, § 7, de la Constitution 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'article 51, § 7, de la Constitution 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'État produit, en général, des normes : c'est là son rôle premier. Mais il arrive aussi qu'un organe d'État 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'État dans les régimes parlementaires, en particulier monarchiques, est de « symboliser » l'État et/ou la nation ; à ce titre, il appartient au chef de l'État 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 exemple, le référendum dit « économique » de 1919. Ainsi qu'il ressort de l'analyse des débats parlementaires de l'époque⁷⁵, 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'État 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 française⁷⁶. En effet, le gouvernement de 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 »⁷⁷ 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

(72) 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, pp. 678 et s. ; E. GRISEL, *op. cit.*, pp. 235 et s.

(73) F. HAMON, *Le référendum - Étude comparative*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2012, p. 18.

(74) 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 ».

(75) Cf. L. HEUSCHLING, « Le discours sur la valeur consultative... », *op. cit.*, pp. 16 et s.

(76) *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 ».

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



transmettre à une puissance étrangère une invitation ou un appel. Une lettre de pétition signée par des citoyens pourrait aussi faire l'affaire⁷⁸. Si, dans l'avenir, un tel type de référendum devait se reproduire au Luxembourg sous l'empire de l'actuel article 51, § 7, de la Constitution, il va de soi que, même à la lumière de la lecture défensive 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'article 51, § 7, de la Constitution ont nécessairement, en vertu de la Constitution, la valeur d'un simple avis est inondé, 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'article 51, § 7, de la Constitution admis, se pose la question de son régime.

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'article 81, § 7 ? 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'a « 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'article 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'article 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 :

(78) Pour un exemple qui s'en rapproche, *cfr* 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. JORIS, 1867-1872 - Une page d'histoire du Grand-Duché de Luxembourg, Luxembourg, Belfort, 1888, pp. 326 et s.

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 référendum⁷⁹, 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)⁸⁰ et non abrogatifs (ils interviennent après l'entrée en vigueur). Ces cas de figure, plutôt rares en droit comparé, se trouvent dans les pays dans lesquels la compétence de réviser la Constitution⁸¹, d'adopter une loi⁸², de décider de la ratification de certains traités internationaux (de sécurité collective, d'adhésion à une organisation internationale, etc.)⁸³ ou encore de prendre certains actes administratifs (par ex. engager des dépenses dépassant un certain montant⁸⁴) est confiée 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 de révision 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 »⁸⁵ 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 positif⁸⁶, 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

(79) Je 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.

(80) 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.

(81) Ex. la Suisse, au niveau fédéral (article 140 et 192-195, Const. 1999) et cantonal (*cfr* article 51 Const. Suisse 1999), le Danemark (article 88 Const. 1953), l'Arménie (article 111 Const. 1995), article 174 de la Constitution Algérie 1996, etc.

(82) 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, *cfr* Const. du canton Uri de 1984, articles 24 et 90.

(83) Ex. article 140 de la Constitution Suisse 1999 ; article 142 de la Constitution Croatie 1990 (version de 2010).

(84) C'est le cas dans certains cantons suisses. *Cfr* E. GRISSEL, *op. cit.*, p. 326 et s., spécialement p. 328.

(85) 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.

(86) Voir, par exemple, article 175 de la Constitution 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 ».

pouvoir législatif, ni même le pouvoir de révision ne sont réservés aux citoyens. Ces pouvoirs sont, d'abord, attribués à la Chambre des députés, quitte à ce que, selon certaines modalités, les électeurs puissent, à leur tour, intervenir dans ce pouvoir.

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 (exemple : 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 : article 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 (article 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 deux⁸⁷.

(87) R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *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 ». *Cfr* aussi SIEYÈS,



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'article 11 Const. française de 1958 pouvait être modifiée par le parlement⁸⁸, 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 peuple⁸⁹. Lorsqu'il s'agit d'une loi qui provient d'une initiative parlementaire, le peuple (au niveau fédéral ou cantonal) peut être saisi et être introduit dans la procédure législative parlementaire, par le biais d'une requête de citoyens déclenchant la tenue d'un référendum facultatif. 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). Si le vote populaire a été négatif lors de ce référendum, rien n'interdit non plus au parlement d'adopter, à travers un nouveau projet de loi, le même contenu⁹⁰. Les mêmes conclusions s'imposent en Suisse lorsqu'il s'agit d'une loi qui trouve son origine dans une initiative législative citoyenne, et qui a été soumise à une votation populaire⁹¹. Ce n'est pas parce que ce dernier type de loi est doublement populaire (de par son origine et de par le vote populaire final) qu'il jouit d'un statut à part.

Selon la logique de l'équivalence, la modification de la loi adoptée par les citoyens par une loi adoptée par le parlement pourrait intervenir,

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 ».

(88) 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 ».

(89) 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*.

(90) *Cf.* E. GRISEL, *op. cit.*, p. 393, n° 1049.

