

LIBER AMICORUM

RUSEN ERGEÇ

Édité par l'a.s.b.l.

**PASICRISIE  
LUXEMBOURGEOISE**

Cité judiciaire L-2080 Luxembourg

Coordinateurs : I. Riassetto, L. Heuschling, G. Ravarani

Production et impression : Imprimerie Centrale, Luxembourg

Dépôt légal : Juin 2017

ISBN : 978-2-87978-198-3

## LES ORIGINES AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE DU RANG SUPRA-CONSTITUTIONNEL DES TRAITÉS EN DROIT LUXEMBOURGEOIS : L'ENJEU DE LA MONARCHIE

LUC HEUSCHLING

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

1. L'un des traits saillants les plus originaux de l'ordre juridique luxembourgeois actuel est la reconnaissance de la suprématie des traités, du droit dérivé, voire de toutes les autres sources du droit international, à l'égard non seulement du droit ordinaire (infra-constitutionnel), mais aussi à l'égard de la Constitution elle-même. Une telle conceptualisation des rapports entre la Constitution et le droit international est très rare dans le monde<sup>1</sup>, si l'on fait abstraction de l'hypothèse, autrement plus fréquente et à vrai dire distincte, des États fédérés dont la Constitution est inférieure aux traités dans la mesure où ceux-ci sont conclus par l'État fédéral et bénéficient à ce titre de la primauté du droit fédéral sur tout le droit fédéré<sup>2</sup>. Parmi les quelques États unitaires ou fédéraux à avoir adopté ce paradigme moniste figurent surtout, à côté du Luxembourg, les Pays-Bas<sup>3</sup> où, depuis 1953, un élément central de la primauté des traités et des normes dérivées des traités est consacré *expressis verbis* dans le texte de la Constitution. Selon l'actuel article 94 de la « *Grondwet* (Loi fondamentale) » :

*« Les dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun. »<sup>4</sup>*

1 Pour une analyse comparée des relations hiérarchiques entre Constitution et droit international, v. A. CASSESE, « Modern Constitutions and International Law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 192, 1985, p. 331-476, spéc. p. 351 ss (histoire), p. 394 ss (analyse systématique) ; A. PETERS, « Supremacy Lost : International Law Meets Domestic Constitutional Law », *Vienna Journal of International Constitutional Law*, 2009, n°3, p. 170 ss ; V.S. VERESHCHETIN, « New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1997, p. 29 ss ; A. PETERS, U.K. PREUSS, « International Relations and International Law », in M. TUSHNET, T. FLEINER, C. SAUNDERS (dir.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, London, 2013, p. 36 ss ; E. LAGRANGE, « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 356, 2012, p. 243 ss ; B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016.

2 V., par ex., dans le cas des États-Unis, l'art. VI, alinéa 2, de la Constitution fédérale de 1787 : « *This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding* ». Identique : art. 31 Const. de la Confédération d'Argentine de 1853. La situation diffère en revanche si, comme en droits allemand et autrichien actuels, les États fédérés sont habilités à établir des traités internationaux ; ceux-ci font alors partie de tel droit fédéré, à un rang potentiellement inférieur à la Constitution fédérée et au droit fédéral.

3 E.A. ALKEMA, « Netherlands », in D. SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, p. 407 ss, spéc. p. 421, 419 s ; H. SCHERMERS, « Netherlands » in F. JACOBS, S. ROBERTS (dir.), *The Effect of Treaties in Domestic Law*, London, Sweet & Maxwell, 1987, p. 109 ss, spéc. p. 113.

4 Pour les différentes rédactions de la règle de l'inapplication des « *dispositions légales* » internes contraires à des traités (en 1953 : art. 65 ; depuis 1956 : art. 66 ; depuis 1983 : art. 94), v. le site : <https://www.denederlandsegrondwet.nl>

Le terme clé « dispositions légales (*wettelijke voorschriften*) » inclut aussi la Constitution, étant précisé que celle-ci, aux Pays-Bas, se compose de deux strates : d'une part, des normes consacrées dans la *Grondwet* et, d'autre part, à un niveau encore plus élevé, des normes consacrées dans le « *Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden* (Statut du Royaume) » de 1954<sup>5</sup>. La primauté consacrée dans l'article 94, qui est conditionnée au critère de l'applicabilité directe, ne vaut, selon l'interprétation retenue par les autorités de l'État, qu'au profit des traités et du droit dérivé, à l'exclusion d'autres sources du droit international à l'instar de la coutume et des principes généraux. Cette analyse est toutefois critiquée par la doctrine qui, sur ce point, élargit la perspective en ajoutant une autre norme constitutionnelle (coutumière).

Cette règle néerlandaise de l'inapplication des dispositions « légales » internes sera reprise par le Suriname, lors de l'accession de cette colonie néerlandaise à l'indépendance (*Grondwet* du Suriname de 1975)<sup>6</sup>. L'article 106 de l'actuelle *Grondwet* du Suriname de 1987<sup>7</sup> est, à quelques nuances près, la copie de l'article 66 de la *Grondwet* des Pays-Bas dans sa version de 1956 ; il reste, toutefois, à savoir si l'interprétation de ce texte, en particulier de l'expression « *wettelijke voorschriften* », est la même et inclut aussi la Constitution.

En dehors de ces pays – le Luxembourg, les Pays-Bas et, probablement, le Suriname –, la thèse de la supériorité du droit international sur la Constitution est encore admise dans quelques autres systèmes, mais seulement de manière partielle. En Belgique, le rang supra-constitutionnel des normes conventionnelles à effet direct est affirmé par la Cour de cassation et le Conseil d'État, mais est réfuté par la Cour constitutionnelle<sup>8</sup>. En Suisse, depuis 1999, la nouvelle Constitution fédérale situe explicitement les normes du *ius cogens* au-dessus de toute révision constitutionnelle, totale ou partielle (v. actuellement les articles 193 al. 4, 194 al. 2 et 139 al. 3) ; certains auteurs arguent même d'une supériorité de tout le droit international sur les normes constitutionnelles fédérales, mais cette thèse doctrinale est controversée<sup>9</sup>. En Russie, la Cour suprême semble exclure du principe de la primauté de la Constitution, tel que consacré par l'article 79 de la Constitution de 1993, le cas du *jus cogens*<sup>10</sup>. Dans certains pays, à l'instar du Japon, eu égard à un texte constitutionnel assez vague (v. l'art. 98 Const. Japon 1947<sup>11</sup>), la thèse du rang supra-constitutionnel des traités a été avancée par une partie de la doctrine, après 1945 et dans les années 1990, sans toutefois être reprise par

5 En vertu des articles 5 al. 1<sup>er</sup> et 3 al. 1<sup>er</sup>, point b, du Statut de 1954, le champ d'application de l'article 94 *Grondwet* est étendu à tout le Royaume *lato sensu* des Pays-Bas, composé des Pays-Bas en Europe et de trois anciennes colonies (actuelles « composantes » du Royaume) Aruba, Curaçao et Sint-Maarten.

6 A. CASSESE, *op. cit.*, p. 409, renvoie aux articles 116, 118 et 119 de la *Grondwet* de 1975, texte auquel je n'ai pu accéder.

7 *Grondwet* (Loi fondamentale) de 1987, art. 105 : « Les dispositions des accords mentionnés dans l'article 103 qui engagent chacun ont force légale après leur publication » ; art. 106 : « Les dispositions légales (*wettelijke voorschriften*) en vigueur au sein de la République de Suriname ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions d'accords, antérieures ou postérieures, qui engagent chacun ». Trad. pers. à partir du texte officiel néerlandais ([http://www.dna.sr/media/18316/grondwet\\_suriname.pdf](http://www.dna.sr/media/18316/grondwet_suriname.pdf)) et d'une traduction anglaise que j'ai modifiée légèrement ([https://www.constituteproject.org/constitution/Surinam\\_1992.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Surinam_1992.pdf?lang=en)).

8 V. par ex. C. BEHRENDT, F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2014, p. 487 ss.

9 Pour un premier aperçu, v. A. PETERS, I. PAGOTTO, « Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz », *ius.full*, vol. 2, 2004, p. 54 ss.

10 V. la décision n°5 du 10 octobre 2003 de l'assemblée plénière de la Cour suprême de la Fédération de Russie.

11 Article 98 : « (1) La présente Constitution est la loi suprême du pays ; aucune loi, ordonnance, aucun édit impérial ou autre acte de gouvernement, en tout ou partie, contraire aux dispositions y afférentes, n'aura force de loi ou validité. (2) Les traités conclus par le Japon et le droit international établi doivent être scrupuleusement observés. »

les organes d'État (en vertu de l'art. 81 Const., les juridictions s'estiment compétentes pour vérifier *a posteriori* la constitutionnalité d'un traité) ; la supériorité de la coutume internationale sur la Constitution a toutefois été admise par le gouvernement japonais<sup>12</sup>. Au Portugal, une partie de la doctrine attribuée au « *droit international général ou ordinaire* » tel que défini dans l'article 8 § 1 de la Constitution de 1976, mais non aux traités (art. 8 § 2 Const.), un statut supra-constitutionnel<sup>13</sup>. Mentionnons enfin, au titre d'une consécration partielle dans le passé, le cas du Brésil (il semble qu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, le Tribunal fédéral suprême ait fait prévaloir un traité sur une disposition constitutionnelle postérieure<sup>14</sup>), celui de la République de Weimar (le gouvernement et une minorité d'auteurs avaient admis que le traité de Versailles rendait inapplicable en particulier l'article 61 de la Constitution du *Reich* de 1919<sup>15</sup>) et celui de la Serbie (avant la Constitution de 2006, la doctrine affirmait le rang constitutionnel, voire supra-constitutionnel des traités<sup>16</sup>).

À l'inverse, dans le reste du monde, que ce soit en France, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Europe centrale et orientale, aux États-Unis, en Amérique latine, en Chine, en Asie et en Afrique, etc., l'idée d'une telle ouverture de l'ordre juridique domestique à l'égard du droit international suscite en général une réaction d'étonnement, voire de rejet viscéral, car une telle vision va à l'encontre des représentations les plus profondément ancrées dans le droit positif et dans l'esprit des juristes de ces pays<sup>17</sup>.

2. L'articulation hiérarchique des différentes strates du droit reflète, en effet, des choix fondamentaux de nature politique. Qu'une loi votée par un parlement démocratiquement élu soit en général (mais pas toujours) supérieure à un règlement du chef de l'État et/ou du gouvernement, qu'une norme individuelle soit subordonnée aux normes générales, que les règles du *Fürstenrecht* (droit princier) soient tantôt au-dessus de la Constitution tantôt en dessous<sup>18</sup>, que, dans un tout autre contexte, « Dieu » (tel dieu) soit supérieur à toute norme dite d'origine humaine, que, dans le contexte d'un système fédéral, le droit de l'entité fédérale (« le grand tout ») prime sur celui d'une entité fédérée (« une partie »), ou que, dans tel État membre de l'UE, la Cour constitutionnelle estime que certaines normes constitutionnelles nationales l'emportent sur le droit de l'UE, etc., à chaque fois l'échafaudage de la hiérarchie des sources du droit

12 Y. IWASAWA, *International Law, Human Rights and Japanese Law*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 95 ss ; N. OFUJI, « La valeur juridique du traité au Japon », *La revue de la coopération transfrontalière*, n°20, nov/déc. 1999, p. 4 ss.

13 F. FERREIRA DE ALMEIDA, « Portugal », in D. SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, p. 508 ss ; A.M. GUERRA MARTIN, « Portugal » in B. BONNET (dir.), *op. cit.*, p. 1501 ss.

14 V. H. VALLADAO, « International and Internal Law », in *Essays in Jurisprudence in honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, 1962, p. 588 et *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, vol. VII, n°9, 1962, p. 46 s.

15 Sur ces points très controversés, v. G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, 14<sup>e</sup> éd., Berlin, Stilke, 1933, sub. art. 61 (al. 2), art. 178 (al. 2) et art. 4 ; M. FLEISCHMANN, « Die völkerrechtliche Stellung des Reichs und der Länder » in G. ANSCHÜTZ, R. THOMA (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Mohr, Tübingen, t. 1, 1930, p. 218 ss.

16 S. DJAJIC, « Serbia », in D. SHELTON (dir.), *op. cit.*, p. 544.

17 Pour des consécration explicites de la supériorité de la Constitution sur les (des) normes du droit international, v. Const. Paraguay 1992, art. 141 et 137 ; Const. Estonie, 1992, art. 123 ; Const. Fédération de Russie 1993, art. 79 ; Const. Biélorussie 1996, art. 116 al. 4 ; Const. Géorgie 1995, art. 6 ; Const. Serbie 2006, art. 16 et 194. Dans nombre de pays (États-Unis, Allemagne, France, etc.), cette supériorité a été dégagée par les juges ; v. la littérature citée *supra*, note 1.

18 Au-dessus : le Liechtenstein actuel, où les normes de la maison princière se situent au-dessus de la Constitution et au-dessus des traités (art. 18 du *Hausgesetz des Fürstlichen Hauses Liechtenstein* du 26 octobre 1993). En dessous : le Luxembourg, à l'heure actuelle (art. 49 du décret grand-ducal du 11 juin 2012 portant coordination du pacte de famille du 30 juin 1783 et § 13 du décret grand-ducal du 18 juin 2012 portant coordination du statut de famille du 5 mai 1907, *Mémorial B*, n°51, 23 juin 2012, p. 829 ss ; sur le statut supra-constitutionnel du droit princier luxembourgeois au XIX<sup>e</sup> siècle, v. *infra*, n°28 et 43).

est informé par une vision politique de la vie en société dont les acteurs sont, plus ou moins, conscients<sup>19</sup>. À chaque fois se pose la question de ce qui justifie, à l'égard des normes érigées en normes « suprêmes / supérieures », et à l'égard de ceux qui en sont les auteurs, une telle subordination, une telle confiance. Au-delà du contenu des normes, dont le caractère politique est communément admis, c'est la *structuration même de la hiérarchie des normes* – le nombre, l'identité et la position des sources de droit – qui véhicule une certaine *Weltanschauung*.

3. Le caractère exceptionnel, insolite, voire iconoclaste, de la *rule of recognition* luxembourgeoise plaçant les traités et, par extension, d'autres/les autres sources du droit international au-dessus de la Constitution soulève au moins cinq séries de questions :

1. Quelle est la nature exacte de ce qui, jusqu'ici, a été évoqué de manière très vague comme ce « paradigme », cette « règle de reconnaissance » au sens de Hart, cette « norme » ou, pour introduire une autre expression vague qui sera réutilisée par la suite, le « phénomène normatif » de la supériorité du droit international ? Est visée ainsi une norme *unique* ou une *pluralité* de normes ? D'habitude, que ce soit au Luxembourg ou ailleurs, l'on parle de ce phénomène sur le mode du singulier, mais, en vérité, il est plus adéquat de raisonner en termes de pluralité de normes<sup>20</sup>. Tout le monde au Luxembourg semble également présupposer, à propos de cette norme soi-disant unique, à la fois

19 Ainsi, aux yeux de nombre d'acteurs et d'auteurs, la primauté des normes générales sur des normes individuelles fait figure d'évidence. Qui y serait opposé ? Pourtant, à travers son régime idéal du roi-philosophe, théorisé dans *La République* et, surtout, dans *Le Politique*, où il développe de manière plus précise le système de l'*anomie*, Platon a développé une critique radicale de cette subordination. Au nom de la recherche du juste, Platon prône une totale libération des normes individuelles par rapport aux normes générales. Si ce modèle philosophique n'a jamais été mis en œuvre à 100 % (l'anomie totale est, tout simplement, impraticable), le discours platonicien permet toutefois de justifier que, dans tel cas d'espèce, la norme individuelle, censée être plus juste, car plus adaptée à la situation concernée, déroge à la norme générale, rejetée comme injuste. Un tel discours n'est pas resté sans échos dans la pratique, en particulier dans les dictatures à l'instar du III<sup>e</sup> Reich où la « justice (raciale) particulière » devait, selon les juristes nazis les plus critiques à l'égard du *Gesetzesstaat* (le gouvernement des lois), l'emporter sur les lois, y compris, parfois, les lois promulguées par Hitler et son gouvernement. V., par ex., de manière très concise, G. DAHM, K.A. ECKHARDT, R. HÖHN, P. RITTERBUSCH, W. SIEBERT, « Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters », *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, p. 123 s (directives n°3 et n°4); et pour une mise en perspective : L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 516-570.

20 NB : je raisonne sur des normes *générales* (et non individuelles). Sur le plan conceptuel, ce phénomène normatif dit de la « suprématie des traités sur tout le droit national » peut englober, dans son extension maximale, pas moins de six normes générales ou ensemble des normes générales : 1. le pouvoir constituant « souverain /originnaire / révolutionnaire », i.e. le constituant intervenant en dehors de toute habilitation par une Constitution antérieure, doit respecter et mettre en œuvre les traités (cette norme, à l'inverse de toutes les normes suivantes, ne peut être contenue dans la Constitution puisque, par définition, celle-ci n'existe pas/plus/pas encore) ; 2. les organes d'État investis par la Constitution de la fonction de révision (totale et/ou partielle) doivent, lorsqu'ils produisent des révisions, obéir aux traités ; 3. tous les autres pouvoirs constitués (législatif, exécutif, judiciaire) doivent obéir aux traités en produisant des normes ; 4. les énoncés de la Constitution et de tous les autres textes nationaux doivent être interprétés, par tous les organes d'État, conformément aux traités ; 5. en cas de non-respect des normes susmentionnées (1 à 3), ce qui équivaut à une faute, le ou les titulaires de l'organe d'État concerné peuvent se voir infliger des sanctions disciplinaires (révocation, etc.) ; 6. si, en dépit des normes précédentes (1 à 4), un énoncé normatif, dont le sens est contraire aux traités, a été promulgué, un certain effet « corrosif » plus ou moins incisif à l'égard de la validité de cet énoncé défectueux doit découler de cette constatation établie par un ou plusieurs organes de l'État, voire par un organe de la communauté internationale concernée : obligation d'abrogation de la norme, nullité de la norme, annulabilité de la norme et/ou inapplication de la norme (sur ces quatre options, alternatives ou cumulatives, v. *infra*, n°35). Chaque droit positif peut donc, en faisant son choix, en particulier parmi les variantes du n°6, composer son propre « cocktail » de normes, *sa propre conception* de « la » suprématie. L'expression au singulier – « la règle de reconnaissance », « la suprématie », etc. –, dont, par commodité, je me servirai encore parfois par la suite, vise donc, en vérité, un groupe de normes dont la composition (nombre de normes, contenu de chaque norme) peut varier dans le temps et dans l'espace.

son caractère *général* (on parle d'une « règle », d'un « principe », etc.) et son caractère *juridique* (on en parle comme d'un élément du « droit » ou de « l'ordre juridique » luxembourgeois). Est-ce véritablement le cas ? Dans l'affirmative, il faudrait être capable de citer la source juridique (la classe de normes *juridiques générales*) à laquelle appartiendrait cette norme unique. Aux Pays-Bas, on peut pointer vers l'article 94 de la *Grondwet* (à supposer que tout le phénomène normatif de la suprématie y soit concentré) ; au Luxembourg, la réponse est loin d'être aussi évidente, car il n'y a pas de disposition constitutionnelle, pas même une seule, qui soit aussi explicite.

2. Quel est, au Luxembourg, le contenu exact de cette norme unique, plus précisément de cet ensemble de normes ? La supériorité bénéficie-t-elle seulement aux traités, et au droit dérivé de ceux-ci, ou aussi, par extension, à toutes les autres sources du droit international (coutume, principes généraux, *ius cogens*) ? Le droit de l'UE est-il compris, ou exclu, du « droit international » ainsi défini ? La norme internationale visée doit-elle – pour quelles raisons ? – être « directement applicable » (*self-executing*) ? Quel est l'effet de cette supériorité du droit international sur un énoncé à prétention normative de la Constitution en cas de contrariété : cet article du texte constitutionnel véhicule-t-il une « norme pleinement valide » (qui serait toutefois l'objet d'une obligation de révision par son auteur) ou cet énoncé est-il, depuis le début, « nul et non avenue » (une norme mort-née) ? À moins que cette norme, valide, ne soit « annulable » *erga omnes* par un organe autre que l'organe-auteur (ex. une juridiction) ou qu'elle soit « inapplicable » dans les cas d'espèce par les autorités administratives et/ou juridictionnelles ?
3. À quel(s) moment(s) de l'histoire, et selon quelles modalités, ce montage intellectuel complexe a-t-il été mis en place au Luxembourg ? De quand date chaque élément ? L'assemblage a-t-il évolué au cours du temps ? Comment cette évolution historique luxembourgeoise s'insère-t-elle dans l'histoire du droit au niveau européen, voire universel ? Existe-t-il des influences étrangères ? Il est certain que les acteurs luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle ont précédé la célèbre théorisation du monisme avec primauté du droit international élaborée, à partir du début des années 1920, par l'école de Vienne (Hans Kelsen, Alfred Verdross, Joseph Kunz).<sup>21</sup> Mais, comme l'ont montré Verdross et Kunz, une telle conceptualisation de l'univers juridique est, en vérité, bien plus ancienne : elle remonte aux penseurs jusnaturalistes du droit des gens tels que Vitoria, Suarez et le célèbre Hollandais Grotius. D'ailleurs, aux Pays-Bas, la suprématie des traités sur la Constitution a été affirmée dans la pratique déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, lors de l'échange de notes en 1852 entre le gouvernement et le Saint-Siège à propos du conflit entre la *Grondwet* révisée de 1848 et le Concor-

21 H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr, 1<sup>er</sup> éd. 1920, réimpr. 1928, spéc. p. 204 ss ; Id., « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 14, 1926, p. 227-331 ; Id., *Reine Rechtslehre* [Théorie pure du droit], 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1960, § 43, p. 328 ss ; A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Tübingen, Mohr, 1923 ; Id., « Le fondement du droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 16, 1927, p. 245-323 ; J. KUNZ, « La primauté du droit des gens », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1925, p. 556 ss.

dat de 1827<sup>22</sup>. La pratique luxembourgeoise du XIX<sup>e</sup> siècle a-t-elle été influencée par les Pays-Bas, avec qui le Grand-Duché était en union (personnelle, voire réelle) de 1815 jusqu'en 1890 ? Y a-t-il eu, aussi, une influence allemande *via* le droit de la Confédération germanique, laquelle affirmait la supériorité de ses traités et de son droit dérivé par rapport aux Constitutions des États membres ? Jusqu'à quel point cette règle de reconnaissance luxembourgeoise est-elle le reflet de spécificités nationales ?

4. Quel a été – et quel est –, au Luxembourg, le soubassement culturel, social et politique de cette configuration de l'univers des juristes ? Qu'est-ce qui, dans le passé et/ou à l'heure actuelle, a servi de justification axiologique à ce paradigme ? Autrement dit : quelle en est (a été) la légitimité ?
5. Comment s'explique le fait que la solution si rare du monisme avec primauté du droit international soit consacrée à l'heure actuelle, pour l'essentiel, mis à part les cas de la Suisse et, peut-être, du Suriname, dans les trois pays du Benelux ? Existe-t-il, sur ce point, une sensibilité particulière à ces trois systèmes juridiques qui ont eu, en partie, un passé (hollandais) commun ? Y a-t-il un facteur « Benelux », et si oui lequel ? Pourtant, ces trois pays ne sont pas les seuls à être des « petits » États (i.e. militairement faibles et potentiellement soumis aux aléas d'une politique de puissance de grands voisins)<sup>23</sup> ; à être très favorables au et dépendants du commerce international<sup>24</sup> ; à avoir été, au moins dans le passé, très enthousiastes à propos de l'intégration européenne ; à être attachés au « respect du droit / à l'État de droit »<sup>25</sup> (notions, du reste, susceptibles de multiples entendements, y compris au sein du Benelux) ; à avoir un régime monarchique<sup>26</sup>, etc., pour ne citer que quelques facteurs susceptibles de justifier et d'expliquer la subordination de la Constitution au droit international. On pourrait d'ailleurs encore ajouter d'autres motifs à cette liste, à l'instar de l'adhésion à l'idéal de la *Civitas maxima*, motif très présent chez Kelsen<sup>27</sup>, mais totalement absent dans les débats luxembourgeois au moins du XIX<sup>e</sup> siècle.

4. Dans le présent article, je voudrais contribuer à éclaircir ce champ problématique, en l'abordant sous un angle historique particulier. Le but de cette étude est de montrer – ce qui qui n'est pas toujours clairement cerné à l'heure actuelle au

22 J. VAN EYSINGA, « Le droit de la société des nations et les Constitutions nationales », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1920, p. 143 ss ; A. VERDROSS, « Le fondement... », p. 294. V. aussi les décisions de justice de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle consacrant la primauté des traités sur les lois, citées par B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Droit international et droit constitutionnel », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 38, 1931, p. 348 s, p. 395 s.

23 Ce puissant motif politique est souvent cité à la fois dans le cas néerlandais (H.G. SCHERMERS, *op. cit.*, p. 112) et dans le cas luxembourgeois (v. *infra*, n°17).

24 Ce facteur important est cité à la fois pour les Pays-Bas (H.G. SCHERMERS, *op. cit.*, p. 112) et pour le Luxembourg.

25 Cet idéal est mis en exergue, en soi, en dehors de toute valeur instrumentale (à l'instar d'un lien avec l'objectif du développement du commerce international) par la doctrine néerlandaise. H.G. SCHERMERS, *op. cit.*, p. 112, cite ce facteur explicatif même en premier lieu (« *we are a law-abiding people* »). En tant que tel, ce facteur n'est jamais mis en avant au Luxembourg qui a, au contraire, un rapport très pragmatique, pour tout dire utilitariste, à l'égard du droit.

26 Ce facteur, qui n'est jamais cité dans le cas des Pays-Bas ou encore de la Belgique, a joué un rôle clé dans le cas du Luxembourg au XIX<sup>e</sup> siècle, ainsi qu'on le verra dans la présente contribution.

27 H. KELSEN, « Les rapports de système... », *op. cit.*, spéc. p. 317-326. Pour une mise en perspective : C. LEBEN, « La notion de *civitas maxima* chez Kelsen », in M. C. HERRERA (dir.), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 87 ss ; P. LANGFORD, I. BRYAN, « Hans Kelsen's Theory of Legal Monism. A Critical Engagement with the Emerging Legal Order of the 1920s », *Journal of the History of International Law*, vol. 14, 2012, p. 51 ss.



Luxembourg, et *a fortiori* à l'étranger où, le plus souvent, le cas du Luxembourg est totalement inconnu – que cette conceptualisation, en droit luxembourgeois, des rapports entre droit international et droit interne n'est pas une création *ex nihilo* de la célèbre jurisprudence du début des années 1950 (*Huberty, Pagani, Dieudonné*, etc.)<sup>28</sup>, ni même de certains arrêts précurseurs. À ce dernier titre, les spécialistes de la question connaissent l'arrêt de la Cour d'appel du 7 mars 1917, *Ministère public c. Biasini et consorts*, qui est intervenu déjà à la fin du « long XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>29</sup>. Dans cet arrêt de 1917, la Cour d'appel avait énoncé à titre d'*obiter dictum*, sans aucune justification, comme s'il s'agissait d'une évidence, qu'en cas de contradiction, le juge devait faire prévaloir un traité, et surtout en l'espèce le droit dérivé d'un traité, sur la Constitution<sup>30</sup>. Mais il existe même une décision de justice plus ancienne : Marc Besch, secrétaire général du Conseil d'État, a ainsi déniché un arrêt du Conseil d'État du 18 janvier 1872, *Chemin de fer de l'Est c. Directeur général des finances*. Dans cette affaire, où était contestée une décision administrative prise par le ministre prussien des finances dans le cadre du *Zollverein*, le Comité du contentieux du Conseil d'État, sous la présidence de Vendelin Jurion, avait estimé que le ministre prussien avait agi sur le fondement et dans le cadre d'une délégation de pouvoir consacrée par le traité d'adhésion du Luxembourg au *Zollverein* de 1842, auquel une loi luxembourgeoise postérieure (en l'espèce la loi du 16 janvier 1866 sur l'organisation du Conseil d'État) ne pouvait porter atteinte :

« Cette délégation a été stipulée dans les traités internationaux qui constituent un véritable contrat synallagmatique entre les deux pays, auquel une des deux parties ne peut déroger par des actes postérieurs ; (...) la loi de 1866 ne peut donc créer une juridiction supérieure à celle qui a été prévue dans les traités de 1842 »<sup>31</sup>.

En vérité, il faut insérer la célèbre jurisprudence post-1945, ainsi que les deux arrêts pionniers du XIX<sup>e</sup> siècle, dans une histoire encore plus longue, ce qui m'amène à dévoiler un pan totalement méconnu de l'histoire du Luxembourg. En effet, certaines facettes de cette règle de reconnaissance (ou, pour le dire de manière plus exacte :

28 Cass., 8 juin 1950, *Huberty c. Ministère public, Pasirisie lux.*, t. XV, p. 41 ss ; Cass., 14 juillet 1954, *Chambre des métiers et Pagani c. Ministère public, Pasirisie lux.*, t. XVI, p. 150 ss et *Journal des tribunaux* [belge], 1954, p. 694 ss, avec les conclusions de l'avocat général L. DE LA FONTAINE et une note de P. PESCATORE ; Conseil d'État, comité du contentieux, 28 juillet 1951, *Dieudonné c. Administration des contributions, Pasirisie lux.*, t. XV, p. 263 ss.

29 Du point de vue de l'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois, il fait sens d'arrêter le XIX<sup>e</sup> siècle, non pas à la date de 1900, ce qui serait artificiel, mais à la fin de la première guerre mondiale, aux années 1917-19, lorsque furent discutées et adoptées les importantes lois de révision du 15 mai 1919 (*Mémorial*, 1919, n°33). Ces modifications marquèrent une étape cruciale dans la démocratisation du régime hérité du XIX<sup>e</sup> siècle (proclamation de la souveraineté de la nation, introduction du suffrage universel féminin et masculin et de l'institution du référendum, restriction implicite des pouvoirs discrétionnaires du titulaire de l'organe Grand-Duc).

30 Cour d'appel, 7 mars 1917, *Ministère public c. Biasini et consorts, Pasirisie lux.*, t. X (1917-19), p. 287 : « In Erwägung übrigens, dass, wie der Vorderrichter schon richtig hervorgehoben [hat], die Zollgesetzgebung des Grossherzogtums ohnehin, weil sie auf internationalen Verträgen beruht und mithin an dem Charakter derselben teilnimmt, im Falle eines Konfliktes mit der inländischen Gesetzgebung, sogar den Vorrang über letztere hat ; (...) ». Trad. pers : « Considérant par ailleurs, ainsi que le juge de première instance l'avait déjà souligné à juste titre, que de toute manière la législation douanière du Grand-Duché, parce qu'elle est fondée sur des traités internationaux et participe ainsi au caractère de ceux-ci, jouit même de la primauté à l'égard de la législation interne ; (...) ». NB : sous le terme « législation douanière » étaient visées les normes fixées, en vertu des traités constitutifs, par les instances allemandes du *Zollverein* (l'union douanière) ; il s'agissait donc de droit « dérivé » d'un traité. L'expression, à la fin, « législation interne » visait tout le droit national et spécialement la Constitution luxembourgeoise (c'est celle-ci qui, dans le cas d'espèce, avait été invoquée par les requérants, accusés de contrebande, afin d'échapper à des sanctions décidées en vertu du droit dérivé du *Zollverein*).

31 Conseil d'État, 18 janvier 1872, reproduit in *Journal des décisions du Conseil d'État* (publié par Michel Schons), vol. 1 (années 1867 à 1874), Luxembourg, V. Bück, 1874, p. 243. Je remercie Marc Besch d'avoir attiré mon attention sur cet arrêt pionnier.

certaines normes générales de ce phénomène normatif complexe qui en comporte plusieurs) remontent déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, et même à la *première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle* : autour de 1830/31. Avant même que les juges ne soient saisis de la question, ces normes trouvent leur source dans le discours des *acteurs politiques*, dont l'un des enjeux cruciaux était la *monarchie*. Les premières racines de ce phénomène normatif sont donc très anciennes : elles coïncident exactement avec la naissance, en droit interne, de l'État luxembourgeois (1830/31), État à l'origine duquel se trouvaient aussi, et même préalablement, plusieurs traités portant entre autres sur l'aspect monarchique de ce nouvel État. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la thèse du statut supra-constitutionnel des traités (y compris le droit dérivé) émergeait d'abord, et exclusivement, dans le discours des acteurs politiques confrontés à de multiples reprises à des conflits entre, d'un côté, les exigences des traités, ou du droit dérivé de ces traités, et, de l'autre, des articles, déjà promulgués ou simplement projetés, de la Constitution. Ainsi, au Luxembourg, à l'inverse de l'image fréquemment véhiculée dans la littérature scientifique internationale, la problématique de l'articulation entre cette partie du droit international et la Constitution a été, dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, une problématique à la fois réelle, fréquente – bien plus fréquente qu'au XX<sup>e</sup> siècle – et, souvent, virulente<sup>32</sup>. En revanche, le rapport de la Constitution avec d'autres sources du droit international à l'instar de la coutume n'a point donné lieu à des débats dans les milieux politiques de cette époque. De nos jours, ces autres sources semblent<sup>33</sup> bénéficier, par extension, d'un statut taillé d'abord au profit des traités et des normes produites par des instances créées par ces traités. Notons aussi que cette suprématie des traités, au Luxembourg, a été affirmée d'abord, dès 1830/31, à l'encontre de cette norme suprême du droit interne que fut la Constitution, avant que ne s'y ajoutera plus tard le conflit avec de simples lois et règlements. Au Luxembourg, *le conflit traités-Constitution a été, historiquement, le creuset et le fer de lance du débat plus général sur les relations entre droit international et droit interne*. Le premier a ouvert la voie au second.

Le champ d'étude historique ainsi délimité est vaste et reste encore, en grande partie, vierge. Voilà, en effet, un paradoxe : alors même que cette règle de reconnaissance érigeant le droit international au-dessus de la Constitution constitue, sans nul doute, l'un des éléments les plus surprenants et importants de l'ordre juridique luxembourgeois, plusieurs de ses aspects restent encore assez mal cernés en science juridique. Aussi, avant même d'entamer la présente recherche, convient-il d'établir une photographie de l'état, et surtout des limites, de la littérature luxembourgeoise sur ce champ problématique (1<sup>re</sup> partie). Sur le fond, le présent article s'inscrit dans une recherche plus vaste sur l'histoire, complexe et en partie controversée, de ce paradigme moniste au Luxembourg (XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles) ; il entend en donner un premier aperçu, en se

32 Selon A. PETERS, « Supremacy Lost », *op. cit.*, p. 183, 195, les conflits entre droit international et droit constitutionnel ne datent que de la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Cette affirmation est fortement contestable, à coup sûr pour le Luxembourg et les Pays-Bas, voire dans d'autres cas (en France, certains conflits entre les traités et les lois fondamentales du Royaume remontent même à l'Ancien Régime). Quant à l'affirmation énoncée en 1920 par J. VAN EYSINGA, « Le droit de la société des nations et les Constitutions nationales », p. 145, que « *les cas de conflits patents entre la constitution d'un État et son droit conventionnel sont assez rares* », elle doit également être nuancée, au moins par rapport au Luxembourg.

33 Je dis « semble », car, en jurisprudence, le rang de la coutume par rapport au droit interne (Constitution, lois) n'a plus été abordé depuis les années 1950. V. P. KINSCH, « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 34, 2010, p. 409 s. En doctrine, le Conseil d'État étend la primauté à toutes les normes du droit international. V. *infra*, note 44.

focalisant sur un facteur qui, à mon avis, a joué un rôle décisif au XIX<sup>e</sup> siècle, mais qui, curieusement, est totalement oublié de nos jours : il s'agit de l'enjeu, ou plutôt : des enjeux (car il y en a eu plusieurs) de la monarchie (2<sup>e</sup> partie). Ce faisant, je serai amené à lier deux thèmes chers à Rusen Ergeç, que j'ai eu l'honneur et le plaisir d'avoir comme collègue à l'Université du Luxembourg : d'une part, le droit international (et sa primauté) et, d'autre part, la monarchie<sup>34</sup>. De prime abord, nul ne penserait à lier ces deux thèmes en ce qui concerne la question du monisme. Pourtant, ce lien, central, est bien donné dans le cas du Luxembourg.

## I. – UN TRAIT SAILLANT DE L'ORDRE JURIDIQUE LUXEMBOURGEOIS PARADOXALEMENT SOUS-ÉCLAIRÉ

5. Les incertitudes relatives à ce paradigme portent à la fois, in crescendo, sur son existence (A), sur sa source formelle (B) et sur son histoire (C).

### A. – L'existence de cette règle de reconnaissance : silences et incohérences de la littérature luxembourgeoise, ancienne et actuelle

6. Premier constat : sur le thème fondamental de la primauté des traités, voire du droit international en général, la doctrine luxembourgeoise, ancienne et actuelle, est relativement pauvre. Pour l'essentiel, il faut se reporter aux écrits de Pierre Pescatore (1919-2010), de Patrick Kinsch et du Conseil d'État<sup>35</sup>. Remarquables à plus d'un titre, ces écrits pionniers sont toutefois incomplets sur divers points. Pour le reste de la doctrine, l'on note tantôt des silences, tantôt des analyses sommaires qui, de surcroît, se contredisent parfois.

7. Le silence s'observe d'abord dans le premier manuel de droit public luxembourgeois, à savoir le *Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg* publié en 1890 et en 1910 par

34 L'intérêt du dédicataire des présents Mélanges pour le droit international des droits de l'homme est bien connu. Mais il s'est aussi penché sur le thème de la suprématie des traités par rapport à la Constitution. En droit belge, v. R. ERGEÇ, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », note sous CE, 5 novembre 1996, *Journal des tribunaux*, 1997, p. 255. En droit luxembourgeois, il a été l'un des rares auteurs, sinon l'unique, à critiquer le fait que nombre de juridictions luxembourgeoises conditionnent la primauté des traités au critère de l'applicabilité directe. V. R. ERGEÇ, *Le contentieux administratif luxembourgeois*, Luxembourg, Pasicrisie, 2015, mis à jour par F. DELAPORTE, n°279. Pour ce qui est de son intérêt pour l'étude de la monarchie (en Belgique), v. ses deux articles marquants : R. ERGEÇ, « L'institution monarchique à l'épreuve de la crise », *Journal des tribunaux*, 1990, p. 265 ss ; R. ERGEÇ, M. UYTENDAELE, « La monarchie en Belgique : reflet du passé ou nécessité nationale ? », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, t. 1, p. 597 ss.

35 L'étude systématique la plus fouillée à l'heure actuelle est celle de P. KINSCH, « Le rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasicrisie luxembourgeoise*, vol. 34, 2010, p. 399-415 ; traduit en anglais dans D. SHELTON (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, op. cit., p. 385 ss. Patrick Kinsch assure, avec Georges Friden, un suivi de la pratique du Luxembourg en matière de droit international public dans les *Annales de droit luxembourgeois*. De P. PESCATORE, lire not. *Conclusion et effet des traités internationaux selon le droit constitutionnel, les usages et la jurisprudence du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1964 (réimpr. Bruylant, Bruxelles, 2009) et l'important article historique : « La souveraineté nationale et les traités internationaux au fil de l'histoire luxembourgeoise (1815-1956) », *Hémécht*, 1967, n°2, p. 129 ss. À propos de Pescatore, voir aussi *infra* les notes 43 et 55 ainsi que le n°12. Pour ce qui est du CONSEIL D'ÉTAT, voir, outre ses avis et jugements (qui restent à analyser de manière systématique sur ce point), la référence doctrinale citée *infra* note 44.

le ministre d'État Paul Eyschen (1841-1915)<sup>36</sup>. Cet ouvrage aurait pu être une clé pour cerner l'univers intellectuel des acteurs luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle. Or, bien qu'écrit par un homme politique situé au cœur des événements, ce célèbre manuel évoque assez peu les pratiques et discours politiques. Il y est question, à de multiples reprises, du rôle important et même existentiel qu'ont joué les traités internationaux dans la vie du petit et fragile État luxembourgeois. Il arrivait aussi à Eyschen d'évoquer, sous les qualificatifs d'une « *erreur* » de la part du pouvoir de révision ou d'une « *contradiction* », les incompatibilités entre, d'une part, la Constitution luxembourgeoise et, d'autre part, le Pacte de Nassau de 1783, le droit de la Confédération germanique et/ou le traité de Vienne de 1815<sup>37</sup>. Toutefois, à aucun moment, il n'a abordé la question du rang des traités. Sa position reste évasive, un reproche qui a été souvent fait à l'homme politique Eyschen, soucieux de ménager les susceptibilités à la fois de la gauche et de la droite. Dans son ouvrage, comme d'ailleurs dans ses discours politiques, le lecteur cherchera en vain le mot même de « hiérarchie », « suprématie », « supériorité », ou quelque synonyme<sup>38</sup>. Est-ce à dire que le XIX<sup>e</sup> siècle ne connaissait ni ces mots, ni cette manière de conceptualiser la problématique ? Voilà une conclusion que d'aucuns, de nos jours, seraient peut-être tentés de tirer rétrospectivement, d'autant que les divers historiques des Constitutions luxembourgeoises<sup>39</sup> ou du statut international<sup>40</sup> du Grand-Duché de Luxembourg sont silencieux sur ce point. Pourtant, ce serait une erreur : dès le XIX<sup>e</sup> siècle, des acteurs politiques en vue, autres que Eyschen, ont pensé et formulé cette hiérarchie, et ce parfois avec une grande concision et lucidité. Or la richesse de cette pensée n'est pas du tout reflétée dans la littérature, ni ancienne ni actuelle.

Autre silence : celui du deuxième manuel de droit public luxembourgeois, écrit par le haut fonctionnaire Robert Frautenberg<sup>41</sup>. À vrai dire, l'opuscule, à peine connu de nos jours, est si succinct que les lacunes sont légion. Toute ambition intellectuelle et scientifique lui fait défaut ; c'est davantage une sorte de catéchisme politique pour fonctionnaires loyaux, avec certains accents monarchistes datant encore du XIX<sup>e</sup> siècle. Un peu plus étonnant : le silence du troisième manuel, le célèbre « Majerus », qui, pendant longtemps, a servi de « bible » à tous les juristes et hommes politiques luxembourgeois en matière de droit public. De la première édition en 1948 jusqu'à sa dernière en 1990, l'ouvrage a réussi le tour de force de ne pas évoquer une seule fois cette problématique, même simplement sous l'angle de la supériorité des traités sur

36 P. EYSCHEN, *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Mohr, Freiburg, 1890, 251 p. ; Id., *Das Staatsrecht des Grossherzogthums Luxemburg*, Mohr, Tübingen, 1910, 231 p.

37 *Staatsrecht*, 1890, p. 72, 73, 79 ; *Staatsrecht*, 1910, p. 44.

38 V. par ex. *Staatsrecht*, 1890, p. 79 et *Staatsrecht*, 1910, p. 45, où il parle simplement de « *l'influence (Einfluss)* » du Pacte de 1783 et du traité de Vienne de 1815.

39 V. L. HOMMEL, *Les étapes constitutionnelles du Grand-Duché de Luxembourg*, Bruxelles, Edition universelle, 1935 ; P. WEBER, « Les Constitutions du 19<sup>e</sup> siècle », in *Livre jubilaire du Conseil d'État 1856-1956*, Luxembourg, 1957, p. 303 ss ; les articles cités *infra* note 125 d'A. WEHRER et de J. GOEDERT ; G. RAVARANI, « La Constitution luxembourgeoise au fil du temps », *Annales du droit luxembourgeois*, 2007/2008, p. 59 ss. Le thème est tout au plus évoqué, furtivement, à propos du coup d'État de 1856.

40 P. MAJERUS, *Le Luxembourg indépendant. Essai d'histoire politique contemporaine et de droit international public*, Luxembourg, Beffort, 1946 ; A. WEHRER, *Le statut international du Grand-Duché de Luxembourg*, tiré à part de la Revue franco-belge, mai 1937. Une exception : l'article précité de Pescatore sur la souveraineté qui comporte une série d'indices et de pistes.

41 R. FRAUENBERG, *Notions élémentaires sur le droit public et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 2<sup>e</sup> éd., Luxembourg, Schroell, 1914, 136 p. ; 3<sup>e</sup> éd., revue par Jules KALBFLEISCH, Luxembourg, Schroell, 1922, 143 p. ; 4<sup>e</sup> éd., revue par Jules BRUCHER, Luxembourg, Schroell, 1937, 132 p.

les lois et règlements<sup>42</sup>. Pourtant, depuis les années 1950, il existait la jurisprudence *Huberty, Pagani, Dieudonné*... Somme toute, cela ne fait que confirmer le caractère « synthétique », superficiel, de l'ouvrage. Même Pierre Pescatore, dans son *Introduction à la science du droit* – manuel d'une tout autre ambition intellectuelle, et qui était censé servir aussi d'introduction au droit luxembourgeois –, évoquait certes la jurisprudence des années 1950, mais il se gardait d'avancer sur le terrain précis, et trop délicat, de la suprématie des traités, voire du droit international en général, sur la Constitution : « *Nous ne pouvons pas – écrivait-il – traiter ici la question, extrêmement délicate, du conflit de la Constitution avec le droit international ; ce problème est d'ailleurs beaucoup plus politique que juridique* »<sup>43</sup>. Voilà une phrase qui laisse songeur.

Dans l'ouvrage *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, rédigé en 2006 par des membres du Conseil d'État<sup>44</sup>, l'on trouve une analyse plus substantielle de la problématique ainsi qu'une affirmation nette de la supériorité du droit international en général (y compris de la coutume, des principes généraux, etc.) sur tout le droit interne, en particulier sur la Constitution. Cette primauté serait inhérente à l'idée même du droit international<sup>45</sup> et serait admise en droit luxembourgeois<sup>46</sup>. Le manuel publié en 2009 par le conseiller d'État Paul Schmit, avec l'aide d'Emmanuel Servais, a le mérite d'être le premier manuel à mettre en avant la primauté du « droit international » sur la Constitution et à formuler à propos de la question délicate de la source formelle de cette suprématie, une thèse forte, quoique non étayée<sup>47</sup>. L'analyse reste, en effet, assez superficielle. La primauté des traités à l'égard de la Constitution est également affirmée, de manière nette, par Patrick Kinsch en 2010 au vu de plusieurs indices : l'article 95<sup>ter</sup> Const., l'arrêt de la Cour d'appel du 7 mars 1917 *Ministère public c. Biasini et consorts*, l'arrêt plus récent de la Cour d'appel du 13 novembre 2001 et diverses affirmations de cette primauté par le Conseil d'État, le parquet et la doctrine. Selon lui, « *à tort ou à raison* », cette norme « *semble faire l'objet d'un consensus au Luxembourg* »<sup>48</sup>.

Dans le manuel récent de Marc Feyereisen et Brigitte Louise Pochon – manuel qui a reçu un accueil très mitigé eu égard à ses lacunes, déséquilibres et approximations<sup>49</sup> –, le lecteur a d'abord du mal à trouver la très succincte évocation de la présente problématique<sup>50</sup>. À certains égards, le propos est très classique : se référant à la jurisprudence luxembourgeoise des années 1950, confirmée par la jurisprudence ultérieure des deux ordres de juridiction, les deux auteurs affirment la supériorité des « traités » (les autres sources du droit international sont ignorées) par rapport à la « loi », i.e. les lois ordi-

42 P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois. Manuel de droit constitutionnel et administratif luxembourgeois*, 1<sup>re</sup> éd., Luxembourg, Beffort, 1948, 287 p. ; P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois. Manuel de droit constitutionnel et administratif*, 6<sup>e</sup> éd., revue par Marcel MAJERUS, Esch-sur-Alzette, Editpress, 1990, 435 p.

43 P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, réimpression de l'édition de 1960 avec une mise à jour de 1978, Luxembourg, Centre universitaire de l'État, 1978, p. 184.

44 CONSEIL D'ÉTAT, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, Publications du Conseil d'État, 2006, voir p. 544 ss (« *La hiérarchie des normes de droit international, communautaire et national* »).

45 *Ibid.*, p. 546 : « *Ontologiquement, le droit international doit donc l'emporter sur toute règle de droit étatique, fût-elle de nature constitutionnelle* ».

46 *Ibid.*, p. 567 ss (primauté du droit international sur les normes infra-constitutionnelles) et p. 569 ss (la primauté sur les normes de la Constitution y est admise, au vu, semble-t-il, de l'argument ontologique évoqué p. 546).

47 P. SCHMIT, E. SERVAIS, *Précis de droit constitutionnel*, Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 2009, p. 86-88 (« *La primauté du droit international sur la Constitution* »).

48 P. KINSCH, *op. cit.*, p. 415.

49 V. par ex. le compte-rendu de P. SCHMIT, *Journal des tribunaux. Luxembourg*, 2015, p. 126 ss.

50 M. FEYEREISEN, B.L. POCHON, *L'État du Grand-Duché de Luxembourg*, Promoculture-Larcier, 2015, p. 65.

naires et les normes infra-législatives. En revanche, ils n'étendent pas cette supériorité à la Constitution. En ce qui concerne le rapport entre traités et Constitution, ils énoncent d'emblée, sans autre justification – ils ne citent ni un article de la Constitution, ni aucune autre source –, un « *principe de non-contrariété* » : « *Un traité ne peut être contraire à la Constitution* ». Concrètement, selon eux, cela voudrait dire qu'en droit luxembourgeois actuel : 1. un traité contraire à la Constitution ne doit être ratifié tant que la Constitution n'a pas été modifiée ; 2. un traité ratifié, qui, en dépit de la règle précédente, comporte une clause contraire à la Constitution, ne doit pas être appliqué par les instances (législatives, exécutives et judiciaires) luxembourgeoises<sup>51</sup>. Ce propos va totalement à contre-courant du *mainstream*. L'existence de la première règle est niée par les acteurs politiques, suite au très discuté précédent de la ratification du traité de Maastricht. À travers leur deuxième règle, M. Feyereisen et B. L. Pochon réfutent la primauté des traités sur la Constitution, alors que tout le reste de la doctrine actuelle l'admet pour le droit luxembourgeois.

8. Il est vrai qu'en 2000, dans une affaire de diffamation opposant un journaliste à un député (affaire *R. Roemen c. M. Wolter*), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait rejeté le recours du journaliste au motif qu'il devait faire prévaloir la Constitution (en l'espèce les art. 82 et 118) sur la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6). Selon les juges de première instance, l'existence de la procédure de révision (art. 114 Const.) valait, implicitement, reconnaissance de la prééminence de la Constitution non seulement sur les lois, mais aussi sur les traités<sup>52</sup>. Or la Cour d'appel, si elle confirmait cette décision de rejet, lui substituait une autre motivation en droit. Elle affirma dans son arrêt du 13 novembre 2001 :

« *Étant donné que, une fois le traité approuvé et ratifié conformément aux procédures constitutionnelles et aux règles de droit international, l'État est engagé sur le plan international et ne peut pas en application de la Convention de Vienne sur le droit des traités invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution d'un traité, la norme de droit international conventionnel d'effet direct doit prévaloir sur la norme de droit interne, peu importe sa nature législative ou constitutionnelle* »<sup>53</sup>.