(91) *Ibidem*, p. 296, n° 767.

le cas échéant, dès le *lendemain* de la *promulgation et publication* de la loi référendaire⁹². 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'abrogation⁹³). 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 référendaire⁹⁴ 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'État, 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, dès qu'une volonté a été exprimée, que ce soit par un « 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 peuple⁹⁵. La logique de la hiérarchie ne se contente pas seulement d'exiger que le texte adopté par le peuple soit promulgué (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 » expri-

mé 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 1995⁹⁶. Celle-ci prévoit, certes, que les députés n'ont pas de mandat impératif (article 66, alinéa 1^{er}) et qu'une loi ordinaire peut être adoptée soit par le parlement, soit par les citoyens (article 112, alinéa 1^{er}, Const.⁹⁷). 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 article 112, alinéa 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 aux profits 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.

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'article 112, alinéa 2, n'évoque que l'hypothèse des « lois adoptées », donc un vote positif. Aussi la doctrine arménienne⁹⁸ 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.

(92) Le texte de la loi référendaire doit être promulgué et publié par l'exécutif. Je présume que le chef de l'État n'a pas, en droit positif, le droit de refuser la promulgation.

(93) https://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_premi%C3%A8re_embauche

(94) *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 *Ibidem*, p. 296.

(95) Lire, par exemple, 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 déléguant. 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 ».

(96) 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

(97) Article 112, alinéa 1^{er}, de la Constitution 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 ».

(98) *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.



b) Le maintien de la logique classique de l'équivalence dans le cadre de l'article 114 de la Constitution

En droit luxembourgeois, la Chambre des députés pourrait-elle, au lendemain d'un référendum négatif portant sur une révision (article 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 article 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'article 114 de la Constitution n'infléchit pas cette logique classique, en établissant, à titre exceptionnel, une hiérarchie entre citoyens et élus. Il n'y a pas, dans l'article 114 de la Constitution, l'équivalent de l'article 112, alinéa 2, 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'article 114 de la Constitution, « 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^o En cas de référendum portant sur la création, par le parlement, d'une future norme (article 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'article 51, § 7, de la Constitution. 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'article 51, § 7, de la Constitution, 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). À 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-ci⁹⁹. 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. Dans le cadre d'un référendum décisionnel sur une future norme à adopter par le parlement, 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'article 51, § 7, de la Constitution. 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.

(99) 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.

L'effet minimum est que les organes de l'Etat, en particulier le parlement, sont obligés d'exécuter dans l'immédiat, dans un délai 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'article 51, § 7, de la Constitution. 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 (article 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 (Conseil de 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 expiration¹⁰⁰. 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'article 51, § 7, de la Constitution.

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'article 53, alinéa 3, de la Constitution (alinéa 2 : *Das Ergebnis der konsultativen Abstimmung bindet den Landrat bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung* ; alinéa 3 : *Die Bindung erstreckt sich nicht auf spätere Erlasse, in denen die gleiche Frage aufgegriffen 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

(100) 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 de l'Etat (« Chambre des députés », « Conseil de 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.



souvent, explicitement insérées dans le contexte (le cadre, donc le carcan) d'une procédure particulière. C'est explicite en 1937¹⁰¹, en 2005¹⁰², en 2015¹⁰³ et implicite pour 1919. Les questions étaient étroites dans leur objet, les réponses l'étaient donc aussi. Le « oui » signifiait : « Vous, organes d'État, vous devez transformer ce texte/cette idée en norme juridique ». Le « oui » ne signifiait pas en plus :

(101) Pour les termes de la question, *cf.* article 1^{er} de la 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.

(102) 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. A*, 2005, n° 48, p. 780, article 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 (...) ».

(103) 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.

« 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*. À cela s'oppose toutefois le second argument, qui est l'argument clé : pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que la Constitution le prévoie (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'article 112, alinéa 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 ».

Conclusion

Dans le cadre d'un référendum sur la création, par le parlement, d'une future norme, organisé

dans le cadre de l'article 51, § 7, de la Constitution, 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'article 51, § 7, de la Constitution (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.

Luc HEUSCHLING

Professeur de droit constitutionnel
à l'Université du Luxembourg
Membre de l'Institut grand-ducal,
section des sciences morales et politiques

PROCÉDURE CIVILE LUXEMBOURGEOISE

Approche comparative

Séverine Ménetrey
Préface de Thierry Hoscheit

Manuels



Ouvrage disponible sur



strada lex
LUXEMBOURG

www.stradalex.lu



larcier www.larcier.com

c/o Larcier Distribution Services sprl
Fond Jean Pâques, 4 b • 1348 Louvain-la-Neuve – Belgique
Tél. 800 24 227 • Fax + 352(0)278 60731
commande@larciergroup.com

NOUVEAU

PROCEDURE CIVILE LUXEMBOURGEOISE

Approche comparative

Séverine Ménetrey
Préface de Thierry Hoscheit



www.larcier.com

Ouvrage de procédure civile comparée (Luxembourg, France, Belgique) associant la dimension abstraite du droit comparé et de la théorie du procès à la dimension pratique de la procédure civile.

AU SOMMAIRE

- Eviter, anticiper et préparer le procès
- Engager le procès
- Riposter au procès
- Vivre le procès
- Terminer le procès

> Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg
534 p. • 95,00 € • Edition 2016

Découvrez tous les
ouvrages de la collection
sur www.larciergroup.com