Saisie à son tour de cette affaire, l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice, dans son arrêt n°337/02 du 5 décembre 2002, estima également qu'en principe :

« *Les dispositions des articles 82 et 116 de la Constitution ne peuvent être appliquées que si et dans la mesure où elles sont compatibles avec les normes consacrées par les conventions de droit international relatives aux droits de l'homme régulièrement incorporées dans le droit interne et ayant des effets directs dans l'ordre juridique national* »<sup>54</sup>.

51 *Ibid.* : « *C'est la Constitution qui devra être révisée (...), sinon le traité ne pourra pas être approuvé et être mis en application dans le pays* » (c'est moi qui souligne).

52 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 10 juillet 2000, *Annales du droit lux.*, vol. 11, 2001, p. 492 : « *La Constitution forme le fondement inviolable de toute la vie juridique et politique de la nation ; elle a pour effet de lier le législateur lui-même et elle est suprême dans la hiérarchie des normes juridiques. (...) Le Tribunal considère qu'aucun texte de loi ne saurait déroger, même implicitement, à la loi fondamentale et suprême que constitue la Constitution. En effet, le Tribunal ne saurait faire sienne l'idée selon laquelle un traité international – qui produit ses effets dans l'ordre juridique interne de l'État au moyen d'une loi, dont la procédure d'adoption est nettement plus souple que celle régissant la Constitution – primerait cette dernière en cas de contradiction entre les deux textes* ».

53 Cour d'appel, 13 novembre 2001, *Annales du droit lux.*, vol. 12, 2002, p. 457.

54 *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13, 2003, p. 686.

En l'espèce, l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice estima toutefois, à l'instar de la Cour d'appel, qu'il n'y avait pas de contradiction. Elle appliquait par conséquent les articles concernés de la Constitution. Dès lors, pour autant qu'un observateur externe puisse en juger – seule une petite partie des décisions de justice luxembourgeoises sont publiées, selon des critères parfois critiquables –, il ne semble pas exister, pour les XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles, de cas où les juges auraient effectivement écarté un article de la Constitution. Bref, à l'inverse du XIX<sup>e</sup> siècle, ce n'est pas une question brûlante.

## B. – Les incertitudes actuelles relatives à la source formelle de cette suprématie : une normativité *sui generis*

9. De nos jours, abstraction faite du petit doute quant à la situation du droit international non écrit, la grande majorité des acteurs et auteurs luxembourgeois sont d'accord sur l'existence, en droit positif luxembourgeois, de la suprématie des normes internationales à effet direct sur l'intégralité du droit interne. Ils conçoivent cette suprématie comme : 1. une norme *unique* ; 2. une norme *juridique* ; 3. une norme juridique *générale*. Ils restent, toutefois, souvent muets ou ambigus sur la source formelle dont est censée procéder cette norme.

10. Le discours dominant laisse sous-entendre qu'il s'agit d'une norme jurisprudentielle. Pour établir l'existence de cette primauté, les acteurs politiques, les juridictions et la doctrine se réfèrent très souvent à une série, bien connue et établie, de décisions de justice qui, à partir de 1950 – les affaires *Huberty* et *Pagani* du côté de la Cour de cassation, l'affaire *Dieudonné* du côté du Conseil d'État, etc. –, ont refusé d'appliquer telles lois luxembourgeoises, antérieures ou postérieures, au motif de leur incompatibilité avec des traités internationaux (en particulier des traités européens). Selon le considérant crucial de l'arrêt *Pagani*, les traités seraient, par « *essence* », supérieurs, « *ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne* ». Si cette jurisprudence initiale, confirmée par la suite, ne visait, concrètement, que le droit interne infra-constitutionnel, la supériorité des traités à l'égard de la Constitution sera, à son tour, affirmée dans le sillage de ces décisions, comme s'il ne s'agissait que du prolongement logique de la jurisprudence des années 1950. Il n'y avait pas besoin, en ce qui concerne la Constitution, de re-problématiser ou de problématiser autrement la question (v. les arrêts, en 2001 et 2002, de la Cour d'appel et de l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice dans l'affaire *Roemen c. Wolter*). Ainsi, depuis les années 1950, les juges se sont souvent contentés de motiver leurs jugements en reprenant le considérant principal de l'arrêt *Pagani* et en faisant un renvoi à ces décisions initiales ou à quelque décision ultérieure, similaire, quitte à y ajouter, comme dans l'arrêt de 2001, une référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités. Cela laisse sous-entendre que le fondement de la suprématie des traités réside en une norme juridique générale posée par les juridictions suprêmes au sein de chaque ordre de juridiction. Or, une telle thèse qui – je le précise – n'est jamais affirmée de manière explicite et directe, mais qui, eu égard à certaines suggestions, peut émerger assez facilement dans l'esprit du lecteur<sup>55</sup>, soulève deux interrogations.

55 Lire, par ex., le titre de l'étude de P. PESCATORE, « L'autorité, en droit interne, des traités internationaux selon la jurisprudence luxembourgeoise », *Pasicrisie lux.*, t. XVIII (1960-62), p. 99 ss, ainsi que le propos introductif. Selon Pescatore, qui a présenté cette conférence en 1962 à l'Académie internationale de droit comparé, le cas du Luxembourg était intéressant en ce qu'il montrait une « *inspiration franchement internationaliste* » de la part des juges

Première question : est-il imaginable que, sur une question aussi fondamentale et délicate, qui engage à tel point le destin juridique du Luxembourg, les juges aient pu dégager seuls, à partir de zéro, la réponse de surcroît si originale du droit luxembourgeois ? Avaient-ils le *courage* et la *légitimité* pour ce faire ? Les juges luxembourgeois, surtout en droit privé, sont peu réputés pour leur audace en matière de jurisprudence. Souvent, ils reprennent à leur compte des constructions jurisprudentielles d'abord élaborées et expérimentées par les juridictions françaises ou belges. Or sur le présent terrain, ils n'ont pu se raccrocher à, ou s'abriter derrière, l'autorité et le prestige de la jurisprudence de ces deux pays voisins, puisque, pour une fois, le Luxembourg a été pionnier. Dans son célèbre ouvrage *The Concept of Law*, Hart suggérait, au moins dans un premier temps, que la *rule of recognition* – celle qui fournit une première définition de ce qui, dans tel système, fait partie du « droit », et ce qui n'en fait pas partie – était l'œuvre d'une interaction entre les divers acteurs du système juridique<sup>56</sup>. Dans le cas luxembourgeois, la thèse de Hart se vérifie effectivement. Une vue plus complète de l'histoire luxembourgeoise montre que, sur ce point crucial, les juges luxembourgeois n'ont pas fait œuvre prétorienne novatrice : leur jurisprudence reflète, en vérité, un consensus politique plus ancien qui a émergé dès le XIX<sup>e</sup> siècle.

Deuxième interrogation : les juges avaient-ils la *compétence* de produire la réponse du droit luxembourgeois sous forme d'une norme *générale* ? Selon la théorie des sources du droit usuellement prônée au Luxembourg, la jurisprudence n'est pas une source de normes juridiques générales (v. le principe de la séparation des pouvoirs et l'art. 5 Code civil<sup>57</sup>). Les jugements constituent seulement des normes juridiques *individuelles*. Dès lors, à moins d'introduire dans ce débat une autre source de droit, qui, elle, serait source de normes générales, il est impossible d'arguer qu'il existe actuellement au Luxembourg une norme *juridique générale* de suprématie du droit international ; il y aurait, tout au plus, un *usage social* des juridictions et acteurs politiques à retenir, dans les divers cas d'espèce, et dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire, une politique d'ouverture maximale à l'égard des traités internationaux, usage que, toutefois, en l'absence d'une norme générale les liant, ces mêmes acteurs pourraient infléchir ou abandonner à tout moment. Le phénomène normatif désigné sous l'expression « suprématie des traités » renverrait alors simplement à une série de normes juridiques individuelles.

**11.** Existe-t-il une autre source de droit ? La jurisprudence constante des juridictions ferait-elle application d'une norme générale de nature coutumière, i.e. d'une coutume de rang constitutionnel ? Il est certain que l'analyse du passé fournit une série d'affirmations concordantes sur l'existence de cette règle de reconnaissance. Se-

---

luxembourgeois et que « les juridictions du Grand-Duché [avaient] réalisé cette prééminence par voie jurisprudentielle, en dehors de tout texte constitutionnel ou légal (...) » (p. 99). Que veulent dire ici les termes « réalisé » et « voie jurisprudentielle » ? Les juges ont-ils dégagé/créé une norme juridique générale ? Cela n'est jamais affirmé tel quel, mais il n'est jamais précisé non plus que les juges se seraient contentés de poser des normes individuelles. Même ambiguïté dans la note de Pescatore sous l'arrêt Pagani, *Journal des tribunaux*, 1954, p. 698 : « Statuant sur un problème qui appartient à cette frange du droit où il est difficile de discerner ce qui est encore politique et ce qui est déjà du droit solidifié, la Cour supérieure de justice a honoré sa mission qui est non seulement de dire le droit existant, mais d'orienter le droit en formation. Sans dépasser les bornes de sa compétence constitutionnelle, elle a posé un précédent du meilleur aloi ».

56 H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2e éd., Oxford, Clarendon, 1994, p. 110 : « The rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria ».

57 Art. 5 Code civil luxembourgeois : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».



rait-ce une coutume, remontant au XIX<sup>e</sup> siècle ? À l'encontre d'une telle thèse, qui – précisons-le – n'a jamais été avancée jusqu'ici, il convient de noter que le statut de la coutume en tant que source de normes de rang constitutionnel est très discuté et discuté au Luxembourg<sup>58</sup>. Serait-ce alors un « principe général du droit », source en partie nébuleuse, mi écrite mi non-écrite, qui, selon les juges, selon la loi sur le Conseil d'État et selon la doctrine, constitue une source officielle du droit positif luxembourgeois ? Si l'on retient la définition de la source « principes généraux du droit » donnée par la Cour de cassation<sup>59</sup>, ce n'est pas le cas en l'espèce<sup>60</sup>.

12. Cette règle constituerait-elle une norme générale qui serait *implicite* au texte de la Constitution de 1868 ? À ce sujet, il convient d'abord de noter que, à l'inverse de la Constitution de 1856, et de l'arrêté royal du 31 décembre 1830 (première Constitution historique de l'État luxembourgeois), le texte de la Constitution de 1868, depuis sa version originelle de 1868 jusqu'à la version actuelle<sup>61</sup>, n'a jamais comporté de déclaration explicite de la suprématie des traités internationaux. Pour ce qui est d'une éventuelle consécration implicite, remarquons que, pour l'instant, personne n'a mobilisé l'article 49*bis* de la Constitution, introduit lors de la révision de 1956. Pourtant, à première vue, cet article pourrait s'y prêter, car, peut-on, sérieusement, participer à un « club » (une organisation internationale à laquelle on a délégué des pouvoirs, y compris une partie du pouvoir législatif), sans en respecter les règles ? Or le contexte historique de cette réforme n'est pas vraiment favorable à une telle lecture. À l'époque, le gouvernement avait soumis un projet de révision de la Constitution bien plus ambitieux et systématique que la réforme finalement adoptée en 1956. Le projet gouvernemental, probablement rédigé par Pierre Pescatore, alors haut fonctionnaire au ministère des Affaires étrangères, visait entre autres à consacrer, de manière explicite, une certaine forme de suprématie des traités sur les lois et même sur la Constitution. Visiblement inspiré du modèle néerlandais, datant de 1953, ce projet comportait en particulier deux articles relatifs à notre problématique :

Art. 40 (projet) : « *Lorsqu'un traité déroge aux dispositions de la Constitution, l'assentiment ne pourra être donné par la Chambre qu'aux deux tiers des suffrages. Dans ce cas, la Chambre ne pourra délibérer si trois quarts au moins des membres qui la composent ne sont présents* ».

Art. 42 (projet) : « *Les règles de droit international font partie de l'ordre juridique national. Elles prévalent sur les lois et toutes autres dispositions nationales* ».

Or, de manière surprenante, en dépit de l'ambiance internationaliste, la Chambre des députés et le Conseil d'État rejetèrent ces deux dispositions et ne gardèrent, de

58 Une analyse détaillée de cette question aboutit plutôt à une réponse négative : L. HEUSCHLING, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la coutume », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 2014, n°2, p. 519-547. L'article est disponible également sur le site internet de la revue *Jus politicum*, n°13, décembre 2014. <http://www.juspoliticum.com>. Voir 2<sup>e</sup> partie, B.

59 Cass. (civile), 23 septembre 2010, *Pasicrisie lux.*, t. 35, 2011, p. 228 ss. Il faut, pour qu'il y ait principe général, que la même solution soit retenue dans diverses hypothèses particulières « *par la loi* » (i.e. par des normes écrites). De ces consécérations répétées, le juge induit l'existence d'un principe général, applicable dans des hypothèses non visées « *par la loi* ».

60 Il manque, en l'état actuel, toute consécration écrite, même partielle.

61 Par rapport au texte actuel, P. KINSCH, *op. cit.*, p. 400 : « *Aucune disposition de la Constitution ne vise le statut du droit international public général dans l'ordre juridique luxembourgeois, ni ne précise la hiérarchie entre normes (écrites ou non écrites) du droit international et normes du droit national* ». Par rapport à la version originelle, v. *infra*, n°43.

l'initial projet, que l'actuel article 49bis<sup>62</sup>. Il serait donc délicat d'affirmer la consécration implicite de la suprématie (qui, du reste, ne pourrait jouer qu'au sein d'un processus d'intégration) via l'article 49bis de la Constitution, alors que, lors de la révision de 1956, la Chambre des députés s'est opposée à consacrer *expressis verbis* cette suprématie dans le texte de la Constitution.

La thèse d'une consécration implicite dans la Constitution a été affirmée par Paul Schmit et Emmanuel Servais à propos du nouvel article 95ter de la Constitution.<sup>63</sup> Selon cette disposition introduite en 1996, la Cour constitutionnelle, créée lors de cette révision, est habilitée à statuer *a posteriori* sur la constitutionnalité des lois, à l'exception des lois autorisant la ratification d'un traité. Cette exclusion vaut-elle, implicitement, reconnaissance de la suprématie des traités, voire, par extension, de tout le droit international ? Une telle thèse mériterait à tout le moins une analyse plus approfondie que celle fournie par P. Schmit et E. Servais. Ils se contentent d'affirmer cette thèse, sans la démontrer. Leur thèse, assez ténue, n'est guère reprise, ni discutée par le reste de la doctrine<sup>64</sup>. Il est en effet loisible de voir simplement dans l'article 95ter de la Constitution une règle de compétence et non une règle d'hierarchie ; les auteurs de l'article 95ter se sont, certes, laissés guider par le principe de la suprématie des traités, mais ce principe était déjà censé exister ailleurs, en dehors de l'article 95ter.

13. Enfin, il reste une dernière piste qui est celle d'une norme de droit international, en l'espèce, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (art. 26 et 27). Si, de prime abord, l'on part du paradigme moniste, ce traité, une fois ratifié par le Luxembourg (ce qui fut fait seulement en 2003<sup>65</sup>), fait partie du droit luxembourgeois *lato sensu*. Il s'agit de normes juridiques luxembourgeoises, de surcroît à caractère général. Mais cela présuppose que le traité inclut, en tant que contenu, l'exigence que *tout* ordre juridique national (et pas seulement l'ordre juridique national luxembourgeois) reconnaisse la supériorité des traités sur la Constitution. Est-ce le cas ? On peut en douter. En général, la doctrine de droit international affirme que le droit international n'exige, de la part des États, ni l'option du monisme, ni, *a fortiori*, l'option du monisme avec primauté du droit international. La suprématie des traités sur la Constitution (luxembourgeoise) ne peut donc, au mieux, être le fruit que d'une certaine *interprétation*, par les autorités du Luxembourg, de la Convention de Vienne. Or, une « interprétation », émise de manière répétée par des organes de l'État luxembourgeois dans une série de dossiers individuels, peut-elle accéder de ce fait à la qualité de norme juridique *générale* ? La réponse est, comme l'on sait, négative pour ce qui est des juges (art. 5 Code civil, principe de séparation des pouvoirs). Quant aux organes politiques, ils ne

62 Pour le texte intégral du projet, v. *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1955-56, vol. 2, Annexes, p. CLXXIV ss. Voir aussi, en amont, la note (probablement aussi de la plume de Pescatore) déposée le 1<sup>er</sup> mars 1954 par le ministère des Affaires étrangères afin de préparer l'adoption d'une déclaration de révisibilité de la Constitution : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session 1953-54, Annexes, p. 798 ss. À noter que, dans un article rétrospectif, « La Constitution dans le cadre international », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves*, n°72, 1989, p. 46, P. PESCATORE ne regrettait guère que la proposition d'inscrire la primauté des traités dans le texte de la Constitution n'ait pas été retenue par la Chambre des députés : selon lui, l'état de la Constitution, après la révision de 1956, était « optimal ».

63 P. SCHMIT, E. SERVAIS, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 86.

64 V., par ex., le silence sur ce point dans *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, op. cit., p. 324 ss, sub art. 95ter. Voir aussi la mise à jour de 2007 de cet ouvrage, p. 49 ss. Dans son article, P. KINSCH ne reprend ni ne discute non plus la thèse de la consécration implicite.

65 *Mémorial A*, 2003, p. 886.

sont pas davantage liés par une interprétation antérieure d'un texte juridique (Constitution, loi, règlement, traité, etc.).

14. Nous pouvons donc dire, avec certitude, qu'au Luxembourg, le phénomène normatif de la « suprématie des traités/du droit international sur la Constitution/sur le droit interne » renvoie, au minimum, à une série de normes juridiques individuelles. Celles-ci s'inspirent d'une certaine construction théorique, mais ce modèle, en soi, n'est pas pour l'instant inclus dans aucune des sources de normes juridiques générales admises usuellement au Luxembourg. La seule hypothèse qui reste à creuser, serait de dire qu'il s'agit d'une norme *générale sui generis* : elle serait la première règle de reconnaissance du système juridique luxembourgeois, indiquant ce qui, au Luxembourg, est « droit » et ce qui n'est pas « droit ». Mais, puisque cette règle permet de définir le droit, elle ne peut pas, logiquement, elle-même faire partie de l'objet « droit ». Elle serait, certes, générale, mais non juridique, ou « pré-juridique ». Sur ce point, concluons que l'identité actuelle du phénomène normatif appelé « suprématie des traités / du droit international » au Luxembourg reste dans une relative pénombre et qu'il s'agit, fort probablement, d'une norme générale *sui generis*. Un tel flou entourant la première règle de reconnaissance peut, de prime abord, surprendre ; mais de telles incertitudes avaient déjà été notées par Hart<sup>66</sup> et se rencontrent également dans d'autres systèmes juridiques<sup>67</sup>.

### C. – Un trait identitaire à la généalogie en partie obscure : pour un nouveau programme de recherche

15. Le même constat de semi-obscurité s'impose également pour ce qui est de l'histoire de cette règle de reconnaissance. L'histoire de ce paradigme au Luxembourg n'a, pour l'instant, fait l'objet d'aucune exploration systématique. En même temps, il y a bien, d'ores et déjà, des discours d'ordre historique à ce sujet. On peut en identifier deux qui doivent être corrigés ou complétés.

16. Un premier discours – le plus fréquent et le plus discuté d'un point de vue historiographique – est celui qui situe les origines de cette *rule of recognition* au début des années 1950, à travers la série de décisions de justice citées. Or, ce faisant, est occultée toute une préhistoire, à la fois judiciaire (l'arrêt de la Cour d'appel de 1917, celui de 1872 du Conseil d'État, etc.) et, surtout, politique. L'histoire de ce paradigme est donc plus complexe et plus ancienne. C'est du reste ce qu'avait déjà montré, de manière incidente, Pescatore dans son article précurseur « La souveraineté nationale et les

66 H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 109 : « *There are certainly situations in which questions as to the precise content and scope of this kind of rule [rule of recognition], and even as to its existence, may not admit of a clear or determinate answer* ». Voir aussi les exemples analysés *ibid.*, p. 117 ss.

67 Au sein de l'Union européenne, il est bien connu que la règle de reconnaissance de cet ensemble complexe formé par l'UE et les États membres n'est pas absolument consensuelle : si tous les acteurs ont adopté une logique moniste (y compris les États membres traditionnellement en faveur du dualisme : Royaume-Uni, Allemagne, Italie, etc.), ils ne sont pas d'accord sur la variante du monisme. Les uns affirment la primauté du droit de l'UE (Cour de justice de l'UE, certains États membres à l'instar des pays du Benelux), les autres la primauté de certaines normes de la Constitution nationale (Allemagne, Espagne, République tchèque, Italie, etc.). Autre exemple : au Royaume-Uni, il est généralement admis que le *King in Parliament* est souverain. Or quelle est la source formelle de cette règle ? S'agit-il : a) d'une règle jurisprudentielle, établie par les juges et modifiable à la fois par eux et par le parlement ; b) d'une règle consacrée, implicitement, dans une loi parlementaire que seul le parlement pourrait modifier ; c) d'une norme *sui generis*, issue d'une révolution ? Sur ce débat, v. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, p. 206 note 205, p. 270 note 49.

traités internationaux au fil de l'histoire luxembourgeoise (1815-1956) ». L'objet central de cet article, rédigé dans le contexte de la révision de 1956, n'était pas la question du rang hiérarchique des traités, mais celle de l'existence récurrente, dans la tradition étatique luxembourgeoise, de transferts de parts de souveraineté à des organisations internationales dans lesquelles, en principe, le Luxembourg avait voix au chapitre (la Confédération germanique), voire même de transferts de pouvoirs à un État étranger, dans lequel, par définition, le Luxembourg n'avait ni droit de vote ni droit de veto (Prusse/Empire allemand, dans le contexte douanier et ferroviaire). En même temps, cette riche étude comportait divers indices ouvrant de nouvelles perspectives quant à la problématique qui est la nôtre. Elle véhiculait un discours bien plus sophistiqué sur l'histoire de la suprématie des traités au Luxembourg et le rôle matriciel du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour Pescatore, il était clair que la jurisprudence des années 1950, précédée par l'arrêt de 1917, s'inscrivait dans le sillage d'une certaine définition de la souveraineté qui, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, était hostile à l'idée d'inaliénabilité de la souveraineté et se caractérisait, à l'inverse, par une ouverture maximale à l'égard de processus d'intégration. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, beaucoup de facteurs étaient ainsi en place au Luxembourg pour que le principe de la suprématie des traités y « éclore », y soit admis. En même temps, comme ce dernier thème n'était pas au centre de sa recherche, Pescatore ne citait que très peu de discours de cette époque exprimant effectivement cette suprématie. Pescatore a également identifié certains motifs politiques qui, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, justifiaient ce paradigme de la suprématie des traités, mais il en a oublié d'autres.

17. De prime abord, l'incidence de trois facteurs est bien établie. Premier facteur : il est un fait historique indéniable que le premier acte de la création de l'État (moderne) du Luxembourg, en tant que Grand-Duché, a été posé en droit international – et non en droit interne – en 1815, par l'Acte final du Congrès de Vienne (articles 67 à 71). Dans le récit classique relatif à l'existence du Luxembourg en tant qu'État – récit dont l'origine peut être clairement située au moment 1830/31 –, cet État est présenté comme une *créature du droit international* (le terme « créature » n'ayant, en l'espèce, aucune connotation péjorative). À cette première norme de droit international s'ajoutera par la suite une seconde norme de droit international : le traité de Londres de 1839 qui interdisait toute fusion-absorption du Grand-Duché de Luxembourg dans le nouveau Royaume de Belgique que la plupart des Luxembourgeois souhaitaient, au contraire, rejoindre à l'époque. Il imposait à ceux-ci un État dont eux-mêmes ne voulaient pas, mais que voulait le roi grand-duc Guillaume I<sup>er</sup>, « souverain et propriétaire » de cet État selon l'article 67 du traité de Vienne. Aux premières origines historiques de cet État, de cette société politique, il n'y a donc pas, comme dans le beau mythe du contrat social, un contrat social ou, comme dans le récit des origines de tant de pays voisins (ex. Belgique, France, Allemagne, etc.), la Constitution, bref un acte démocratique (parfois révolutionnaire) issu de la société, de la nation elle-même. Le *narrative* qui prédomine le plus souvent chez les acteurs politiques luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>68</sup>,

68 Le premier discours sur ce thème date de 1830 et a été développé par Guillaume I<sup>er</sup> et la minorité des orangistes au Luxembourg (v. *infra*, n°22 et n°23). Plus tard, v., par ex., P. EYSCHEN, *Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, Tübingen, Mohr, 1910, p. 45. Voir aussi les débats, en 1917-1918, sur l'introduction du principe de la souveraineté de la nation : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session législative 1917-1918, vol. 2, p. 1930 (discours du député Pierre PRÜM : « Si les grands États se sont créés eux-mêmes et ont fixé leurs droits à la pointe de l'épée, il n'en est pas de même chez nous. Le Grand-Duché a été constitué, dans sa forme actuelle, par les grandes Puissances signataires qui garantissent notre neutralité ; sa position et ses droits lui ont été délimités par elles ; dès lors, comment pourrait-on dire que tous les droits découlent de la nation, puisque l'histoire en fait démontre le contraire ») ; vol. 2, p.

et encore de nos jours<sup>69</sup>, est un récit qui met l'accent sur le rôle matriciel joué par le droit international, que ce soit en 1815 ou en 1839. Les traités imposaient la création de cet État et imposaient à ce dernier un certain nombre de règles quant à son fonctionnement interne, en particulier par rapport à la monarchie. L'assertion de Heinrich Triepel, père fondateur du dualisme dans l'espace germanophone, que le droit international et le droit interne s'occupent de questions totalement distinctes<sup>70</sup>, est ainsi contredite dès le départ et de manière flagrante dans le cas du Luxembourg<sup>71</sup>, ce qui explique probablement l'insuccès total de la grille de lecture dualiste, de quelque obédience (triepélienne, anglaise ou autre) au Grand-Duché dès le XIX<sup>e</sup> siècle. La voie, en quelque sorte, tracée d'avance était celle du monisme. Mais sous quelle variante ?

Dans la perspective du droit international, il allait de soi que le droit interne du Luxembourg devait respecter et exécuter ces exigences. Or qu'est-ce qui justifiait, du côté des acteurs luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle, l'intériorisation de cette subordination, et donc la variante du monisme avec primauté du droit international ? Car il est patent que la créature, une fois créée, a continué à se soumettre aux normes de son créateur : il n'y a pas eu, de sa part, « de rébellion post-adolescence », d'affirmation de sa propre « souveraineté / supériorité ». À ce sujet, les analyses classiques, en particulier celles de Pierre Pescatore et de Patrick Kirsch, mettent en avant deux motifs, et seulement deux motifs, qui, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, pesaient suffisamment pour légitimer la subordination de tout le droit national luxembourgeois au droit international<sup>72</sup>. Premier motif : une fois que les Luxembourgeois eux-mêmes tenaient à l'existence de leur État (ce qui n'avait pas été le cas entre 1830 et 1839), le seul moyen pour survivre, face aux velléités annexionnistes de leurs puissants voisins, était d'invoquer les traités qui garantissaient leur existence et indépendance. Trop faible sur le plan militaire pour défendre sa propre existence, le Luxembourg se réfugiait sous l'abri (aléatoire !) du respect du droit international, en particulier lorsque, en vertu du traité de Londres de 1867, le Luxembourg était neutre et désarmé<sup>73</sup>. Second motif : de par sa petitesse, l'État luxembourgeois devait, pour survivre sur le plan économique, s'intégrer dans

1943 (É. Reuter) ; vol. 2, Annexes, p. 149-153 (le mémoire du gouvernement de Léon Kauffman du 1<sup>er</sup> juin 1918).

69 Une illustration parmi d'autres : l'exposé des motifs de la proposition de révision actuellement en discussion (n°6030 ; session ordinaire 2008-2009), déposée le 21.4.2009 par le député Paul-Henri MEYERS, débute par la phrase révélatrice : « Pour retracer l'histoire constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg, il est utile de se référer d'abord aux dispositions du Traité de Vienne du 9 juin 1815 » (souligné par moi).

70 H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 9 ss.

71 Le Luxembourg n'était pas un cas unique. Pour d'autres exemples au XIX<sup>e</sup> siècle, v. par ex. B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Droit international et droit constitutionnel », *op. cit.*, p. 327 ss.

72 Pour un résumé utile, v. P. KIRSCH, *op. cit.*, p. 399 : « L'attitude des pouvoirs publics, et spécialement des tribunaux, luxembourgeois à l'égard du droit international s'explique à partir d'une donnée élémentaire de l'histoire nationale : le Luxembourg moderne – création au 19<sup>e</sup> siècle d'une série de traités internationaux, évidemment trop faible sur le plan militaire pour assurer sa propre défense et tributaire sur le plan économique de son intégration dans l'économie d'un ou plusieurs États voisins – a toujours été trop dépendant des mécanismes de coopération internationale et de leur organisation par le droit international public pour adopter à l'égard de celui-ci une attitude autre que déferente. (...) C'est sa situation de très petit État européen qui explique dans une large mesure l'attitude du Luxembourg à l'égard du droit international ».

73 Voir, par ex., le discours du député Philippe BECH en 1907 : « Notre petit pays a été créé monarchique, il a tout intérêt à rester strictement fidèle aux traités dont l'exécution a toujours été notre unique force et qui ont garanti notre existence, et si nous nous écartions, en quoi que ce soit, de la stricte observance de ces traités, nous ne tarderions pas à devenir la proie de l'un ou l'autre de nos voisins » (CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Projet de loi conférant force de loi au statut de famille de la maison de Nassau du 16 avril 1907. Discussions et annexes*, Luxembourg, Bück, 1907, p. 329). V. aussi l'important avis du Conseil d'État du 9 mars 1872 (négociation d'une convention ferroviaire avec l'Empire allemand), *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sess. extraord. 1872, Annexes, p. 7 ss et les discours relatifs à la neutralité du Luxembourg, cités par A. WEHRER, *Le statut international du G.D. de Luxembourg*, *op. cit.*, p. 12 (mémoire du gouvernement Reuter en 1922), p. 24 (les propos du ministre d'État Joseph Bech en 1937).

des espaces politico-économiques plus vastes (ce qui, effectivement, a fait la fortune du Luxembourg dans le cadre du *Zollverein*). L'adhésion au *Zollverein* s'est faite d'ailleurs très tôt : dès 1842. Or la réussite du commerce implique le respect de la parole donnée via les traités. Ces deux enjeux existentiels – l'un de nature militaire, l'autre de nature économique –, ont certainement joué un rôle majeur dans la légitimation de la suprématie du droit international (et continuent d'ailleurs à le faire). Mais, pour ce qui est du XIX<sup>e</sup> siècle, l'analyse précitée est incomplète, car elle ignore d'autres facteurs cruciaux, tantôt favorables tantôt défavorables à la thèse de la suprématie des traités.

**18.** Un autre facteur favorable, qui a joué un rôle *central* dans la cristallisation de ce paradigme, mais qui, de nos jours, est totalement tombé dans l'oubli – probablement à cause du règne apaisé et du charme personnel de la grande-duchesse Charlotte (1919-1964) – a trait à la *monarchie*. Si, aujourd'hui, le Luxembourg se revendique de la suprématie des traités, c'est aussi à cause de l'action des monarques et des forces monarchistes qui, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, de 1830 jusqu'en 1917/19, ont vu dans le statut supra-constitutionnel des traités internationaux quasiment un « *knock-down argument* », afin de défendre en droit les intérêts variés et multiples de la Maison grand-ducale, et ce, à chaque fois (en 1830-39, en 1848, en 1856, en 1907 et en 1917-19), au détriment de la démocratie. Au Luxembourg, les intérêts fondamentaux de la monarchie étaient protégés non seulement par des normes de droit interne à l'instar de la Constitution, mais aussi, et surtout, par des traités internationaux. Une telle situation n'était pas absolument propre au Luxembourg : le droit international, surtout au début du XIX<sup>e</sup> siècle, était un droit en grande partie fait par les monarques pour les monarques. C'était un droit qui, bien plus que certains droits constitutionnels nationaux, était dominé par l'esprit de la restauration et de la réaction (cf. le système Metternich !). Dans le cas du Luxembourg, cette imbrication entre le droit international et les intérêts de la monarchie avait pris une importance particulière pour quatre raisons :

1. la *longévité* de cette imbrication. Ce facteur a joué pendant tout le long XIX<sup>e</sup> siècle, de 1815 jusqu'en 1919.
2. le *nombre de liens établis*. Le droit international consacrait pas moins de quatre facettes de la monarchie luxembourgeoise, autrement dit presque tout le régime de celle-ci : a) l'existence de la forme d'État monarchique ; b) une première définition des compétences du Grand-Duc à travers la proclamation de la souveraineté du Grand-Duc ; c) la désignation de la dynastie régnante ; d) l'autonomie de la famille grand-ducale en matière de droit princier, de *Fürstenrecht*.
3. son statut d'arme juridique *unique*. Si un monarque peut défendre, en droit, ses prérogatives et intérêts en s'appuyant à la fois sur la Constitution et les traités, il n'a pas besoin à la limite ni de mobiliser ces traités, ni d'explorer les relations hiérarchiques entre les deux. Il peut se contenter de l'argument de la Constitution. Or, au Luxembourg, dès le départ, dès 1830/31, les événements ont pris une tournure différente : à cette époque, la seule arme qui restait à Guillaume I<sup>er</sup> afin de défendre sa couronne était le droit international, étant précisé que « l'ennemi à abattre » était ni plus ni moins le droit constitutionnel. Dès lors, une piste radicale était ouverte, une brèche dans laquelle pouvaient s'engouffrer ses successeurs afin d'asseoir leurs prétentions.

4. son *impact*. Cette imbrication a contribué, de manière décisive, à l'émergence de la règle de reconnaissance du monisme avec primauté du droit international, ce qui n'a pas été le cas dans d'autres pays où la monarchie a également fait l'objet d'un certain statut de droit international (v. les nombreux États au XIX<sup>e</sup> siècle, à l'instar de la Grèce, dont le monarque a été désigné par un congrès international).

Au Luxembourg, lorsque l'un des divers intérêts de la monarchie était menacé par l'action des forces progressistes (libéraux, socialistes, etc.), les divers monarques et leurs partisans au sein des instances de l'État (gouvernement, Chambre des députés, Conseil d'État) ont pu se servir, et se sont effectivement servis, à de multiples reprises de l'argument de la suprématie des traités sur la Constitution, afin de stopper toute velléité de changement en droit interne, voire pour revenir sur tel changement. Au XIX<sup>e</sup> siècle, de tels conflits entre les traités et le droit constitutionnel étaient, en effet, fréquents au Luxembourg ; ils étaient même plus fréquents qu'aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècles, car, après la première guerre mondiale et surtout après 1945, le fossé entre les deux droits se réduisait, le droit international reprenant davantage à son compte les idéaux libéraux et démocratiques du droit constitutionnel (la « constitutionnalisation du droit international »).

19. Mais, ainsi enrichie, complexifiée, l'histoire de la suprématie des traités au Luxembourg serait encore incomplète. L'attitude des acteurs politiques luxembourgeois à l'égard des traités ne s'est pas réduite à une admiration béate. Il y eut des réserves, parfois dites, parfois tues. Si un traité pouvait créer l'État du Luxembourg, un autre pouvait également, d'un simple trait de plume, le faire *disparaître*... Au XIX<sup>e</sup> siècle, pour le Luxembourg, une telle menace existentielle ne relevait pas d'une simple vue de l'esprit : le traité de Londres de 1839 avait, certes, imposé le maintien de l'existence d'un Grand-Duché de Luxembourg indépendant, mais il l'avait aussi partagé (troisième partage, décidé en droit international, après celui opéré par le traité des Pyrénées de 1659 au profit de la France et celui du traité de Vienne de 1815 au profit de la Prusse). Quant à ce reste, de prime abord peu viable, Guillaume I<sup>er</sup> avait même songé à le céder à la Belgique, contre une compensation territoriale au profit des Pays-Bas. En 1867, le Luxembourg avait failli être vendu, par un traité, par son « propriétaire » (le roi grand-duc Guillaume III, à court d'argent) à la France de Napoléon III pour un montant de cinq millions de florins. La Constitution de 1856, en son article 1<sup>er</sup>, statuait certes que le Luxembourg était un État « *inaliénable* » (v. déjà art. 1<sup>er</sup> Const. 1848 et, plus tard, art. 1<sup>er</sup> Const. 1868), mais encore fallait-il que cet article prévale sur un éventuel traité dûment ratifié... En fin de compte, c'est l'opposition de Bismarck qui amena Guillaume III à ne pas signer le traité.

Un autre facteur défavorable à la thèse de la suprématie des traités était l'enjeu des *libertés individuelles*, un fait qui est également perdu de vue de nos jours. L'idéal politique de la protection des libertés, si prégnant en droit constitutionnel luxembourgeois du fait de son lien généalogique avec le modèle belge, plaidait clairement en défaveur du statut supra-constitutionnel des traités. Car, hélas, pour tout vrai libéral au Luxembourg du début et du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, certains traités étaient un véritable problème : le droit international visé, de 1815 à 1866, était le droit réactionnaire de la Confédération germanique, le *Deutscher Bund*, lequel s'est distingué tout au long de son existence par sa politique répressive à l'égard de l'idéal de la démocratie et des

libertés individuelles<sup>74</sup>. Au Luxembourg s'est ainsi réalisée la menace que Benjamin Constant avait déjà pointée du doigt en 1818 :

« Les clauses des traités étant à la discrétion du pouvoir royal, s'il pouvait rendre obligatoires pour la nation des clauses qui influeraient sur la situation intérieure, aucune Constitution ne pourrait subsister. Un roi superstitieux traiterait avec un de ses voisins pour supprimer la tolérance religieuse. Un roi ennemi de la liberté de la presse traiterait avec un autre pour soumettre les écrivains aux plus oppressives restrictions. Ainsi tous les articles constitutionnels pourraient être rapportés, sans discussions et d'un trait de plume. Le despotisme et la persécution reviendraient du dehors masqués en traités de paix, et les ambassadeurs du roi seraient le véritable pouvoir législatif d'un tel peuple »<sup>75</sup>.

Autre facteur défavorable : le nationalisme. Pour un nationaliste – il y eut, parfois, des sursauts nationalistes dans les discours des acteurs politiques luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle –, faire prévaloir les traités revenait à plier la *souveraineté* « sous le joug de la Confédération »<sup>76</sup>, de la Prusse ou de l'Empire allemand. Dans le cadre du *Zollverein*, par exemple, non seulement les tarifs douaniers n'étaient plus fixés à Luxembourg par la Chambre des députés, comme pouvait le laisser entendre le texte de la Constitution luxembourgeoise, mais à Berlin en vertu des traités ; mais, en outre, l'empire des traités prenait physiquement forme dans la personne du directeur des douanes luxembourgeoises qui, selon les traités, devait être un fonctionnaire prussien. De même, à travers la convention ferroviaire du 11 juin 1872 avec l'Empire allemand, non seulement l'État luxembourgeois admettait l'exploitation des principales lignes de chemins de fer luxembourgeoises par l'administration impériale des chemins de fer d'Alsace-Lorraine (qui était un organe de l'État fédéral allemand), mais en outre le gouvernement luxembourgeois s'était engagé, selon l'interprétation du § 7 de la convention prônée par les autorités étatiques allemandes et reprise *in fine* par la Cour de cassation luxembourgeoise dans son important arrêt du 14 août 1877 (affaire *Kirsch c. Direction générale impériale des chemins de fers d'Alsace-Lorraine*), à publier tel quel, au Luxembourg, le règlement élaboré par l'administration impériale allemande, sans égard par rapport aux lois et à la Constitution luxembourgeoises<sup>77</sup>. Dans ce litige, les autorités allemandes allaient jusqu'à revendiquer, avec succès, que les juridictions du Grand-Duché devaient s'abstenir de mettre en cause, de quelque manière, la validité de la convention ferroviaire et du droit dérivé de celle-ci<sup>78</sup>. Effectivement, dans l'arrêt pré-

74 V. *infra*, n°37.

75 B. CONSTANT, *Réflexions sur les Constitutions et les garanties avec une esquisse de Constitution* (1814-1818), repris in *Cours de politique constitutionnelle*, édité par E. Laboulaye, Paris, Guillaumin, 2<sup>e</sup> éd., 1872, t. 1, p. 302, note ajoutée E.

76 V. en 1856, l'un des moments les plus « chauds » de cette histoire riche en événements, la verte critique du député libéral et ancien ministre Mathias ULRICH à l'égard des thèses internationalistes du ministre d'État Simons : « Vous proposez à la souveraineté même d'aliéner son prestige et de se courber sous le joug de la Diète ». *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1856, 8<sup>e</sup> séance, 24 octobre après-midi, p. 10. Pour la position de Simons, v. *infra*, n°33.

77 Pour le texte du traité, v. *Mémorial*, 1872, n°22, p. 189 ss. Sur les rebondissements judiciaires successifs de l'affaire *Kirsch c. Direction générale impériale des chemins de fer d'Alsace-Lorraine* (tribunal de commerce, Cour d'appel, Cour de cassation), v. *Pasicrisie lux.*, t. 1 (1874-1880), p. 129 ss, p. 241 ss, p. 370 ss, avec en annexe les réquisitions du parquet (Vendelin Jurion) et les consultations du professeur de droit civil, d'origine luxembourgeoise, François Laurent (Université de Gand), du professeur de droit international Émile de Laveleye (Université de Liège) et du bâtonnier belge Hubert Dolez.

78 Les arguments de la direction impériale des chemins de fer sont reproduits, par extraits, dans *Pasicrisie lux.*, t. 1, p. 271, 278-280.



cité du 14 août 1877, la Cour de cassation immunisait le traité et le droit dérivé contre toute critique fondée sur la législation luxembourgeoise (en l'espèce, le Code civil et le Code commercial) ou sur la Constitution luxembourgeoise<sup>79</sup>.

Pour le dire en d'autres mots, la position protégée, voire prééminente, des traités et du droit dérivé au sein de l'ordre juridique luxembourgeois était, aussi, le fruit de *rappports de pouvoir* défavorables : afin de s'assurer le respect de ses droits consacrés dans un traité, le puissant voisin qu'était l'Empire allemand plaidait la cause, en droit luxembourgeois et devant les juridictions luxembourgeoises, d'un statut renforcé des traités. Dans ce contexte, le (très) petit État luxembourgeois ne pouvait guère se permettre d'avoir recours à l'argument constitutionnel de l'inaliénabilité de la souveraineté, afin d'infléchir l'interprétation des clauses de ce traité et encore moins de contester la validité même du traité pour cause de contrariété avec la Constitution. Dans ses réquisitions relatives à l'affaire *Kirsch c. Direction impériale des chemins de fer*, le procureur général de l'État Vendelin Jurion (1806-1892), ancien « quarante-huitard » (auteur de la Constitution de 1848), avait, certes, fortement mobilisé l'argument, supposé ontologique, de l'inaliénabilité de la souveraineté (la souveraineté, par définition, est inaliénable) et s'était à cette fin appuyé sur les célèbres ouvrages de Vattel, Klüber et Wheaton et sur les consultations spécialement écrites pour ce litige de la part des Belges Laurent, de Laveleye et Dolez. Mais, même avec le soutien de ces sommités étrangères, Jurion n'eut aucun succès devant la Cour de cassation qui faisait la sourde oreille et acquiesçait à l'argumentation des Allemands. Du côté des acteurs politiques luxembourgeois, l'argument que, en soi, le concept de souveraineté interdit tout transfert d'un pouvoir d'État, voire de toute la souveraineté, n'a connu que très peu d'échos durant tout le XIX<sup>e</sup> siècle. Des motifs politiques puissants s'y opposaient. L'inaliénabilité de la souveraineté aurait interdit aux monarques de vendre le Grand-Duché, ce que Guillaume I<sup>er</sup> et Guillaume III, adhérant à une vision patrimoniale de l'État, étaient tentés à plusieurs reprises de faire. Affirmer l'inaliénabilité de parts de souveraineté dans un État intégré d'abord dans une Confédération, puis dans une union douanière et économique, eût été contreproductif et, potentiellement, absurde<sup>80</sup>.

79 Dans son arrêt de 1877, la Cour de cassation n'est pas allée jusqu'à reconnaître aux traités une position supérieure aux lois (comme l'avait fait le Conseil d'État en 1872), voire à la Constitution (comme le fera plus tard la Cour d'appel en 1917 afin de protéger les traités contre une critique d'ordre constitutionnel). Ratifié en vertu d'une loi d'approbation, le traité se voyait, en 1877, reconnaître le rang d'une loi par la Cour de cassation. Le traité, en tant que « loi » postérieure au Code civil et au Code de commerce, pouvait abroger les normes de ces codes. Dès lors, le règlement de la direction impériale, en ce qu'il était fondé sur un traité, était à l'abri de toute critique fondée sur la législation luxembourgeoise antérieure. Restait toutefois la menace d'une incompatibilité du traité (de rang législatif) avec la Constitution. Or, sur ce point, la Cour de cassation statua en 1877 – pour la première fois dans l'histoire judiciaire luxembourgeoise – que les juges étaient incompétents pour contrôler la constitutionnalité d'une « loi » (ici : d'un traité).

80 Ainsi, en 1854, lorsque fut débattue à la Chambre des députés la deuxième prolongation de l'adhésion au *Zollverein*, divers députés ont regretté que le traité ne respectât pas suffisamment les « prérogatives gouvernementales ». Mais il s'agissait là d'un regret d'ordre politique (c'était un mal qu'il fallait admettre, faute de mieux) ; nul n'arguait qu'il s'agissait d'une violation d'un interdit juridique. V. *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, sess. 1853-54, p. 1169 ss. Dans le débat politique de 1872-73 autour de la convention ferroviaire avec l'Allemagne, l'argument juridique de l'inaliénabilité de parts de souveraineté était présent (contrairement à ce qu'affirme P. PESCATORE, « La souveraineté... », p. 154), mais il n'a pas eu d'impact. D'un côté, cet argument a été explicitement récusé dans l'important discours du président de la Chambre des députés, Paul DE SCHERFF, du 6 février 1872 : selon lui, l'inaliénabilité de parts de souveraineté n'était pas une norme du droit positif luxembourgeois (*Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1871-72, p. 593 ss ; dans le même sens, Charles SIMONS, *ibid.*, p. 875). De l'autre, l'argument de l'inaliénabilité a été développé et défendu, de manière très ample, d'abord le 28 février 1872 par l'ancien chef de gouvernement Félix DE BLOCHAUSEN qui faisait appel à la doctrine de Klüber, Vattel, Heffter, etc. et à certains débats en Belgique (*Compte-rendu*, 1871-72, p. 841 ss). Il a été ensuite mis en avant par le Conseil

Enfin, il n'est pas exclu non plus que, à l'instar des Pays-Bas, la *religion* et la politique des concordats du Saint-Siège aient joué un rôle dans ce débat<sup>81</sup>. De futures recherches devront éclairer ce point obscur.

20. De ce premier aperçu des divers facteurs politiques, tantôt favorables tantôt défavorables à la thèse de la suprématie des traités et du droit dérivé, ressort en tout cas la nécessité de réinvestir l'histoire de ce paradigme juridique au Luxembourg. Il convient d'en faire une analyse plus approfondie, en la « re-politisant ». Ces deux termes ne doivent pas être mal compris : il ne s'agit pas d'y introduire, de l'extérieur, quelque chose qui n'y était point. Il ne s'agit non plus de contester par ce biais le bien-fondé de ce paradigme, d'opérer une sorte de travail insidieux de sape, de déconstruction et de dénonciation politiques. Le but, à travers cette historiographie, est cognitif : il s'agit de faire apparaître à nouveau, à nous juristes et citoyens du XXI<sup>e</sup> siècle, des tensions d'ordre politique profondément enfouies, et parfois oubliées, sous l'apparence « lisse », « formelle », « neutre », « non politique » (car « juridique », « technique ») de la hiérarchie des normes. Il s'agit d'extraire ce qui, dans l'esprit des acteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, justifiait un tel montage, en termes d'intérêts et de valeurs. Parmi ceux-ci figurent précisément les enjeux de la monarchie, sur lesquels se focalisera à présent l'étude.

## II. – LA MONARCHIE, UN FACTEUR CRUCIAL EN FAVEUR DU RANG SUPRA-CONSTITUTIONNEL DES TRAITÉS ET DU DROIT DÉRIVÉ

21. Ce qui suit n'est pas une histoire complète de la cristallisation, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, de ce paradigme, ou règle de reconnaissance, attribuant aux traités et au droit dérivé des traités un rang supra-constitutionnel. Pour cela, il faudrait d'abord étudier de plus près le contenu des textes constitutionnels successifs applicables au

---

d'État, présidé alors par V. JURION, dans son influent avis du 9 mars 1872. V. *Compte-rendu*, sess. extraord. 1872, Annexes, p. 16 (les États neutres doivent « s'opposer à ce qu'un autre État n'absorbe leur souveraineté en tout ou en partie »), p. 18 (le Luxembourg « ne doit pas consentir à abandonner à un autre État une portion de sa souveraineté ») et p. 22. Mais, même chez ses défenseurs, l'argument de l'inaliénabilité de parts de souveraineté n'était pas maintenu de manière rigoureuse. Blochausen, dans son propos, succombait à des contradictions (*Compte-rendu*, 1871-72, p. 847). Surtout : une fois la convention ferroviaire avec l'Allemagne signée, il reconnaissait lui-même que la solution négociée par le gouvernement était la meilleure qu'il était, dans le contexte donné, possible d'obtenir. Autrement dit : plaider, en droit, l'inaliénabilité de la souveraineté revenait à requérir l'impossible. Aussi, par pragmatisme – selon l'adage : « nul n'est tenu à l'impossible » –, il adoucissait, voire abandonnait son propos initial (*Compte-rendu*, session extraord. 1872, p. 78 s ; sur l'adaptation du droit aux évolutions du monde, v. aussi les propos incisisifs de SIMONS, *Compte-rendu*, 1871-72, p. 877 s). Quant au Conseil d'État, il est à noter qu'il ne fondait cette inaliénabilité non pas sur le principe constitutionnel de la souveraineté, ou sur l'article 1<sup>er</sup> Const. 1868, mais sur l'exigence de neutralité telle que consacrée, en droit international, par le traité de Londres de 1867. La différence est de taille car, en situant l'obstacle au niveau du droit international, le Conseil d'État pouvait en fin de compte admettre un tel transfert de pouvoir si les puissances internationales garantes de la neutralité y consentaient (*Compte-rendu*, sess. extraord. 1872, Annexes, p. 23 ss ; cet accord intervint effectivement ; pour une argumentation analogue, voir déjà les propos de SCHERFF et de BLOCHAUSEN, *Compte-rendu*, 1871-72, p. 593 ss, p. 865). En 1902-3, lorsque la convention ferroviaire fut prolongée, l'argument de l'inaliénabilité de parts de souveraineté a été invoqué seulement par le député Eugène Steichen, mais sans grand succès. V. *Compte-rendu*, 1902-3, p. 1243 ss, spéc. p. 1274 (STEICHEN) et p. 1318 s (la verte réplique du rapporteur Adolphe SCHMIT à STEICHEN) ; Annexes, p. 484 ss.

81 Cette possible piste m'est venue à l'esprit à la lecture d'une remarque dans le volumineux rapport de Michel WELTER, *La révision de la Constitution*, juin 1913, 235 p., spéc. p. 30-31, repris in *Compte rendu des séances de la Chambre des députés*, 1912-13, vol. 3, annexes.

Luxembourg à cette époque<sup>82</sup>. Disons simplement, à ce sujet, que le silence de ceux-ci était relatif, car variable selon le texte en cause, les deux extrêmes étant le texte de la Constitution de 1868, totalement muet sur le rang du droit international, et celui de 1856, affirmant de manière fracassante, à la suite d'un coup d'État, le rang supra-constitutionnel d'une partie du droit international (les traités constitutifs de la Confédération germanique et le droit dérivé)<sup>83</sup>. Un historien plus complet devrait également délimiter les fréquents silences et ambiguïtés des débats de cette époque (l'attitude de Paul Eyschen, dans son manuel, en a fourni un premier avant-goût)<sup>84</sup>, identifier les discours politiques plus ou moins hostiles à la suprématie des traités, évoquer les discours pro-suprématie du droit international qui se nouent autour d'autres enjeux (militaire, économique), sans oublier *in fine* l'attitude des juridictions sur ce point tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>85</sup>.

Si cette première immersion est donc incomplète, elle est néanmoins éclairante sur ce qui se tramait dans l'esprit des acteurs au cours du long XIX<sup>e</sup> siècle. Lorsque la problématique de la hiérarchie a été thématifiée – ce fut le cas, à propos de l'enjeu de la monarchie, au moins en 1830-39, en 1848, en 1856, en 1907 et en 1917-19 –, la solution qui prédominait alors dans les discours des acteurs politiques est celle de la suprématie des traités et du droit dérivé des traités. À ces occasions, des acteurs politiques appartenant à des sensibilités variées (libéraux, conservateurs, socialistes, etc.) et à différents organes d'État (Grand-Duc, Conseil de gouvernement, Chambre des députés, Conseil d'État), se revendiquaient, tantôt à demi-mot, tantôt (et assez souvent) de façon ouverte, explicite, voire tonitruante, de la supériorité des traités sur la Constitution, le *summum* ayant été les deux moments, quasi « pré-kelséniens », de 1830/31 et de 1856. Cette thèse dominait de loin la thèse adverse qui était celle de la suprématie de la Constitution, une suprématie de la Constitution alléguée parfois non pas tant à l'égard de tout le droit international<sup>86</sup>, qu'à l'égard d'une partie du droit international,

82 Dans l'ordre chronologique : 1. de 1815 à 1830, la Loi fondamentale (*Grundwet*) du Royaume des Pays-Bas du 24 août 1815 ; 2. à partir de l'éclatement de la Révolution belge, en concurrence : d'une part, l'arrêté royal du 31 décembre 1830 portant établissement d'une administration particulière pour le Grand-Duché de Luxembourg, tel que complété par d'autres arrêtés ; d'autre part, la Constitution du Royaume de Belgique du 7 février 1831 ; 3. de 1841 à 1848, la Constitution d'états du Grand-Duché de Luxembourg du 12 octobre 1841 ; 4. de 1848 à 1856, la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 9 juillet 1848 ; 5. de 1856 à 1868, la Constitution du Grand-Duché du 27 novembre 1856 ; 6. depuis 1868, la Constitution du Grand-Duché du 17 octobre 1868.

83 Sur ces deux textes, v. *infra*, n°42 et n°43.

84 Ainsi, on aurait pu s'attendre à ce que les débats relatifs à la révision, en 1868, de la Constitution de 1856, en vue d'adapter celle-ci au nouveau statut international du Luxembourg (la neutralité, imposée par le traité de Londres de 1867), touchent, même de manière incidente, à la question des relations hiérarchiques entre Constitution et traités. Or, la retranscription, déjà très succincte et incomplète, des débats parlementaires de 1868 ne fournit aucune indication sur la présente problématique. Ainsi, l'exposé des motifs du gouvernement se contentait, à propos de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, d'une seule phrase : « *Le traité [de Londres] du 11 mai dernier [1867] est encore venu modifier notre position politique ; il convient de consacrer par notre pacte fondamental la neutralité qu'il établit* » (*Compte-rendu des séances de l'Assemblée d'États du G.D. de Luxembourg*, 1867-68, Annexes, p. 157). Peut-on lire, dans ces vagues formules, une quelconque affirmation quant à la position des traités par rapport à la Constitution ? De même, lorsque le Conseil d'État, dans son avis du 6 mars 1868 (*ibid.*, Annexes, p. 187), érigeait le pacte de Nassau de manière obscure, sans autre explication, en « *partie immuable de notre droit public* » (?), et le défendait contre un éventuel empiètement de la part du pouvoir de révision, il est difficile d'y lire, à première vue, une nette affirmation de la supériorité des traités et du pacte de Nassau, fondé sur des traités, par rapport à la Constitution (la thèse du rang supra-constitutionnel du droit princier, en tant que droit « dérivé » des traités, fut clairement affirmée par les partisans du trône en 1848 et en 1907).

85 Tout cela faisait partie, initialement, de la présente contribution qui n'a cessé de gonfler. Pour des raisons de place et de temps, il a fallu couper. Une vue plus exhaustive sera fournie dans une publication ultérieure.

86 Les occurrences d'une telle thèse sont, à ma connaissance, très rares. Le seul cas, que j'ai pu identifier jusqu'ici, est le très succinct propos du député libéral Théodore EBERHARD, maire de la ville de Luxembourg, qui, en 1854,

i.e. le droit dérivé (les résolutions de la Diète de la Confédération germanique, le droit établi dans le cadre de la convention douanière ou ferroviaire, le droit princier). C'est souvent le droit dérivé qui suscitait des mises en cause radicales du paradigme moniste avec primauté du droit international. Le lecteur obtiendra d'ailleurs un premier aperçu de ces critiques à travers le discours libéral, en 1856 et en 1917-19, qui, à l'encontre du carcan d'un droit international d'obédience réactionnaire, entendait jouer – jusqu'à un certain point – la carte d'un droit interne plus légitime, car d'inspiration plus libérale.

S'agissant d'un premier aperçu historiographique, je me contenterai d'une présentation simplement chronologique des divers discours monarchistes favorables à la supériorité des traités et du droit dérivé de ces traités. Cinq moments seront analysés :

- la triple affirmation, en 1830/31, par Guillaume I<sup>er</sup> de la supériorité des traités à l'égard de la Constitution belge de 1831, de la *Grondwet* néerlandaise de 1815 et de la Constitution luxembourgeoise de 1831-41 (A) ;
- l'invocation de la suprématie des traités lors de l'écriture de la Constitution de 1848 (B) ;
- le moment internationaliste le plus incisif et controversé : 1856 (C) ;
- l'affirmation, en 1907, du rang supra-constitutionnel du droit princier à raison de son ancrage dans les traités (D) ;
- l'invocation, en 1917-19, des traités à l'encontre de la consécration de la souveraineté de la nation (E).

#### **A. – La triple affirmation, en 1830/31, par Guillaume I<sup>er</sup> de la supériorité des traités à l'égard de la Constitution belge de 1831, de la *Grondwet* néerlandaise de 1815 et de la Constitution luxembourgeoise en vigueur de 1831 à 1841**

22. Le discours politique de la supériorité des traités sur la Constitution est très ancien, car il remonte aux origines même, en droit interne, de l'État luxembourgeois. La date de naissance de l'État moderne luxembourgeois n'est pas aisée à fixer, car, contrairement à ce que suggèrent les cérémonies officielles de commémoration de « la » naissance de cet État – naissance située, depuis la fête de l'indépendance de 1939, à la date de 1839 –, la création en droit de cet État est étalée sur diverses dates et à deux niveaux (en droit international et en droit interne). Certains éléments de cet État sont fixés dès 1815 par des traités et leur droit dérivé (le principe de l'existence même de cet État arrêté dans l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 et confirmé en 1839 ; ses frontières, fixées en 1815 et corrigées en 1816 et 1839 ; l'existence de l'organe Grand-Duc, investi de la souveraineté ; sa dynastie et son droit princier ; sa qualité d'État membre de la Confédération germanique, ce qui marquait en particulier son statut militaire et son régime des libertés individuelles). D'autres éléments, en particulier les organes complémentaires à l'organe Grand-Duc et distincts des organes correspondants de l'État néerlandais (gouvernement, administrations, parlement, juridictions, etc.) ne seront mis en place, par des

---

justifia son abstention lors du vote sur le renouvellement de l'adhésion du Luxembourg au *Zollverein*, par des scrupules quant à la conformité du contenu du traité avec l'article 103 de la Constitution de 1848 (seule une « loi » peut établir, pour une durée d'un an, des impôts au profit de l'État). V. *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1853-54, p. 1251.

normes de droit interne luxembourgeois, que bien plus tard, d'abord de façon saccadée et fragmentaire à partir de l'arrêté royal du 31 décembre 1830, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1831, puis, de manière plus systématique, en 1841 avec la Constitution dite d'états du 12 octobre 1841. En résumé, l'État luxembourgeois est né, en droit international, en 1815 et, en droit interne, dans la nuit de la Saint-Sylvestre de 1830.

Or, autour de cette date fondatrice du 31 décembre 1830/1<sup>er</sup> janvier 1831, l'on peut nettement identifier, du côté du roi grand-duc Guillaume I<sup>er</sup> et de ses partisans, la présence d'un premier discours alléguant de manière très nette le statut supra-constitutionnel des traités. L'enjeu de ce discours était, proprement, *existentiel* pour la monarchie, ce qui explique aussi son caractère incisif, tranchant. Dans le contexte de la Révolution belge, il y allait pour Guillaume I<sup>er</sup> de la conservation même de sa souveraineté grand-ducale. Pour sauver celle-ci, non seulement il essayait, sans succès, d'employer les armes contre la population luxembourgeoise séditeuse (via les troupes de la Confédération germanique), mais il affirmait aussi, sur le plan normatif, la prééminence des traités à l'encontre de la Constitution. Car c'est d'elle que provenait, en droit, la menace à l'égard de sa souveraineté. C'est dans la Constitution belge du 7 février 1831 (art. 1<sup>er</sup>), issue d'une révolution portée aussi par les Luxembourgeois, que se situait le fondement juridique de l'absorption du Luxembourg dans le Royaume de Belgique. Toutefois – et c'est en cela que se révèle le caractère radical et fondateur de ce discours –, la suprématie des traités a été alléguée également, par Guillaume I<sup>er</sup>, à l'égard de la *Grondwet* de 1815 et, surtout, à l'égard de la première Constitution, souvent ignorée, de l'État luxembourgeois, celle qui fut en vigueur de 1831 jusqu'en 1841.

**23.** Rappelons d'abord les faits. De 1830 jusqu'en 1839, deux règles de reconnaissance étaient en lutte sur le territoire du Luxembourg tel que défini alors. D'un côté, il y avait Guillaume I<sup>er</sup> qui, avec l'appui de la minorité des orangistes et de la garnison prussienne stationnée dans la forteresse de Luxembourg, affirmait la validité de ses propres prétentions sur le Luxembourg, en se fondant sur les traités. Pour donner corps à cette prétention, Guillaume I<sup>er</sup> commençait enfin, le 31 décembre 1830, à établir en droit interne un État luxembourgeois distinct de l'État néerlandais, alors que, jusque-là, il avait traité le Luxembourg, en interne, telle une province néerlandaise<sup>87</sup>. De l'autre côté, il y avait la nouvelle règle de reconnaissance adoptée par la très large majorité des habitants luxembourgeois (en dehors de la capitale) qui, en se joignant au mouvement sécessionniste parti de Bruxelles, en envoyant des députés à l'assemblée constituante belge et en obéissant à la Constitution belge de 1831, aux lois belges et aux ordres des autorités belges, affirmaient l'inclusion du Luxembourg au sein du nouvel ordre juridique qu'était l'État belge. Cette inclusion avait été proclamée d'abord dans le décret du gouvernement provisoire belge du 16 octobre 1830, puis dans la déclaration d'indépendance solennelle adoptée par le Congrès national le 18 novembre 1830, avant d'être inscrite dans l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution belge du 7 février 1831<sup>88</sup>.

Cette norme constitutionnelle du Royaume de Belgique était, pour ce qui concernait le Luxembourg, en contradiction flagrante avec plusieurs traités internationaux.

87 L'art. 1<sup>er</sup> al. 2 de la *Grondwet* de 1815 énonçait : « *Le Grand-Duché de Luxembourg, tel qu'il est limité par le traité de Vienne, étant placé dans la même souveraineté que le Royaume des Pays-Bas, sera régi par la même Loi fondamentale, sauf ses relations avec la Confédération germanique* ». Cela voulait dire que, en droit (néerlandais) interne, le Luxembourg était ravalé au rang de simple province des Pays-Bas.

88 Selon la version originelle de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution du Royaume de Belgique de 1831, le champ d'ap-

L'article 67 de l'Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815 attribuait le Grand-Duché de Luxembourg « en toute propriété et souveraineté » au Roi des Pays-Bas et à ses successeurs légaux (et non au Roi des Belges ou au Royaume de Belgique). L'article 71 du même traité transposait au Grand-Duché de Luxembourg les règles de succession au trône et, plus généralement, les règles du *Fürstenrecht* définies dans le pacte de la Maison globale de Nassau de 1783. Or, pour qu'un bien soumis à ce pacte de succession ait pu en sortir, il aurait fallu l'accord des deux branches concernées (les Orange-Nassau et les Nassau-Weilbourg), accord qui faisait défaut en 1830. Enfin, les traités instituant le *Deutscher Bund* : a) obligeaient le Grand-Duché de Luxembourg de faire partie de cet ensemble confédéral (toute sortie unilatérale était prohibée, en vertu de l'article 5 de l'Acte final de Vienne du 8 juin 1820) ; b) attribuaient la souveraineté du Grand-Duché de Luxembourg au monarque désigné par le Congrès de Vienne, i.e. à Guillaume I<sup>er</sup> et à ses héritiers légaux ; c) interdisaient tout changement révolutionnaire de l'ordre constitutionnel établi au sein des États membres, sous peine d'une intervention militaire.

Ce sont ces divers traités – et la « *sacralité des traités (Heiligkeit der Verträge)* »<sup>89</sup> – que, de manière récurrente, Guillaume I<sup>er</sup> et ses partisans ont mobilisés afin d'asseoir l'autorité du Grand-Duc à l'égard des insurgés luxembourgeois. Déjà le 6 octobre 1830, Jean-Georges Willmar, gouverneur du Grand-Duché de Luxembourg, alors encore province du Royaume des Pays-Bas, rappelait doctement, et longuement, aux habitants luxembourgeois non pas en premier lieu la Loi fondamentale néerlandaise (art. 1<sup>er</sup>), ni même le Code pénal, mais le contenu des divers articles du traité de Vienne de 1815, qui érigeaient le Luxembourg en État distinct<sup>90</sup>. Dès le 15 octobre 1830, en vertu des articles 25 et 26 de l'Acte final de Vienne de 1820, Guillaume I<sup>er</sup> demanda à la Confédération germanique de garantir le respect du droit confédéral à travers une intervention militaire<sup>91</sup>. Dans une proclamation du 11 janvier 1831 adressée aux habitants du Luxembourg, la Députation des états provinciaux luxembourgeois invoquaient, à l'encontre des fauteurs de troubles, l'autorité des traités : « *Mais ne vous a-t-on pas prouvé jusqu'à la dernière évidence que ces traités [ceux de 1815], aussi positifs que solennels, vous constituent en un État absolument indépendant de la Belgique, en un État qui a son titre particulier, son titre national de Grand-Duché de Luxembourg, et qui, comme tel, forme une souveraineté à part, conférée à la maison d'Orange-Nassau, protégée par la confédération germanique, et garantie par toutes les puissances de l'Europe ?* »<sup>92</sup> Dans une proclamation du 19 février 1831, Guillaume I<sup>er</sup> rappelait aux habitants luxembourgeois que le lien avec la communauté du *Deutscher Bund* « *ne [pouvait] être arbitrairement rompu par un seul État* », interdiction qui était consacrée dans les traités constitutifs de la Confédération<sup>93</sup>.

plication territoriale de celle-ci incluait, à l'instar de la *Grondwet* néerlandaise, le Luxembourg en tant que simple province : « *La Belgique est divisée en provinces. Ces provinces sont : Anvers, le Brabant, la Flandre occidentale, la Flandre orientale, le Hainaut, Liège, le Limbourg, le Luxembourg, Namur, sauf les relations du Luxembourg avec la Confédération germanique.* » C'est moi qui souligne. Le texte, *in fine*, de l'article 1<sup>er</sup> semblait certes reconnaître les obligations des traités, mais, dans la pratique (de 1830 à 1839), cette formule resta sans effets. Ainsi, de 1830 à 1839, le représentant du Luxembourg à la Diète du *Deutscher Bund* était toujours envoyé par Guillaume I<sup>er</sup> et non par l'État belge. Sur cette période historique, v. A. CALMES, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la Révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, Édition universelle, 1939 ; rééd. Luxembourg, Saint-Paul, 1982.

89 Expression phare mise en avant par l'orangiste DR. A., traducteur de l'ouvrage de M.L. SCHROBILGEN, *Ueber die politische Lage des Grossherzogthums Luxemburg*, Frankfurt, Osterrieth, 1834, dans sa préface, p. xiv.

90 Proclamation du 6 octobre 1830, *Mémorial*, 1830, n°52 du 9 octobre 1830, p. 181 ss.

91 E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Kohlhammer, Stuttgart, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1988, p. 115 ss.

92 *Mémorial*, 1831, n°1 du 18 janvier 1831, p. 5.

93 *Mémorial*, 1831, n°4 du 7 mars 1831, p. 29.

24. L'assertion de la prééminence de ces traités spécifiquement à l'encontre de la Constitution belge, en ce que celle-ci, à travers l'article 1<sup>er</sup>, prétendait régir le Luxembourg, ressort de deux textes en particulier.

D'une part, il y a la proclamation du 24 août 1831<sup>94</sup> du général Frédéric-Guillaume de Goedecke, homme de confiance de Guillaume I<sup>er</sup>, président de la Commission du gouvernement général du Grand-Duché de Luxembourg (nouvel organe du nouvel État luxembourgeois établi par le roi grand-duc). Après avoir invoqué « *les traités qui [...] étaient la base* » de l'autorité du roi et de ses magistrats, de Goedecke vilipendait « *les discussions ampoulées d'un soi-disant congrès national [l'assemblée constituante belge] et la constitution même qu'il avait engendrée* ». Tout cela n'était, aux yeux du président de Goedecke, qu'un « *échafaudage de sophismes et de déraison* », de la pure « *usurpation* »<sup>95</sup>. En langage juridique plus technique : il leur déniait, sur le territoire luxembourgeois, la qualité de droit et donc toute force obligatoire. Cela revenait, de la part du gouverneur de Goedecke, à attribuer aux traités une force « *corrosive* », dérogatoire, importante : contraire à des traités, cette « *soi-disant* » Constitution était, pour ce qui concernait le Grand-Duché de Luxembourg, nulle et non avenue, nullité qu'avait officiellement constatée de Goedecke. Il en tira la conséquence en intimant, dans les articles 1<sup>er</sup> et 2, l'ordre aux habitants du Grand-Duché de ne point participer, sous peine de sanctions, aux élections parlementaires belges qui, en vertu de la Constitution belge, devaient avoir lieu à la fin de l'été. Aux habitants luxembourgeois de respecter les ordres du Grand-Duc, fondés sur les traités, et non la soi-disant Constitution belge !<sup>96</sup> Déjà préalablement, dans une proclamation du 25 mars 1831, le gouverneur précédent, Bernard, duc de Saxe-Weimar, avait déclaré le caractère « [nul et] *non avenue* » des fonctions publiques conférées par l'État belge sur le territoire du Grand-Duché<sup>97</sup>.

Il y a, d'autre part, l'arrêté royal grand-ducal du 6 septembre 1832 à travers lequel Guillaume I<sup>er</sup> s'appropriait et relayait le discours de la Confédération germanique quant à la suprématie des traités confédéraux, et du droit dérivé, sur les Constitutions des États membres. Confrontée aux menées révolutionnaires qui, en 1830, avaient éclaté dans divers États allemands, la Diète avait adopté sa fameuse « *résolution du 28 juin 1832 relative aux mesures à prendre en vue du maintien de l'ordre juridique et de la paix en Allemagne* » (« *Bundesbeschluss über Massregeln zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe in Deutschland* », en abréviation : « *Die Sechs Artikel* », les Six Articles)<sup>98</sup>. C'est cette résolution, réactionnaire, que Guillaume I<sup>er</sup> s'empressait de publier au Luxembourg en pleine révolte, via son arrêté du 6 septembre 1832<sup>99</sup>. La résolution

94 *Mémorial*, 1831, n°13 du 31 décembre 1831, p. 105-107.

95 V. déjà auparavant l'arrêté du 2 novembre 1830 du gouverneur Willmar, *Mémorial*, 1830, n°55, p. 214-215 : « *Le pouvoir qui s'est établi en Belgique, sous le nom de gouvernement provisoire, ne peut exercer aucune autorité sur le Grand-Duché, sans commettre un acte d'usurpation sur un État constitué par les puissances de l'Europe, et garanti par elles au monarque à qui elles en ont attribué la souveraineté* ». Ce qualificatif sera repris aussi par Guillaume I<sup>er</sup> dans son arrêté royal grand-ducal du 20 avril 1836 concernant la répression des machinations et manœuvres de la malveillance, *Mémorial*, 1836, n°4, p. 30 (« *gouvernement illégal et usurpateur* », « *administrations intruses* »).

96 Un tel ordre avait déjà été intimé par le gouverneur Willmar dans son arrêté précité du 2 novembre 1830 en rapport avec les élections du Congrès national belge (*Mémorial*, 1830, n°55, p. 215).

97 *Mémorial*, 1831, n°6, p. 48. V. le point 3° : « *Les fonctions conférées par les différents gouvernements provisoires de la Belgique dans le Grand-Duché de Luxembourg sont considérées comme non avenues* ».

98 Le texte allemand des *Sechs Artikel* est reproduit dans E.R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, 3e éd., Kohlhammer, Stuttgart, t. 1, 1978, p. 133. Sur internet : <http://www.verfassungen.de/de/de06-66/bundesakte15-i.htm>. Pour une analyse détaillée : E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 2, p. 154 ss.

99 Cet arrêté, rédigé en allemand et en français, sera publié à deux reprises au Luxembourg : d'abord en 1832 (*Mémorial*,

de la Diète du 28 juin 1832 rappelait en effet, en son article 1<sup>er</sup>, les exigences des traités de la Confédération en matière de constitutionnalisme interne à chaque État membre (v. art. 57 Acte final de Vienne de 1820) : le droit confédéral interdisait aux monarques de faire à l'égard du parlement des concessions excessives, touchant à l'essence même de leur souveraineté ; celle-ci était inaliénable. De manière encore plus précise, Guillaume I<sup>er</sup> tenait à rappeler à la population rebelle au Luxembourg que la « *Constitution intérieure des États fédérés ne [pouvait] nullement porter préjudice au but de la Confédération* » et que cette « *Constitution particulière ne pou[va]it pas non plus apporter aucun obstacle aux obligations légales envers la Confédération* » (art. 3 de l'arrêté royal grand-ducal du 6 septembre 1832)<sup>100</sup>. Dans le contexte luxembourgeois, la Constitution ainsi visée n'était autre que la Constitution belge de 1831. Dans l'esprit des Lumières et des révolutionnaires américains et français, l'origine populaire, et même révolutionnaire, de la Constitution devait valoir à celle-ci un rang particulier, à savoir sa supériorité par rapport à toute autre norme de droit positif, y compris, potentiellement, des traités (monisme, avec suprématie du droit interne). Or, c'est précisément cette vision axiologique des Lumières – la plus favorable, *a priori*, à la primauté de la Constitution sur le droit international – que réfutait Guillaume I<sup>er</sup>. Même une révolution, culminant dans une nouvelle Constitution, ne saurait délier le pays des obligations nées des traités.

25. Dans sa lutte pour sauver sa couronne grand-ducale, Guillaume I<sup>er</sup> n'a pas seulement mis en cause la validité de la Constitution belge. Il a également affirmé la primauté des traités à l'égard, et au sein, de la première Constitution propre au Grand-Duché du Luxembourg en tant qu'État distinct du Royaume des Pays-Bas. Le 31 décembre 1830, par un arrêté intitulé « *arrêté royal portant établissement d'une administration particulière pour le Grand-Duché de Luxembourg* »<sup>101</sup>, Guillaume I<sup>er</sup>, en sa qualité de grand-duc de Luxembourg, titulaire exclusif de la souveraineté du Grand-Duché, commençait à établir l'organigramme (embryonnaire) d'un État luxembourgeois séparé de l'État néerlandais. En ce sens, comme l'avaient déjà noté Albert Calmes et, auparavant, en 1880, la Cour supérieure de justice<sup>102</sup>, cet arrêté formait, ensemble avec d'ultérieurs arrêtés et ordonnances<sup>103</sup>, la première Constitution de l'État

1832, n°9 du 15 septembre 1832, p. 109 ss ; avec un erratum publié au *Mémorial*, 1832, p. 119), puis à nouveau en 1839 (*Mémorial*, 1839, n°33, p. 262 ss).

100 Un petit détail mérite d'être noté : alors que l'article 3 de la résolution de la Diète, rédigée en allemand, disposait, de manière plus vague, que la « *innere Gesetzgebung* » (litt : la législation intérieure) des États membres ne devait point enfreindre les normes de la Confédération, la *traduction française de l'art. 3 publiée par Guillaume I<sup>er</sup>* se focalisait de manière plus précise sur « *la Constitution intérieure* » (souligné par moi). Ce petit glissement sémantique marque à nouveau, après l'article 1<sup>er</sup>, que la norme qui était ciblée dans l'action de sape de Guillaume I<sup>er</sup> était la Constitution ; c'est à l'encontre de celle-ci qu'était affirmée la supériorité des traités.

101 L'arrêté royal du 31 décembre 1830 a été publié en français et en allemand, au Luxembourg, au *Mémorial*, 1831, n°1 du 18 janvier 1831, p. 2 s. Mais cette publication n'était que partielle, une partie de l'arrêté restant secrète. Pour la version intégrale, traduite du texte originel hollandais, v. A. CALMES, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la Révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, Édition universelle, 1939, chap. VI, p. 113 s.

102 Cour supérieure de justice (appel, crim.), 17 janvier 1880, *Ministère public c. B. Pasirisie lux.*, t. 1, 1881, p. 620 ss.

103 Arrêté royal grand-ducal du 19 février 1831 portant nomination d'un gouverneur-général du Grand-Duché [avec, y jointes, les instructions définissant l'étendue des pouvoirs du gouverneur], *Mémorial*, 1831, n°4, p. 25 ss ; arrêté du gouverneur sur l'organisation du pouvoir judiciaire et l'administration de la justice dans le Grand-Duché de Luxembourg, *Mémorial*, 1831, n°7, p. 53 ss ; arrêté du gouverneur sur le mode de gouvernement du Grand-Duché, *Mémorial*, 1831, n°10, p. 77 ss ; arrêté royal grand-ducal du 11 juin 1839 concernant la reprise de possession des parties restituées du territoire luxembourgeois, *Mémorial*, 1839, n°5, p. 35 ss ; ordonnance royale grand-ducale du 4 janvier 1840 concernant l'organisation des autorités, *Mémorial*, 1840, n°4, p. 1 ss ; ordonnance royale grand-ducale du 4 janvier 1840 concernant l'administration de la justice, *Mémorial*, 1840, n°4, p. 33 ss.



luxembourgeois, avant même la Constitution d'états de 1841. Albert Calmes en parlait comme du « *point de départ de l'évolution qui a donné au Grand-Duché de Luxembourg sa constitution politique actuelle* »<sup>104</sup>. En partie vrai, le propos est aussi excessif en ce qu'il ignore la rupture de la légalité constitutionnelle de 1856, l'octroi de Guillaume III n'étant pas fondé sur la Constitution de 1848. En revanche, la Constitution de 1848 était, en droit, une version (totalement) révisée de la Constitution de 1841, qui, elle-même, était une modification légale de l'arrêté du 31 décembre 1830 et des arrêtés subséquents. Cette tout première Constitution, en vigueur de 1831 jusqu'en 1841, était une Constitution non codifiée et souple, qui, sur le fond, établissait une monarchie absolue, corrompue et lilliputienne, dont le rayon de pouvoir ne dépassait pas, jusqu'en 1839, la forteresse de Luxembourg – Constitution à tout égard vilaine que la postérité, à tort, préférera ignorer superbement dans ses récits<sup>105</sup>.

Or, que disait cet arrêté royal du 31 décembre 1830, qui se voulait donc le point de départ de l'ordre étatique luxembourgeois ? Il faut d'abord relever le premier alinéa de son préambule : « *Prenant en considération que l'insurrection armée des provinces méridionales du Royaume s'est étendue jusqu'au Grand-Duché de Luxembourg et qu'elle s'y répand, peu à peu, de plus en plus ; qu'en conséquence il est devenu impossible de gouverner celui-ci, conformément à la Loi fondamentale du Royaume, conjointement avec les fidèles provinces septentrionales* »<sup>106</sup>. Sans le dire *expressis verbis*, et même en le cachant sous une phraséologie supposée d'ordre factuel (« il est impossible... »), Guillaume I<sup>er</sup> abrogeait, pour ce qui concernait le Luxembourg, la *Grundwet* de 1815, à laquelle, en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, était soumis jusque-là le Luxembourg<sup>107</sup>. Un tel acte unilatéral de Guillaume ne pouvait trouver son fondement juridique dans la *Grundwet*. Si, à l'époque, Guillaume avait voulu extraire en toute légalité le Grand-Duché de Luxembourg du champ d'application de la Loi fondamentale de 1815, il aurait fallu opérer, conformément aux articles 229 à 234 de la *Grundwet*, une révision de ce texte, spécialement de son article 1<sup>er</sup>, ce qui supposait d'obtenir l'accord des deux chambres du parlement du Royaume des Pays-Bas (i.e. les États généraux, dans lesquels siégeaient également des parlementaires luxembourgeois). Or ce n'est pas ce qui a été fait. Si Guillaume I<sup>er</sup> a abrogé, pour le Luxembourg, les normes de la *Grundwet*,

104 A. CALMES, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la Révolution belge (1830-1839)*, Bruxelles, Édition universelle, 1939, p. 113. Un propos identique se trouve déjà chez Prosper MÜLLENDORFF, *Das Grossherzogtum Luxemburg unter Wilhelm I. 1815-1840*, Luxembourg, V. Büick, 1921, p. 209 : « *Dieses Staatsstück bildet den Ausgangspunkt in der Entwicklung unseres eigenen Gemeinwesens (...)* ».

105 Pour un premier aperçu de cet ordre constitutionnel, v. A. CALMES, *op. cit.*, chap. VI et du même auteur, *La restauration de Guillaume I<sup>er</sup>, roi des Pays-Bas (L'ère Hassenpflug) 1839-1840*, Bruxelles-Luxembourg, Édition universelle-Saint Paul, 1947, chap. II, VII, XIX, XX ; P. EYSCHEN, *Staatsrecht, op. cit.*, 1890, p. 15 ss. L'opuscule de l'orangiste Mathieu-Lambert SCHROBILGEN, *De la situation politique du Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, Lamort, 1833, p. 21 – à ma connaissance, l'unique ouvrage sur le droit public luxembourgeois de cette époque – jetait un voile pudique sur cet aspect peu reluisant du régime, en l'occultant derrière le paravent de belles promesses (non tenues) de liberté de la part de Guillaume I<sup>er</sup>. Versant surtout dans la propagande politique, l'ouvrage est toutefois intéressant en droit en ce qu'il évoque la place et le contenu des traités qui fondaient l'existence du Grand-Duché de Luxembourg.

106 Souligné par moi.

107 En ce sens déjà A. CALMES, *Le Grand-Duché de Luxembourg dans la Révolution belge (1830-1839)*, p. 116 et l'arrêt de la Cour d'appel du 17 janvier 1880. En revanche, P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, p. 503 se trompait lorsqu'il affirmait que « *la ville de Luxembourg est restée régie, pendant toute cette période [1830-39], par la loi fondamentale néerlandaise* ». Pescatore mentionnait, certes, l'arrêt précité de la Cour d'appel, mais n'en tenait pas compte. Quant à l'avis du Conseil d'État du 17 novembre 1858, *Pasinomie lux.*, 1875, p. 201 ss, cité par Pescatore, il affirmait tout au plus qu'un article de la Loi fondamentale (l'art. 8) aurait continué à rester en vigueur après le 1<sup>er</sup> janvier 1831.

ou bien il a commis un acte révolutionnaire, totalement illégal, ou bien il a pu fonder la légalité de son action sur d'autres normes de droit positif, supérieures à la *Grondwet*. Or, il existait effectivement, au niveau des traités, une norme de droit positif qui investissait Guillaume, et lui seul (sans qu'il ait besoin de l'accord de quelque parlement), de la souveraineté pour le Grand-Duché : il s'agissait du traité de Vienne de 1815 (art. 67). Et c'est précisément ce traité qui figure dans l'unique visa de cet arrêté (voir *infra*). Encore fallait-il, pour qu'une telle construction soit cohérente, présupposer que le traité de Vienne soit supérieur à la *Grondwet*, une thèse qui, d'antan, jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, voire au-delà, fut défendue par les théoriciens jusnaturalistes du droit des gens (Vitoria, Suarez, Grotius, etc.). Effectivement, cette thèse a été défendue dans les années 1830, quoique sans aucun fondement théorique, par l'un des plus fervents partisans de Guillaume I<sup>er</sup> à Luxembourg, Mathieu Lambert Schrobilgen (1789-1883), juge à la nouvelle Cour supérieure de justice du Grand-Duché de Luxembourg depuis 1831. À l'encontre des arguments du gouvernement de la Belgique qui, pour asseoir ses prétentions sur le Luxembourg, invoquait des articles de la *Grondwet*, Schrobilgen rétorquait : « *On lui démontrait [i.e. au gouvernement belge] qu'elle [i.e. la Grondwet] n'a pas pu porter atteinte aux réserves solennelles des traités (...)* »<sup>108</sup>.

Après ce volet destructif, qui créait un vide – *exit* la *Grondwet*, pour ce qui est du Luxembourg –, l'arrêté du 31 décembre 1830 se devait de construire un nouvel ordre, le nouvel État luxembourgeois distinct de l'État néerlandais, le nouveau droit interne luxembourgeois distinct (du moins formellement) du droit interne néerlandais. Ainsi, dans les articles de cet arrêté, complété par d'autres arrêtés, Guillaume I<sup>er</sup> établissait pour le Grand-Duché de Luxembourg un régime politique qui n'était autre qu'une monarchie absolue, limitée tout au plus par les exigences des traités. Voici, en effet, l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 31 décembre 1830 :

« *À partir du 1<sup>er</sup> janvier 1831, Notre Grand-Duché de Luxembourg sera gouverné par Nous, distingué et séparé du Royaume des Pays-Bas* ».

Sur quoi était fondée la validité de cet arrêté, et donc de cette première Constitution historique du Grand-Duché ? Son fondement se situait-il dans l'éruption d'un pouvoir constituant s'autoproclamant « souverain » et, en cela, délié de toute obligation juridique préexistante ? La réponse est donnée par l'unique visa de l'arrêté :

« *Vu le traité de Vienne, du 9 juin 1815, par lequel le Grand-Duché de Luxembourg Nous a été cédé en pleine propriété et souveraineté, comme État faisant partie de la Confédération germanique et entièrement séparé des provinces qui composent le Royaume des Pays-Bas (...)* ».

Guillaume I<sup>er</sup> invoquait donc bien sa « souveraineté », mais ce terme ne renvoyait pas à un pouvoir absolu, premier, originaire au sens le plus radical qui soit. Sa « souveraineté » équivalait à une habilitation normative découlant du droit international positif, bref à une *compétence*, au sens strict du terme. Une telle équation entre souveraineté et compétence (délimitée en droit positif, en droit positif des gens) est au cœur de l'ancienne théorie jusnaturaliste de la primauté du droit des gens sur le droit interne<sup>109</sup>. À travers ce visa, Guillaume I<sup>er</sup> exprimait on ne peut plus nettement la thèse selon laquelle le traité de

108 M.L. SCHROBILGEN, *De la situation politique du Grand-Duché de Luxembourg*, p. 14.

109 V. les développements d'histoire de la pensée juridique dans les écrits cités d'A. VERDROSS et de J. KUNZ (note 21).

Vienne constituait le fondement juridique, de droit positif, à la validité de la Constitution luxembourgeoise posée par lui. Voilà qui n'est autre chose que la définition kelsénienne du monisme à primauté du droit international ! Selon Kelsen, la spécificité de cette variante du monisme réside en ce que le fondement de la validité du droit interne (et donc en premier lieu de la Constitution) se situe dans une norme positive du droit international qui, lui-même, tire sa validité d'une norme extra-positive, *sui generis*, car hypothétique, qu'est la *Grundnorm* (la norme fondamentale)<sup>110</sup>. Autrement dit, dans ce paradigme moniste, le droit interne est un sous-système du système de droit international. À l'inverse, en cas de monisme à primauté du droit interne, chaque système de droit étatique dispose de sa propre *Grundnorm*, au sens de norme extra-positive, et le droit international est un sous-système de chaque système de droit étatique (c'est du droit étatique externe).

En conclusion, l'histoire du droit constitutionnel du Grand-Duché de Luxembourg *en tant qu'État distinct* débutait à la nuit de la Saint-Sylvestre de 1830 – à travers l'arrêt du 31 décembre 1830, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1831 – avec l'affirmation, nette, précise et tonitruante, du paradigme moniste dans sa variante accordant la primauté au droit international. Voilà une thèse forte, née d'enjeux forts, dans un contexte d'extrêmes tensions, qui, dès le départ, plaçait l'État luxembourgeois sur une orbite à part. Cette trajectoire sera-t-elle maintenue par la suite ? Guillaume I<sup>er</sup> lui-même réitérera encore cette thèse en 1839, lorsque, suite au traité de Londres, sa souveraineté sur le Grand-Duché de Luxembourg a été, en droit, redéfinie (il sauve un tiers de ses possessions territoriales, mais perd deux tiers). Là encore, sa prise de pouvoir, organisée en droit (luxembourgeois) interne par l'arrêt royal grand-ducal du 11 juin 1839, se fondait *expressis verbis* sur les articles pertinents du traité de Londres<sup>111</sup>. Si, en 1841, la suprématie des traités est beaucoup moins présente et visible dans le texte de la Constitution d'états du 12 octobre 1841<sup>112</sup>, cette thèse s'est manifestée à nouveau lors de l'élaboration de la plus glorieuse et mythique des Constitutions luxembourgeoises, celle de 1848.

## **B. – L'invocation de la suprématie des traités lors de l'écriture de la Constitution de 1848 : souveraineté monarchique & *Fürstenrecht***

26. En 1848, lorsque les deux organes d'État investis du pouvoir de révision en vertu de la Constitution de 1841 (art. 52 al. 3<sup>113</sup>) – le Grand-Duc d'une part (à

110 H. KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, op. cit., spéc. p. 263 s, p. 309 s (« Mais alors on aperçoit également que la norme fondamentale des différents ordres étatiques [...] est une règle du droit international positif, et une règle qui, dans sa formule abstraite, vaut pour tous les États ; règle qui en institue les autorités juridiques supérieures et délimite la sphère d'action de chacune »). V. aussi H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* [Théorie pure du droit], 2<sup>e</sup> éd., § 43, p. 328 ss. Dans la formulation kelsénienne « Le droit international positif est le fondement de la/des Constitution(s) interne(s) » sont contractées une pluralité d'idées, de normes, que, dans ma grille analytique, j'ai distinguées sous les numéros 1, 2, 3 et 6 (v. *supra*, note 20).

111 Arrêté royal grand-ducal du 11 juin 1839 concernant la reprise de possession des parties restituées du territoire luxembourgeois, *Mémorial*, 1839, n°5, p. 35 : « Vu les articles 1, 2, 20 et 24 du traité conclu à Londres le 19 avril de l'année courante et ratifié le 8 juin suivant (...) Art. 1 : Nous reprenons à nouveau en toute souveraineté possession des parties du Grand-Duché de Luxembourg, désignées à l'art. 2 du traité précité ».

112 V. l'ordonnance royale grand-ducale du 12 octobre 1841, promulguée par Guillaume II, et portant Constitution d'états pour le Grand-Duché de Luxembourg, *Mémorial* 1841, n°51, p. 425. Son préambule n'indiquait plus aucune base juridique ; était mentionnée toutefois la volonté de Guillaume II d'établir une Constitution « en harmonie avec les statuts de la Confédération germanique ». Nulle part la suprématie des traités n'était affirmée à l'égard du pouvoir de révision ou de quelque autre pouvoir constitué.

113 Art. 52 al. 3 Const. 1841 : « La présente loi ne pourra être modifiée que du consentement du Roi Grand-Duc et des

l'époque Guillaume II), l'Assemblée d'états composée en double nombre d'autre part – ont établi ensemble, par voie d'une révision totale, le texte de la nouvelle Constitution du 9 juillet 1848, ils se sont estimés liés par les traités et par le droit dérivé de ces traités (en l'espèce, le droit princier), et ce nonobstant le fait que :

1. l'article précité 52 alinéa 3 de la Constitution de 1841, très laconique et incomplet, ne soufflait mot d'une quelconque limite de droit international à l'égard du pouvoir de révision ;
2. cette révision avait lieu dans un contexte politique agité, quasi « révolutionnaire ».

Le texte de la Constitution de 1848 était très largement inspiré, pour ne pas dire copié de la Constitution belge de 1831. Or certains inflexions par rapport à ce modèle, ainsi que les discours tenus à cette occasion par des acteurs politiques en vue, révèlent l'acceptation par le pouvoir de révision de l'époque de sa propre subordination au droit international.

27. Ainsi, il est bien connu que, sur insistance des représentants de la couronne, la commission des quinze, chargée par l'Assemblée constituante d'établir l'avant-projet de Constitution, a opéré un net revirement à propos du principe de souveraineté. Alors qu'une première mouture de texte consacrait, à l'image du modèle belge, le principe révolutionnaire de la souveraineté de la nation, le texte final de la Constitution de 1848 restait absolument silencieux sur ce point fondamental. En l'absence de toute transcription officielle des débats internes à la commission, l'observateur ne peut que se fier aux souvenirs d'un ancien membre de la commission des quinze, Lucien Richard. Voici le résumé qu'il fit de cette discussion : « *M. le Gouverneur étant venu à la séance du 9 mai au soir, fit observer que notre position [celle du Luxembourg] était différente de celle de la Belgique, nouvel État en 1830, et qu'une pareille phrase [celle de la souveraineté de la nation, prévue dans l'avant-projet] pouvait paraître blessante ; qu'elle était inutile en présence des libertés que la nouvelle Constitution allait garantir. La commission fut, après discussion, unanime pour transiger sur les mots [... L'article concerné de l'avant-projet] fut biffé* »<sup>114</sup>. Richard ne précisait pas davantage quelle était cette différence entre la Belgique et le Luxembourg pointée du doigt par le gouverneur de la Fontaine. Pourtant, deux suppositions peuvent être faites, qui, toutes les deux, renvoient au rôle crucial joué par les traités. D'une part, le Luxembourg, à l'inverse de la Belgique, faisait partie de la Confédération germanique, dont le droit s'opposait radicalement à la reconnaissance d'une souveraineté autre que celle du monarque. Il est vrai, toutefois, qu'à ce moment précis le *Deutscher Bund* était en pleine phase de mutation, s'ouvrant aux idées démocratiques dans le cadre de la révolution menée par le Parlement à Francfort. D'autre part, selon un discours très fréquent dans les milieux conservateurs et monarchistes luxembourgeois au XIX<sup>e</sup> siècle, en Belgique la nation, souveraine, avait précédé le Roi ; c'était la nation qui, à travers sa Constitution, avait choisi la dynastie. Au Luxembourg, à l'inverse, les Nassau tenaient leur droit au trône de traités qui précédaient la première Constitution luxembourgeoise<sup>115</sup>.

---

États réunis en nombre double ».

114 UN DES DERNIERS SURVIVANTS DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE [=Lucien Richard], *La Constitution de 1848, ses travaux préparatoires dans la Commission des Quinze, la Section centrale et les séances des États*, Luxembourg, V. Bück, 1894, p. 39.

115 C'est en ce sens que P. WEBER, « Les Constitutions du 19<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, p. 320 a compris l'intervention du gouverneur de la Fontaine. Pour une autre occurrence de ce discours très fréquent, v. par ex. l'avis du Conseil d'État du 22 février 1918 (cité *infra*, n°50) ou les propos d'É. Reuter, *Compte-rendu des séances de la Chambre des*

28. Admettons toutefois que, sur ce point, on ne peut que formuler des hypothèses, sans certitude absolue. En revanche, les sources historiques permettent de juger de manière plus sûre de l'esprit dans lequel, sur un autre sujet, le pouvoir de révision de 1848 a infléchi sa volonté initiale, afin de tenir compte des exigences des traités. Étaient en cause les traités qui, à l'égard de ce nouvel État luxembourgeois à forme monarchique créé en 1815, validaient l'existence de cette source de droit spécifique aux monarchies allemandes, ou d'inspiration allemande, qu'était le « droit princier » (en allemand : *Fürstenrecht*), appelé encore, sous un autre terme générique, les « lois d'une maison princière » (*Hausgesetze*)<sup>116</sup>. Née à la fin du Moyen-Âge, dans le cadre du Saint-Empire romain de nation germanique, la source de droit du *Fürstenrecht* permettait à une famille régnante (une « maison ») de se soustraire au droit commun et de produire, par la voix du chef de famille, entouré éventuellement des agnats, ses propres lois sur des enjeux aussi cruciaux, en droit public et droit privé, que la succession au trône, la régence, la tutelle de l'héritier, les règles d'état civil, le statut des biens de la famille érigés en fidéicommiss, le droit disciplinaire interne, etc. Les Nassau, en tant que famille princière allemande, disposait d'un tel droit princier, dont l'acte central, depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, était le contrat dit « Pacte successoral renouvelé de la maison globale de Nassau » (*Nassauischer Erbverein*) du 30 juin 1783<sup>117</sup>. Dans la plupart des États allemands, l'institution d'une telle source de droit était fondée sur la Constitution. Or, dans le cas spécifique du Grand-Duché de Luxembourg, elle était d'abord, et avant tout, consacrée en droit international. Pas moins de cinq traités assuraient, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, à la maison de Nassau le bénéfice d'un tel pouvoir normatif<sup>118</sup>. Dans le cadre du Luxembourg, le droit princier pouvait donc être qualifié, pour utiliser une terminologie contemporaine, de droit « dérivé » des traités en tant que source de droit instituée par un traité, qui produisait de nouvelles normes s'ajoutant aux normes du traité.

députés, 1917-1918, vol. 2, p. 1943.

- 116 V. H. SCHULZE, « Das deutsche Fürstenrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung und gegenwärtigen Bedeutung », in F. VON HOLTZENDORFF (dir.), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, 5<sup>e</sup> éd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1890, vol. 1, p. 1351-1376 ; H. REHM, *Moderne Fürstenrecht*, München, Schweitzer, 1904 ; D. GOTTWALD, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, Klostermann, 2009.
- 117 Sur le droit princier (ancien et actuel) au Luxembourg, v. L. HEUSCHLING, « Le *Fürstenrecht* et les mariages princiers au sein de la maison grand-ducale de Luxembourg », *Journal des tribunaux. Luxembourg*, 2012, n°22, p. 97 ss ; I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING, « Les sources autonomes : Fürstenrecht, codes de bonne conduite et normes religieuses en matière financière », in *Quo vadis droit luxembourgeois? Réflexions sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Luxembourg, Promoculture, 2013, p. 51 ss. Dans la littérature plus ancienne, v. not. K. BINDING, *Das Thronfolgerecht der Cognaten im Grossherzogtum Luxemburg*, Leipzig, Edelman, 1900 ; J. BRINCOUR, *Die Luxemburgische Thronfolge. Eine staatsrechtliche Studie*, sans éditeur, 1907 ; P. LABAND, *Rechtsgutachten über die Ansprüche des Herrn Grafen v. Merenberg auf die Thronfolge im Grossherzogtum Luxemburg*, Strasbourg, 1907 ; M. SILBERSTEIN, *Rechts-Gutachten betreffend die Successionsrechte des Grafen von Merenberg auf das Grossherzogtum Luxemburg*, 2<sup>e</sup> éd., sans éditeur, vers 1907.
- 118 Dans l'ordre chronologique : 1. le traité de Vienne du 31 mai 1815 (art. 6 : « *Le droit et l'ordre de succession établi entre les deux branches de la maison de Nassau par l'acte de 1783, dit 'Nassauischer Erbverein' est maintenu et transféré des quatre principautés d'Orange-Nassau au Grand-Duché de Luxembourg* ») ; 2. l'Acte de la Confédération germanique (*Deutsche Bundesakte*) du 8 juin 1815 (l'art. 14 rétablit le privilège du droit princier à certaines familles princières médiatisées, ce qui était interprété par certains que, *a fortiori*, les familles princières régnantes au sein du *Deutscher Bund* devaient également disposer de ce privilège) ; 3. l'Acte du Congrès de Vienne du 9 juin 1815 (l'art. 71 qui est identique, à une petite nuance, à l'art. 6 du traité précité de Vienne du 31 mai 1815) ; 4. le traité de Londres du 19 avril 1839 (l'art. 5 de l'annexe mentionne l'existence du droit princier) ; 5. le traité de Londres du 11 mai 1867 (l'art. 1<sup>er</sup> mentionne et confirme les droits successoraux découlant du pacte de Nassau, tel que modifié en 1815 par traité). Les traités le plus invoqués, et qui d'ailleurs étaient nommément cités dans l'art. 3 de la Constitution luxembourgeoise de 1848, de 1856 et de 1868, étaient les traités cités sous les numéros 3 et 5. Mentionnons, au passage, que ces dispositions de ces traités (qui sont toujours citées dans le texte de l'art. 3 de la Constitution actuelle) ne sont plus en vigueur de nos jours, ayant été abrogées par les nouvelles règles de droit international post-1919 et post-1945 qui reconnaissent à chaque État le droit de définir son propre régime politique.

Or, comme la Constitution belge de 1831 servait de modèle aux députés luxembourgeois, et que celle-ci ignorait l'institution d'un quelconque *Fürstenrecht* (alors même que le prince Léopold appelé au trône de Belgique était issu d'une maison allemande), la commission des quinze avait rédigé un avant-projet qui ne conférait aucune place au pacte de Nassau. C'est contre ce projet que Guillaume II a mobilisé les traités afin de bloquer, *ab initio*, l'adoption d'une norme constitutionnelle attentatoire à l'autonomie des Nassau. Pour autant qu'on le sache, le cœur du débat portait sur la succession au trône. D'après les notes de Lucien Richard, la commission des quinze avait approuvé, le 5 mai 1848, un article 3 au libellé suivant : « *Les pouvoirs constitutionnels du Roi Grand-Duc sont héréditaires dans la famille de S.M. Guillaume II, conformément aux dispositions de la Loi fondamentale des Pays-Bas de 1815* »<sup>119</sup>. Il n'y a nulle mention du pacte de Nassau. Celui-ci était contredit à deux égards : du point de vue de la compétence (il ne revenait plus à la maison de Nassau de fixer, par voie de lois domestiques, les règles de succession) et du point de vue du fond (ce projet d'article 3 ignorait les droits de succession au trône des agnats de la branche des Nassau-Weilbourg). Or, ignorer le pacte de Nassau revenait, de la part de l'Assemblée constituante, à violer les traités. Devant un tel acte, les députés firent volte-face. Comme l'écrivait Richard : « *Ces derniers mots [le renvoi à la Loi fondamentale des Pays-Bas de 1815] sont effacés le lendemain [6 mai 1848] comme contraires aux droits de la famille de Nassau* »<sup>120</sup>. Or, parler des « droits » des Nassau, de droits opposables à l'égard du pouvoir de révision, n'avait de sens que si l'on admettait que ce dernier se devait de respecter les traités.

Informé des droits de succession que le pacte de Nassau de 1783 reconnaissait aux agnats de l'autre branche de la famille Nassau, le pouvoir de révision décidait d'abord de surseoir à statuer. Dans son rapport présenté le 18 mai à l'hémicycle, Charles Munchen, l'un des ténors libéraux de l'Assemblée, et considéré parfois comme le « père » de la Constitution de 1848, expliquait que la commission des quinze avait réservé la rédaction des articles 3 à 12 qui « *doivent comprendre les dispositions qui régissent la successibilité des descendants de Sa Majesté le Roi Grand-Duc régnant, et tout ce qui concerne les statuts personnels de cette famille* »<sup>121</sup>. De façon prudente, en attente d'informations sûres et d'une copie authentique du pacte, Munchen notait : « *Un pacte de famille a eu lieu le 30 juin 1783 ; ce pacte pourrait peut-être avoir une grande influence sur l'ordre de succession* »<sup>122</sup>. Visiblement la commission ignorait le contenu exact du pacte qui, du reste, depuis 1815 jusqu'à cette date, n'avait encore jamais été publié au Luxembourg. Toutefois, Munchen était d'ores et déjà conscient des limites de droit international : même s'il ne formulait pas, *expressis verbis*, une hiérarchie des normes (les transcriptions, incomplètes, des débats n'en fournissent aucune trace), il admettait que le pouvoir de révision se devait de respecter les traités. S'adressant à l'assemblée, il affirmait :

« *Il a été impossible à votre commission de vous présenter un projet quelconque, sans s'exposer à heurter une disposition ou un contrat consacré par le temps ou l'autonomie de la dynastie qui occupe le trône. Il était surtout important d'éviter tout conflit pour l'avenir, quelque lointain qu'il fût, et d'empêcher que par la Constitution que vous*

119 UN DES DERNIERS SURVIVANTS DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE, *La Constitution de 1848...*, p. 10.

120 *Ibid.*

121 Lire Procès-verbaux des séances de la session extraordinaire de 1848 des États du Grand-Duché de Luxembourg, réunis en nombre double, pour la révision de la Constitution d'États du 12 octobre 1841, Luxembourg, V. Buck, 1852, p. 154.

122 *Ibid.*, p. 154-5.

*alliez voter, vous ne léguiez à nos descendants des embarras, que la diplomatie ou le droit du plus fort aurait à trancher* »<sup>123</sup>.

Finalement, le 6 juin, la section centrale a proposé à l'Assemblée une nouvelle version de l'article 3 dans laquelle le rôle du pacte de Nassau était reconnu. Ce projet d'article énonçait : « *Les pouvoirs constitutionnels du Roi Grand-Duc sont héréditaires dans la famille de S.M. Guillaume II, Frédéric-Georges-Louis, Prince d'Orange-Nassau, Roi des Pays-Bas, Grand-Duc de Luxembourg, conformément au pacte de la Maison de Nassau du 30 juin 1783* ». Le député Vendelin Jurion proposa d'ajouter *in fine* l'adjonction « *et à l'article 71 du traité de Vienne du 9 juin 1815* », ce qui fut fait. Et c'est cet article 3, ainsi libellé, qui figura dans la Constitution de 1848.

**29.** Pour conclure sur le moment de 1848, notons toutefois trois réserves ou limites : 1. Les propos que j'ai pu identifier (sachant que l'intégralité des débats constitutifs n'a pas été conservée) ne sont pas aussi clairs et nets sur la hiérarchie entre Constitution et traités que ne l'étaient les propos de Guillaume I<sup>er</sup> vers 1830/31 ou que ne le seront les discours des acteurs politiques en 1856, 1907 ou 1917-18. 2. Si l'on admet l'hypothèse qu'en 1848, sous l'empire de la Constitution de 1841, le pouvoir de révision a admis sa propre subordination aux traités, il faut toutefois noter qu'il n'a pas totalement respecté l'empire du droit princier, et donc les exigences des traités. Selon la Constitution de 1848 (art. 6 et 7), qui, sur ces points, copia la solution belge, c'était à la Chambre des députés, et non à la maison de Nassau, qu'il revenait de définir les règles en matière de régence et de tutelle. Cet empiètement sur le champ de compétence du *Fürstenrecht* donna lieu, par la suite (en 1856 et 1907), à de vives discussions. 3. La Constitution issue de cette révision – la Constitution du 9 juillet 1848 – restait, du fait de son inspiration belge, assez silencieuse sur le rang des traités<sup>124</sup>. Or, dans le cadre de cette Constitution en partie « portée » par un mouvement révolutionnaire, et qui fut la Constitution la plus démocratique et libérale que le Luxembourg ait jamais connue au XIX<sup>e</sup> siècle, il me semble qu'une partie de l'échiquier politique – les plus fervents députés libéraux (les « Quarante-huitards » à l'instar des frères Metz), mais non le roi grand-duc Guillaume II et, surtout, Guillaume III – était assez sensible à la thèse de la suprématie de la Constitution, en particulier face à ce droit dérivé réactionnaire qu'était le droit produit par les instances de la Confédération germanique. Sur ce dernier point, les tensions vont exploser en 1856.

### C. – Le moment internationaliste le plus incisif et controversé : 1856

**30.** Le moment de 1856<sup>125</sup> a été l'épisode le plus tendu, virulent et tragique dans l'histoire de la suprématie des traités et du droit dérivé au Luxembourg. Après le mo-

123 *Ibid.*, p. 155.

124 V. les articles mentionnant les/des traités (1, 3, 37) et ceux esquissant la hiérarchie des normes (5 al. 3, 33, 36, 45, 99, 114, 121). On trouve tout au plus, dans l'art. 37, la formule lapidaire « *Le tout sans préjudice aux rapports du Grand-Duché avec la Confédération germanique* », formule qui ne se trouvait pas dans le modèle belge (v. art. 68 Const. belge 1831), et qui indiquait une subordination du « *treaty making power* » du Grand-Duc aux normes du droit confédéral. *Mémorial*, 1848, n°52, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/1848/52>. Les traités du *Deutscher Bund* interdisaient aux États membres de se faire la guerre et de se liquer contre l'un des États membres.

125 Pour une contextualisation politique, v. J. GOEDERT, *La révision constitutionnelle de 1856*, Luxembourg, Saint-Paul, sans date ; A. WEHRER, *L'histoire parlementaire du coup d'État de 1856*, sans date (probablement : 1926) ; l'étude de F. WELTER et surtout celle de P. WEBER in *Livre jubilaire du Conseil d'État 1856-1956, op. cit.*, p. 37 ss, p. 324 ss ; C. CALMES, D. BOSSAERT, *Histoire du Grand-Duché de Luxembourg. De 1815 à nos jours*, Luxembourg, Saint-Paul, 1995, p. 95 ss.

ment révolutionnaire enivrant de 1848, l'heure était à la réaction. Le nouveau roi grand-duc Guillaume III, monté sur le trône en 1849 et hostile à la politique conciliante de son père, entendait restaurer son pouvoir et pouvait, à ce titre, dans le cadre du Luxembourg (mais non aux Pays-Bas), s'appuyer sur le droit international. Deux parties du droit international pouvaient être mobilisées : d'une part, le droit, de nature internationale, de la Confédération germanique, qui permettait d'asseoir les prétentions de Guillaume III à la souveraineté ; d'autre part, les traités consacrant l'autonomie des Nassau en matière de droit princier, en particulier l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815, qui permettaient de contester les articles 6 et 7 de la Constitution de 1848. Notons toutefois immédiatement que, dans cette crise de 1856, c'est le droit du *Deutscher Bund* qui est au centre des débats. En 1856, l'opposition jusque-là latente entre, d'un côté, un droit constitutionnel libéral, inspiré du modèle belge (la Constitution de 1848), et, de l'autre, le droit à contenu réactionnaire du *Deutscher Bund* explosait, à nouveau, au grand jour. Dans ce contexte de tensions exacerbées, où chaque camp fourbissait ses armes, les discours se faisaient plus incisifs : ainsi, le chef de gouvernement Mathias Simons donnera une formulation particulièrement nette et limpide de la thèse du rang supra-constitutionnel des traités et, par extension, du droit dérivé<sup>126</sup> ; de l'autre côté, la majorité libérale à la Chambre des députés résistait avec tous les moyens possibles, sans pour autant tomber dans la thèse radicalement inverse, qui aurait été celle de la suprématie de la Constitution sur l'ensemble du droit international.

### ***1) L'abandon par Simons de la thèse moniste avec suprématie du droit international***

31. Les événements débutaient d'abord avec l'annonce, le 7 octobre 1856, par Guillaume III, du futur dépôt d'un projet de révision de la Constitution de 1848, afin de mettre celle-ci en conformité avec les exigences du droit du *Deutscher Bund*. Autour de l'annonce de ce projet radical, controversé, s'est noué un vif débat, mais celui-ci ne voyait pas moins émerger un point consensuel : la soumission du pouvoir de révision aux traités et, par extension, au droit posé par la Confédération germanique, alors même que les articles 118 et 119 de la Constitution de 1848 étaient muets sur ce point. Dès l'ouverture de la séance parlementaire de 1856, Guillaume III, appuyé par son gouvernement dirigé par Mathias Simons, annonçait son projet de révision dans son discours du trône, lu le 7 octobre à la Chambre des députés par son frère le prince Henri, lieutenant du roi grand-duc :

*« Sa Majesté le Roi Grand-Duc a jugé que le moment était venu de remplir un devoir que Lui impose sa qualité de souverain membre de la Confédération germanique, celui d'assurer la révision de nos institutions politiques. (...) Mettre le texte de la Constitution de 1848 en harmonie avec les exigences impérieuses et inévitables des statuts de la Confédération germanique, tel est le désir de Sa Majesté le Roi Grand-Duc. Sa Majesté, afin de réaliser ses intentions, fait un appel à Votre loyal concours »*<sup>127</sup>.

126 Pour une affirmation très nette du fondement international du droit du *Deutscher Bund* dans son ensemble (traités constitutifs et, par assimilation, tout le droit dérivé), v. le propos du ministre de Guillaume III, Emmanuel SERVAIS, *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1856, 7<sup>e</sup> séance, 24 octobre matin, p. 30 (« La Diète n'existe qu'en vertu des traités ; sa compétence en dérive ; ses résolutions sont donc prises en vertu des traités et ont la même force obligatoire qu'eux »). Ce faisant, il s'opposait à la majorité libérale qui, elle, entendait faire une distinction entre les traités et le droit dérivé.

127 *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1856, 1<sup>re</sup> séance, 7 octobre, p. 3. C'est moi qui souligne.



32. Face à la résistance de la Chambre des députés qui, dans son adresse au roi estimait qu'un tel projet, réactionnaire, était « *étranger à nos mœurs et contraire à notre degré de civilisation* »<sup>128</sup> – ravalant de ce fait les protagonistes de cette révision au rang de barbares... –, le chef du gouvernement Simons, piqué au vif, insistait sur l'obligation *juridique* qui, en vertu des traités constitutifs du *Deutscher Bund*, pesait sur le pouvoir de révision luxembourgeois. Il n'est pas inutile de préciser que, comme la plupart des acteurs politiques en vue de cette époque, Mathias Simons (1802-1874) était juriste, avocat ; il avait même participé au Congrès national qui adopta la Constitution belge de 1831 ; aux yeux d'Emmanuel Servais, c'était un « *homme supérieur, un des plus marquants que notre pays a produits* », « *le premier de nos jurisconsultes* »<sup>129</sup>. Quel que soit l'avis que l'on porte, globalement, sur l'action politique de Simons, il faut effectivement lui reconnaître, en tant que juriste, une certaine finesse d'esprit qui ressort dans son important discours du 23 octobre 1856. Dans ce discours, face aux vives critiques de la majorité de la Chambre des députés, Simons justifiait le projet en arguant que les raisons d'être de ce projet de révision n'étaient pas simplement politiques, mais juridiques :

« *Non, Messieurs, il n'en est point ainsi. Ces motifs sont puisés dans la nécessité du droit. Il faut asseoir cette discussion sur son véritable terrain. Si le gouvernement avait voulu se faire la tâche douce, il aurait certainement cherché à se soustraire au grand devoir qui lui incombe aujourd'hui. En effet, le Gouvernement d'aujourd'hui n'avait-il pas la majorité dans cette Chambre ? N'aurait-il pas pu continuer à administrer paisiblement le pays (...) ? Mais le devoir que nous remplissons aujourd'hui devant vous est un devoir légal.* »<sup>130</sup>

33. Il poursuivait par une théorisation assez subtile, quoiqu'incomplète, des rapports entre droit interne et droit international. Bien que la postérité n'en ait pas gardé le souvenir – Simons est vu, avant tout, comme le complice, si ce n'est l'inspirateur du coup d'État du 27 novembre 1856 –, son discours du 23 octobre 1856 constitue un moment intellectuel majeur dans l'histoire du droit constitutionnel luxembourgeois. C'est, à ma connaissance, la première formulation *doctrinale dense, et un tant soit peu sophistiquée*, du monisme avec primauté du droit international au Luxembourg dont nous avons gardé trace :

« *Il faut se rendre compte de notre situation. Jetons un coup d'œil sur l'histoire des derniers temps, et renfermons-nous dans le cercle que des lois plus fortes que les nôtres ont tracé autour de nous, lois que nous devons respecter, lois sous l'empire desquelles nous nous trouvons, sans que jamais par notre volonté, nous puissions en être déliés. Ces lois sont l'atmosphère politique dans laquelle nous vivons, c'est l'air que nous devons respirer. Hors de ces lois, il n'y aurait que volonté arbitraire ; nous n'aurions plus aucun lien légal auquel nous puissions rattacher nos discussions intérieures ; nous serions dans le vague* »<sup>131</sup>.

128 C'est l'avant-dernier alinéa de l'adresse, et donc sa conclusion, avant que les députés ne s'en remettent à la divine providence (« *Puisse la divine Providence veiller toujours sur les destinées de notre Patrie* »). Pour le texte intégral de l'adresse au trône adoptée le 24 octobre 1856, v. *Compte-rendu*, 1856, 8<sup>e</sup> séance, 24 octobre après-midi, p. 33-36.

129 E. SERVAIS, *Autobiographie* (1895), rééd., Luxembourg, Fondation Servais, 1990, p. 49.

130 *Compte-rendu*, 1856, 5<sup>e</sup> séance, 23 octobre matin, p. 21-22. Le propos est réitéré, *ibid.*, p. 36 et p. 40.

131 *Compte-rendu*, 1856, 5<sup>e</sup> séance, 23 octobre matin, p. 22.

Voilà un discours qui exprimait, sans ambiguïté aucune, le rejet de tout dualisme et l'adhésion à un monisme avec primauté du droit international. Selon une métaphore fort éclairante, Simons ne parlait que d'un seul « *cercle* » tracé par les lois (comprenez : les traités), cercle à l'intérieur duquel devait se mouvoir tout le droit interne (y compris la Constitution et les révisions constitutionnelles). Tout le droit interne était « *sous l'empire* »<sup>132</sup> de ces lois internationales « *plus fortes* », que Simons qualifia encore, on ne peut plus clairement, de « *législation supérieure à la nôtre* »<sup>133</sup>. Sans ce point de rattachement, ce point de départ qu'était le droit international – « *le cachet imprimé sur notre extrait de naissance* » –, le droit interne serait sans point fixe, il flotterait « *dans la vague* ». Il serait sans fondement, car, selon Simons, le fondement du droit interne du Luxembourg résidait dans les traités. C'est ce qu'il redisait encore sous une autre forme, plus nette, lorsqu'il affirmait que le respect du principe monarchique ancré dans le droit du *Deutscher Bund* était « *la condition sine qua non de la validité de toute Constitution d'un pays allemand* »<sup>134</sup>. Si le discours de Simons ne peut être assimilé, tel quel, à ceux de Suarez, Vitoria, Grotius, Verdross, Kelsen et/ou Kunz – l'arrière-fond, épistémologique et politique, n'était pas le même –, il n'en reste pas moins un point commun qui est crucial : on trouve à la fois chez Simons et chez ces penseurs la thèse que ce qui fait la spécificité de cette variante du monisme est la présupposition que la source de validité du système de droit interne se trouve dans le droit international positif. Selon cette vision, le droit étatique luxembourgeois est un sous-système du droit international ; la souveraineté est une compétence conférée par ce dernier. En soi très abstraite, l'affirmation de Simons sur ce « *lien légal* », cette « *condition sine qua non de la validité de la Constitution* », prend davantage corps et forme dans le contexte spécifique de l'histoire du Luxembourg : elle s'inscrivait dans le récit classique, inauguré par Guillaume I<sup>er</sup>, selon lequel l'État luxembourgeois était, et restait, une création (une créature) des traités. La validité de son droit interne tenait à son lien en quelque sorte « *ombilical* » avec les traités.

Après avoir cité longuement le contenu des traités constitutifs du *Deutscher Bund*, Simons enfonçait les clous, en récusant l'argument de ceux qui, sous couvert de l'indépendance et de la souveraineté de l'État luxembourgeois, souhaiteraient se libérer de ces obligations :

« *Voilà, Messieurs, notre droit public fondamental. Ne cherchez pas à vous y soustraire, cela est impossible. (...) Nous devons franchement nous dire : respecterons-nous ou ne respecterons-nous pas ces lois fondamentales, qui sont, en quelque sorte, le cachet imprimé sur notre extrait de naissance. (...) Vous avez beau vouloir être libres, vous ne l'êtes pas. Ne cherchez pas à vous donner de l'indépendance au-delà de la mesure. Ne cherchez pas à vous soustraire à des lois qui pèsent sur vous, que vous ne pouvez pas anéantir, que vous ne pouvez pas écarter. Ces lois, vous devez les subir, soit ! mais enfin ce sont des lois plus haut placées que vous [pouvoir de révision]* »<sup>135</sup>.

132 Le terme est employé à deux reprises p. 22.

133 *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 4-5. Voir aussi les propos de Paul DE SCHERFF, ministre du cabinet Simons, *Compte-rendu*, 1856, 8<sup>e</sup> séance, 24 octobre après-midi, p. 25, à propos de « *conflits de deux lois* » où une loi est « *supérieure* » (en l'espèce, le droit du *Deutscher Bund* qui « *domine notre législation intérieure* »).

134 *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 6.

135 *Compte-rendu*, 1856, 5<sup>e</sup> séance, 23 octobre matin, p. 30. Souligné par moi. Voir aussi *ibid.*, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 5 (« *législation supérieure à la nôtre* »).

« *Si ce droit fédéral [i.e. du Deutscher Bund] dit que notre Constitution intérieure ne peut exister que sous certaines conditions ; s'il nous impose l'obligation de maintenir, dans notre organisation, certains principes dans l'intérêt de tous, nous [pouvoir de révision, État luxembourgeois] devons nous y soumettre, parce qu'ainsi le veut la loi, la foi jurée des traités* »<sup>136</sup>.

« *Admettons que vous ayez devant vous une résolution fédérale et que vous dussiez en conscience vous dire : 'oui, la Diète est restée dans le cercle de sa compétence, elle a ordonné quelque chose qu'elle avait le droit d'ordonner', et que cette résolution fédérale fût contraire à une disposition de notre Constitution intérieure, que feriez-vous ? Je dis que vous devriez, dans ce cas, exécuter la résolution de la Diète et changer votre Constitution* »<sup>137</sup>.

## 2) La force dérogatoire, « corrosive », attribuée aux normes du droit confédéral

34. Pour cerner d'avantage le sens et l'impact, à l'époque, de ce discours de Simons, il convient de le contextualiser encore sous un autre angle. Car que signifiaient ces propos très abstraits de Simons sur la supériorité de ces lois internationales dites « plus fortes » ? Qu'est-ce qui est évoqué à travers cet adjectif ? À cet égard, il faut rappeler qu'après l'échec de la révolution de 1848, la Diète du *Deutscher Bund* ne s'était pas simplement contentée d'adopter la célèbre, et omineuse, résolution appelée communément « résolution de la réaction » du 23 août 1851 (« *Bundesreaktionsbeschluss* »)<sup>138</sup>, à travers laquelle elle exigeait des États membres de revoir toutes les lois et Constitutions adoptées en 1848, afin de les mettre en conformité avec les exigences supérieures du droit confédéral (art. 57 Acte final de Vienne). Pour accroître l'effectivité de ses normes, le *Deutscher Bund* ne s'interdisait pas d'intervenir directement dans les États membres, en ayant au besoin recours à la force militaire, afin de faire prévaloir le droit confédéral<sup>139</sup>.

35. Ce faisant, il nous faut évoquer la question, complexe, des effets dérogatoires, « corrosifs », du principe de la supériorité dans l'hypothèse où un énoncé normatif inférieur « défectueux », car contraire aux normes supérieures, voit le jour. Qu'arrive-t-il à un article d'un texte inférieur, si son contenu (le sens véhiculé) est contraire à des normes dites supérieures ? En théorie, quatre solutions sont envisageables :

- solution n°1 (effet minimal de la hiérarchie) : nonobstant sa contrariété avec une norme supérieure, l'article est bien le support d'une norme en vigueur, valide. L'effet de la suprématie n'est toutefois pas nul : la hiérarchisation des deux classes de normes a pour effet, minimal, de faire peser sur l'auteur de la norme inférieure défectueuse une obligation d'abroger (d'annuler), pour l'avenir, cette norme. Ayant commis une faute, l'auteur de la norme (i.e. le titulaire physique de l'organe) est également exposé à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'à sa révocation (avec l'espoir que le nouveau titulaire sera plus sensible à l'obligation d'abroger la norme défectueuse).

136 *Compte-rendu*, 1856, 5<sup>e</sup> séance, 23 octobre matin, p. 37.

137 *Ibid.*, p. 37.

138 Le texte est reproduit dans E.R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Kohlhammer, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1986, p. 1 s.

139 V. E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 3, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1988, p. 134 ss.

- solution n°2 (la plus radicale, celle de la « nullité ») : l'article critiqué, depuis son adoption, est une coquille vide ; il n'a jamais été le support d'une norme ; on dit que la norme est « nulle et non avenue » : elle est censée n'avoir jamais existé, nonobstant l'impression contraire ; chacun, individu et/ou organe d'État, peut constater/déclarer cette nullité, qui existe *ex tunc*.
- solution n°3 (annulabilité) : l'article a bien donné naissance à une norme (valide), mais celle-ci, du fait de sa contrariété avec une norme internationale supérieure, peut être annulée par une ou plusieurs autorités spécialement désignées à cet effet et distincts de l'organe-auteur de la norme (cet organe autre, appartenant à l'État ou même à la communauté internationale concernée, peut être un organe juridictionnel ou non juridictionnel) ; les effets de l'annulation valent *erga omnes*, à partir d'une date variable (*ex nunc*, à partir d'une date future, voire même *ex tunc*).
- solution n°4 (l'inapplication dans les cas d'espèce) : l'article est le support d'une norme (valide), mais celle-ci ne saurait être appliquée dans les cas d'espèce par les autorités d'État, juridictionnelles et/ou non juridictionnelles<sup>140</sup> ; la norme serait « suspendue » ou bloquée dans ses effets, mais, dans l'avenir, elle pourrait à nouveau redevenir applicable si jamais la norme supérieure bloquante venait à disparaître.

Selon l'option retenue, ou le mélange d'options retenu, la force « corrosive », ou force de frappe, des normes supérieures des traités – leur capacité à éliminer des normes inférieures défectueuses, à « s'imposer » contre elles – peut varier fortement. La « suprématie des traités » n'a pas du tout le même visage selon qu'elle débouche, par exemple, sur l'option n°1 ou l'option n°2.

36. Sur cette question complexe, et cruciale, le droit de la Confédération germanique ne donnait pas une réponse univoque. Ainsi, la résolution de la Diète du 28 juin 1832, dite « Les Six Articles », que Guillaume I<sup>er</sup> avait invoquée en 1832 dans son action à l'encontre de la Constitution belge, rappelait certes aux États membres leurs obligations en matière de respect du principe monarchique, mais ne précisait pas l'impact d'une contrariété sur la validité des Constitutions étatiques critiquées. On se souvient que, au Luxembourg, de Goedecke avait affirmé la nullité de la soi-disant Constitution belge. De l'analyse scientifique d'Ernst Rudolf Huber, il ressort que le droit du *Deutscher Bund* ne s'est pas toujours contenté de la solution minimaliste de l'abrogation par l'organe-auteur, selon les règles internes prévues à cet effet (solution n°1). Pourtant, à l'égard des normes d'une Constitution d'un État membre, c'est cette solution que prévoyait l'article 56 de l'Acte final de Vienne de 1820 : « *Die in anerkannter Wirksamkeit bestehenden landständischen Verfassungen können nur auf verfassungsmässigem Wege wieder abgeändert werden* »<sup>141</sup>. En cet article se cristallisait la conception de l'ordre de Metternich : il convenait de protéger l'ordre à la fois contre des

140 Que les/des autorités relevant de l'exécutif (chef de l'État, gouvernement, administrations) puissent refuser d'appliquer des normes générales contraires à des normes supérieures est une hypothèse rare, mais réelle en droits positifs (en Suisse, en Suède, aux Pays-Bas, en UE, etc.). Pour une étude comparative, v. L. HEUSCHLING, « The Complex Relationship between Administrative Law and Constitutional Law. A Comparative and Historical Analysis », in A. VON BOGDANDY, S. CASSESE, P.M. HUBER (dir.), *The Max Planck Handbook of European Public Law*, Oxford, OUP, vol. 1, à paraître, point D, 2., g).

141 Trad. pers. « *Les Constitutions d'États effectivement en vigueur ne peuvent être modifiées que par la voie constitutionnelle*

révolutions d'en bas et contre des coups d'État d'en haut. Pour opérer une révision, le monarque avait besoin, selon les diverses Constitutions des États membres, de l'accord formel du parlement. Or, si celui-ci s'obstinait à ne pas vouloir reconnaître la nécessité d'une révision, en vue d'adapter la Constitution au droit confédéral, l'effectivité de la suprématie du droit confédéral était, à cette date, des plus réduites. Mais l'Acte final ne se limitait pas à cet article 56 ; il contenait également l'article 58 qui, lui, de façon plus obscure, et inquiétante, énonçait : « *Die im Bunde vereinten souveränen Fürsten dürfen durch keine landständische Verfassung in der Erfüllung ihrer bundesmässigen Verpflichtungen gehindert oder beschränkt werden* »<sup>142</sup>. Un tel article n'autorisait-il pas un monarque, afin de donner plein effet au droit confédéral, à passer outre les exigences de la Constitution de l'État, si, par exemple, le parlement s'obstinait à rejeter une mesure (révision, loi, budget) exigée par le droit confédéral ? L'article 58 ne venait-il pas infléchir, en partie, l'article 56 ?

Le *Bundesreaktionsbeschluss* du 23 août 1851, mobilisé par le gouvernement Simons en 1856, semblait s'inscrire dans la logique de l'article 56<sup>143</sup>. En même temps, il contenait aussi une menace à peine voilée de la part de la Diète d'avoir recours à l'instrument de « *l'exécution fédérale* » (art. 31 Acte final de Vienne 1820), en cas d'obstruction de la part d'un État membre à adapter sa Constitution aux exigences confédérales. Dans ce cas, le *Bund* pouvait envoyer des forces armées avec pour mission de briser cette résistance et d'annuler des dispositions de la Constitution contraire au droit confédéral<sup>144</sup>. C'est ce qui arriva, en 1852, en Hesse électorale (*Kurbessen*) suite à l'intervention des troupes confédérales sur appel du prince-électeur Frédéric Guillaume : la Diète annula, dans sa résolution du 27 mars 1852, la Constitution libérale de *Kurbessen* de 1831 et poussa le prince-électeur à octroyer une nouvelle Constitution réactionnaire (celle de 1852)<sup>145</sup>. De manière analogue, dans le cas du Royaume d'Hanovre<sup>146</sup>, la Diète, par une résolution du 19 avril 1855, avait non seulement intimé l'ordre au gouvernement de mettre la Constitution de 1841, telle que modifiée en 1848, en conformité avec le droit confédéral, mais avait également affirmé qu'il pouvait y procéder, sans nécessairement suivre la procédure de révision. Ce faisant, la Diète autorisait le roi George V à modifier unilatéralement, par voie d'octroi, la Constitution de son Royaume, ce que ce dernier fit le 1<sup>er</sup> août 1855. De telles actions s'inscrivaient davantage dans la logique de l'obscur article 58 que dans celle de l'article 56. Poussé par la volonté de veiller à l'exécution de ses propres normes, le *Deutscher Bund* allait ainsi jusqu'à prôner les solutions plus radicales de la nullité, de l'annulation ou de l'inapplication<sup>147</sup>.

---

*prévue à cet effet* ».

142 Trad. pers. : « *Les princes souverains, unis au sein de la Confédération, ne peuvent être empêchés, ni restreints, dans l'exécution de leurs obligations confédérales, par aucune Constitution d'états* ».

143 La résolution se contentait, en premier lieu, d'affirmer qu'en cas de contradiction entre une norme interne de l'État membre et les obligations confédérales, il appartenait aux gouvernements des États membres de « *provoquer sans délai la nécessaire mise en conformité (diese nothwendige Übereinstimmung ohne Verzug wieder zu bewirken)* », et qu'il leur appartenait d'employer à cet effet « *tous les moyens légaux (durch alle gesetzlichen Mittel)* » (trad. pers.).

144 E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 1, p. 634 ss.

145 E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 2, p. 926 ss.

146 E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 3, p. 209 ss.

147 E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 1, p. 633 (solutions 1, 3, 4), t. 1, p. 636 s (solution 3 ou 4, en cas d'exécution fédérale), t. 1, p. 602 (solution 1) ; t. 1, p. 642 (solution 1, cf. Art. 56 Acte final de Vienne de 1820) ; t. 1, p. 655 s (solutions 2, 3, 4) ; t. 2, p. 43 (solutions 1, 2) ; t. 2, p. 157 (hésitations du *Bund* entre solution 1 et 2 en cas de contrariété d'une loi ordinaire d'un État membre avec le droit confédéral) ; t. 2, p. 182 (en cas de refus par le parlement des dépenses budgétaires nécessaires à la mise en œuvre d'obligations confédérales, l'exécutif

### 3) *Les critiques de la Chambre des députés : Constitution v. droit dérivé ?*

37. Face au discours nettement articulé, voire « musclé », du gouvernement Simons quant à la primauté du droit international, quelle était l'attitude de la majorité des députés luxembourgeois, parmi lesquels se trouvaient nombre de pères fondateurs de la Constitution de 1848 ?

L'acceptation de la suprématie du droit du *Deutscher Bund* risquait d'avoir un coût politique élevé : sauf à laisser traîner les choses ou à faire semblant d'ignorer les exigences du droit confédéral<sup>148</sup>, il aurait fallu, ni plus ni moins, défaire sur de nombreux points l'œuvre de 1848 et renoncer à certaines libertés individuelles et à certaines compétences de la Chambre des députés. Car, au Luxembourg, si le progrès en matière de droit constitutionnel venait de l'ouest (Belgique, France, Grande-Bretagne), le « vent de la réaction » (Norbert Metz) soufflait quant à lui de l'est... Ce risque d'un sabotage des normes constitutionnelles via le droit international avait déjà été clairement perçu, en 1850, par le député radical-socialisant Charles-Théodore André : selon André, en participant à la renaissance du *Deutscher Bund* en 1850, le gouvernement grand-ducal dirigé par Jacques Willmar avait commis un « *Freiheitsmord* » (liberticide), car, d'un trait de plume, il pouvait, via les normes supérieures de la Confédération, « détruire juridiquement (*juridisch zerstören*) » les normes libérales de la Constitution de 1848<sup>149</sup>. Le propos d'André fut repris et réitéré, sous un autre angle, par Emmanuel Servais, membre du gouvernement Simons, en 1856<sup>150</sup> : le souverain, lorsqu'il agissait au sein de la Confédération germanique, était entièrement « souverain » (i.e. délié de la de toute exigence constitutionnelle)<sup>151</sup> ; il pouvait, dès lors, approuver au niveau confédéral une loi (comme celle, réactionnaire, du 6 juillet 1855 sur la répression des abus de la liberté de la presse<sup>152</sup>), qui allait l'emporter sur la Constitution luxembourgeoise. L'article 25 de la Constitution de 1848 interdisait toute caution des éditeurs et imprimeurs ; la loi confédérale précitée (§ 9) exigeait un tel cautionnement.

De prime abord, l'on aurait pu s'attendre à ce que, pour défendre les valeurs de liberté inscrites dans la Constitution luxembourgeoise de 1848, la majorité libérale de la Chambre des députés inverse la hiérarchie échafaudée par Simons et prône la suprématie de la Constitution sur tout le droit international. Or, il n'en a été rien. Pour s'en convaincre, il faut analyser l'adresse au trône, votée à une large majorité par

peut imposer un budget par voie d'ordonnance, en écartant les articles de la Constitution relatifs au pouvoir budgétaire du parlement : solution 4) ; t. 2 p. 931 (Hesse électorale : solution 3) ; t. 3 p. 209 (Hanovre : solutions 3 et 4).

148 C'était l'attitude, en grande partie, du gouvernement libéral précédent, dirigé par Jacques Willmar qui, parfois, s'emmurait et ne répondait point à des missives, demandes et rapports diplomatiques, y compris lorsqu'ils provenaient d'une puissance comme la Prusse. À la longue, une telle politique était, évidemment, intenable. Le bilan de ce gouvernement était aussi ambivalent, car c'est lui qui, en 1850, a consenti à la renaissance du *Deutscher Bund*, qui avait perdu toute effectivité durant les événements de 1848.

149 *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1850, p. 842. Ce propos fait écho à la menace pointée du doigt, de manière abstraite, par Benjamin Constant en 1818 (v. *supra* note 75).

150 *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1856, 7<sup>e</sup> séance, 24 octobre matin, p. 37.

151 En ce sens aussi : M. SIMONS, *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 11 : « *Le Roi Grand-Duc vote à la Diète comme bon lui semble. C'est un principe fondamental, que le Souverain, à la Diète, apparaît dans la plénitude de sa souveraineté* ». C'était affirmer que le champ d'application des droits et libertés constitutionnels n'incluait pas la politique extérieure.

152 Le texte est reproduit dans E.R. HUBER, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart, Kohlhammer, t. 2, 3<sup>e</sup> éd., 1986, p. 3 ss.

la Chambre des députés, et les discours des deux députés Michel Jonas et Mathias Ulrich, porte-parole de cette majorité libérale.

**38.** L'adresse reconnaissait, en son alinéa 14, « *les devoirs de Sa Majesté, ainsi que ceux du Grand-Duché, vis-à-vis de la Confédération germanique* ». Cela revenait à admettre, certes du bout des lèvres, la primauté des traités. Mais, dans leurs discours, les députés Jonas et Ulrich n'incluaient pas dans cette primauté tout le droit dérivé. Au sein du droit confédéral, ils faisaient une distinction nette, parfois manichéenne, entre, en haut, les « bons » traités instituant la Confédération qui, selon eux, ne s'opposeraient nullement à l'esprit libéral de la Constitution de 1848<sup>153</sup> (allégation, candide ou roubiarde, qui, indubitablement, était fausse), et, en dessous, le « mauvais » droit dérivé posé par la Diète qui, lui, concentrerait tout ce qu'il y avait de liberticide dans le droit confédéral. Ils estimaient en outre que, face aux lois (liberticides) de la Diète qui étaient contraires aux traités (libéraux) constitutifs de la Confédération, chaque État membre avait le droit d'examiner leur conformité et, le cas échéant, de refuser leur application<sup>154</sup>. Dès lors, en ignorant (écartant) une partie du droit dérivé et en donnant une vision édulcorée, enjolivée, des traités, Jonas et Ulrich en arrivaient à la conclusion que, au fond, le droit de la Confédération n'exigerait pas la révision prônée par le gouvernement : « *Les actes constitutifs de la Confédération germanique laissent aux États séparés toute leur indépendance et leur liberté, et il n'existe dans aucun de ces actes une disposition quelconque qui soit hostile à notre loi fondamentale* »<sup>155</sup>. Il n'y aurait pas de contradiction, comme l'affirmait également l'adresse au trône en son alinéa 15.

Sur ce point, l'argumentation des libéraux était pour le moins fragile. L'opposition entre traités et droit dérivé, du point de vue de leur teneur respective, était manichéenne : l'esprit réactionnaire était, aussi, ancré dans les traités, spécialement dans l'Acte final de Vienne de 1820. Le droit confédéral n'instituait nullement, au profit des États membres, un droit de « nullification » ou de « non-application » à l'égard des normes du droit dérivé. Le gouvernement Simons avait jeu facile d'identifier dans la Constitution luxembourgeoise de 1848 un certain nombre de contradictions avec le droit dérivé et les traités constitutifs du *Bund* ; il pouvait d'ailleurs, à cet égard, invoquer l'autorité d'un avis scientifique établi par le professeur de l'Université d'Heidelberg Heinrich Zöpfl (1807-1877). Ce spécialiste reconnu du droit du *Deutscher Bund* validait la nécessité de la quasi-totalité des modifications exigées par le gouvernement<sup>156</sup>.

**39.** Dans les débats d'octobre 1856, l'on peut toutefois aussi trouver des arguments qui, à première vue, sous des formulations ambiguës, et parfois enflammées, pourraient laisser penser à une affirmation de la supériorité de la Constitution (luxembourgeoise)

153 V. alinéa 15 de l'adresse au trône ; M. JONAS, *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 31-38. Voir ses conclusions, p. 38 et p. 46.

154 V. les propositions de M. ULRICH, *Compte-rendu*, 1856, 8<sup>e</sup> séance, 24 octobre après-midi, p. 4ss. V., à l'inverse, les répliques d'E. SERVAIS (extrait cité *supra*, note 126) et de P. DE SCHERFF, *Compte-rendu*, 1858, 8<sup>e</sup> séance, p. 18, qui citait l'art. 17 de l'Acte final de Vienne de 1820, accordant le pouvoir d'interprétation du traité à la Diète (c'est à la Diète qu'il revient de trancher les débats sur les limites de sa propre compétence).

155 M. JONAS, *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 46.

156 H. ZÖPFL, *Gutachten über den der Deputirten-Kammer des Großherzogthums Luxemburg vorgelegten Entwurf einer Revision der Verfassung vom 9. Juli 1848*, Luxembourg, V. Büick, 1856, 8 pages. L'avis, daté du 7 novembre 1856, était adressé au ministre de l'intérieur, Wurth-Paquet. Sur Zöpfl, v. la courte biographie intellectuelle chez M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2, Beck, 1992, p. 92 s.

sur le droit confédéral. Ce discours, qui n'est d'ailleurs pas mentionné dans l'adresse au roi grand-duc, restait assez flou, tout en jouant sur une fibre émotionnelle et politique forte : il s'agissait de défendre la Constitution de 1848, source de progrès, de justice, de libertés, de souveraineté et de bien-être. C'est Jonas qui avançait, à plusieurs reprises, le même argument :

*« En présence des résolutions de la Diète, on s'est demandé : les États constitutionnels sont-ils obligés d'accepter indistinctement les résolutions prises par le pouvoir fédéral ? Et l'on a dit : non. On a dit : un Souverain qui a donné une Constitution à son pays, ne peut pas être lié par toutes les résolutions de la Diète. D'abord il est impossible que des résolutions de la Diète puissent se former du moment qu'elles sont destinées à porter atteinte à des libertés, à des droits intérieurs d'un État ; le devoir du Souverain constitutionnel est de ne pas donner sa voix quand il s'agit de prendre une décision pareille ; (...). Je n'admets pas que le Souverain d'un État constitutionnel puisse faire abstraction de la Constitution de son pays ; non, mille fois non, ce principe ne peut être admis »<sup>157</sup>.*

*« Jamais il n'a été admis comme adage dans le droit public de l'Allemagne, que les décisions de la Diète doivent indistinctement avoir force obligatoire dans les différents États, même quand elles seraient en opposition avec le droit constitutionnel de ces pays »<sup>158</sup>.*

*« Toutes les résolutions que la Diète a prises et toutes celles qu'elle pourrait prendre et qui renfermeraient des atteintes à nos libertés, n'ont aucune force obligatoire pour nous ; d'abord parce que le Souverain n'est pas obligé d'y accéder, et que même, s'il y accédait, elles ne sauraient avoir de force du moment qu'elles sont en opposition avec notre Constitution »<sup>159</sup>.*

Il convient tout d'abord de noter que, à chaque fois, Jonas n'a affirmé la supériorité de la Constitution (de l'État luxembourgeois ou de tout autre État membre) qu'à l'égard d'une partie du droit confédéral : le droit dérivé (« les résolutions de la Diète »), et non à l'égard des traités constitutifs. À aucun moment, il n'a situé la Constitution luxembourgeoise au-dessus des *traités constitutifs* de la Confédération. Un tel propos, radical, est absent. Le discours du gouvernement Simons quant à la primauté des traités n'est point contredit, ni de manière explicite, ni même de manière implicite. Car comment Jonas concevait-il cette supériorité des normes de la Constitution (luxembourgeoise) à l'égard du droit confédéral dérivé ? Sur quoi était fondée une telle construction à première vue curieuse ? Serait-ce une apologie, implicite, de la suprématie de la Constitution à l'instar de ce que font, de nos jours, certaines cours constitutionnelles à l'égard du droit dérivé de l'Union européenne ?

Jonas n'a point explicité de manière directe le fondement théorique de son argumentation. Mais sa réponse implicite (logique), qui ressort de l'ensemble de son propos, peut, me semble-t-il, être reconstruite comme suit : lorsqu'il critiquait certaines résolutions de la Diète au regard des normes de la Constitution, et qu'il leur déniait toute force juridique, il le faisait, en vérité, *au nom des traités* qui étaient censés, selon

157 *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 41. Souligné par moi.

158 *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 44. Souligné par moi.

159 *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, 23 octobre après-midi, p. 46. Souligné par moi.



sa lecture (idéalisée) évoquée plus haut, protéger l'autonomie des États dans les affaires intérieures, y compris en matière constitutionnelle. Selon lui, les traités réservaient la compétence de définir les normes constitutionnelles des États membres aux seuls États membres (ils étaient libres de faire comme ils l'entendaient). Dès lors, dans la logique de Jonas, en contredisant une Constitution, le droit confédéral dérivé violait par là même les limites de sa compétence, limites qui étaient définies *dans les traités*. Autrement dit, le discours de Jonas sur la primauté de la Constitution luxembourgeoise à l'égard du droit confédéral dérivé n'était donc, en réalité, qu'une reformulation de la supériorité, à l'intérieur du droit confédéral, des traités constitutifs sur le droit dérivé. Cette façon de comprendre la logique de son discours est du reste confirmée par un propos explicite incident de Jonas<sup>160</sup>.

#### 4) *Le « coup d'État » du 27 novembre 1856 : l'octroi de la Constitution de 1856 au nom de la suprématie du droit confédéral*

40. On connaît la suite des événements. Non content que la majorité libérale de la Chambre des députés ait refusé d'examiner en détail son projet de révision, et ait adopté, dans le sillage de l'adresse, une motion de censure à l'égard du cabinet Simons (en tant que « mauvais » conseillers du roi grand-duc), Guillaume III décida, le 27 novembre 1856, d'invoquer sa puissance souveraine, afin d'octroyer au pays une nouvelle Constitution. Pour ses opposants, c'était un coup d'État, qualificatif que récusait Guillaume III et les membres du gouvernement Simons qui, tous, avaient apposé leur contresceau. Selon eux, ils étaient restés dans le cadre de la légalité, légalité qui, au sommet, était définie par les traités. Lors de l'octroi de cette nouvelle Constitution, intégrant les changements rejetés par la Chambre des députés, Guillaume III affirmait clairement la subordination de son pouvoir constituant – pourtant dit « souverain » – aux traités, traités qui, en l'espèce, protégeaient des intérêts cruciaux de la monarchie (le principe de la souveraineté du Grand-Duc, l'étendue de ses compétences, l'empire du droit princier). Voici les discours les plus marquants à ce sujet :

Proclamation du roi grand-duc Guillaume III à ses sujets du Luxembourg du 27 novembre 1856 : « *Luxembourgeois ! Nous avons fait appel au loyal concours de la Chambre des députés, pour introduire dans la Constitution de 1848, certaines modifications qui sont basées, non pas sur une volonté arbitraire, mais sur les traités qui lient le pays. À Notre regret, ce concours Nous a fait défaut. (...) Fort de Nos droits de Souverain, pénétré de Nos devoirs envers Nos alliés et envers Nos sujets, Nous reprenons dès lors l'autorité inséparable de Notre Couronne ; Nous reconnaissons les obligations que les traités imposent au Grand-Duché (...)* ».<sup>161</sup>

160 Lire *Compte-rendu*, 1856, 6<sup>e</sup> séance, p. 41 (c'est moi qui souligne) : Jonas affirmait qu'admettre que les résolutions de la Diète puissent prévaloir sur la Constitution d'un État membre reviendrait à admettre que « *le souverain [le monarque] pourrait changer arbitrairement les dispositions constitutionnelles* ». Or, ajouta-t-il, ces dispositions constitutionnelles « *ne peuvent, d'après les statuts de la Diète [art. 56 Acte final de Vienne de 1820], être modifiées que par la voie tracée par la Constitution [i.e. la procédure de révision]* ». On remarquera que, ici, de manière explicite, Jonas fondait l'immunité de la Constitution à l'égard des résolutions de la Diète, non pas sur un article de la Constitution luxembourgeoise (par ex. l'art. 118 Const. 1848, relatif à la procédure de révision), ce qui aurait été logique si la Constitution luxembourgeoise était la norme suprême de l'ordre juridique au Luxembourg, mais sur l'art. 56 de l'Acte final de Vienne. Autrement dit, sa critique des résolutions était fondée, *in fine*, sur les traités constitutifs. Selon Jonas, si une résolution de la Diète contredisait le contenu de la Constitution luxembourgeoise, ou de toute autre Constitution, elle violait de ce fait l'art. 56 de l'Acte final de Vienne ; et c'est à cause de la violation de cette norme supérieure qu'elle était censée perdre toute force juridique à l'égard de la Constitution d'un État membre.

161 *Mémorial*, 1856, n°28, p. 209-10. C'est moi qui souligne.

Préambule de l'ordonnance royale grand-ducale du 27 novembre 1856 portant révision de la Constitution : « *Considérant que la Constitution du 9 juillet 1848, œuvre de temps agités, contient des dispositions contraires aux principes fondamentaux de la Confédération germanique dont le Grand-Duché de Luxembourg fait partie, d'après les actes et traités qui l'ont érigé en État indépendant ; Considérant que, pour remplir l'obligation fédérale de mettre la Constitution du Grand-Duché en harmonie avec ces principes (...); Voulant remplir le devoir que Nous impose Notre qualité de Prince Membre de la Confédération germanique (...)* »<sup>162</sup>.

Autobiographie d'Emmanuel Servais, ministre en 1856 et contresignataire à ce titre de l'ordonnance du 27 novembre 1856, futur chef de gouvernement de Guillaume III (1867-74), à propos de cet octroi : « *Je ne veux pas me décharger de la part de responsabilité que la publication de la Constitution de 1856 m'a fait encourir. Je veux seulement plaider les circonstances atténuantes et repousser l'odieux dont on a voulu nous couvrir, en la présentant comme contraire à nos mœurs et à notre degré de civilisation. Elle avait sans doute un grand défaut : c'était le pouvoir souverain indéfini qu'elle établissait ; mais il tenait aux statuts fédéraux auxquels il fallait se conformer* »<sup>163</sup>.

41. En l'espèce, Guillaume III attribuait à la suprématie des traités et du droit dérivé de la Confédération un effet dérogoire incisif à l'égard des normes inférieures de la Constitution (ici les articles 118 et 119 de la Constitution de 1848 relatifs à la procédure de révision). Suivant le modèle d'autres monarches au sein du *Deutscher Bund*<sup>164</sup>, et s'inspirant probablement de l'article 58 de l'Acte final de Vienne de 1820, Guillaume III affirmait qu'eu égard à l'illégalité de l'obstruction de la Chambre (celle-ci devait, selon lui, admettre une révision), il était délié, en l'espèce, de l'obligation de suivre les articles 118 et 119 de la Constitution de 1848 relatifs à la procédure de révision et qu'il pouvait dès lors abroger tout seul les normes contestées et les remplacer par d'autres. Selon lui, l'effet de la supériorité du droit confédéral sur la Constitution luxembourgeoise ne se limitait pas à la solution n°1 (i.e. l'art. 56 Acte final 1820).

Notons aussi que, déjà lors du débat à la Chambre de députés en octobre 1856 sur le projet de révision, Emmanuel Servais avait également reconnu aux traités un effet « neutralisant » qui allait au-delà de la solution n°1. En effet, après avoir cité le propos du député André qui, déjà en 1850, avait noté, avec regrets, que l'adoption d'une norme confédérale permettait au monarque de « *détruire juridiquement* » les dispositions de la Constitution, Servais ajoutait :

« *Ce n'est pas nous qui le disons, c'est M. André qui le dit aussi : en reconnaissant la Diète, on a détruit légalement (juridisch) les dispositions de la Constitution contraires aux lois fédérales. La nécessité de la révision serait donc évidente ; car on ne saurait laisser subsister des textes d'une Constitution lorsqu'ils seraient sans force en présence d'un principe supérieur* »<sup>165</sup>.

162 *Mémorial*, 1856, n°28, p. 211.

163 E. SERVAIS, *Autobiographie* (1895), rééd., Luxembourg, Fondation Servais, 1990, p. 91.

164 V. les coups d'État du roi Frédéric Auguste III en Saxe (1850), du roi Guillaume I<sup>er</sup> au Wurtemberg (1850), du roi Georges V en Hanovre (1855), etc. Voir E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, t. 3 p. 136.

165 *Compte-rendu*, 1856, 7<sup>e</sup> séance, 24 octobre matin, p. 28. À noter : c'est Servais, et non moi, qui a souligné le terme « légalement ».

En l'espèce, il n'est toutefois pas parfaitement clair ce que Servais visait en disant que les textes (donc les articles, les énoncés) de la Constitution étaient « *sans force juridique* », en cas de contradiction avec une norme supérieure d'un traité. « Sans force » peut renvoyer ou bien à la solution n°2, ou bien à la solution n°3, ou bien à la solution n°4

### **5) La suprématie du droit international dans le texte de la Constitution de 1856**

42. Pour clore cette analyse du moment de 1856, il faut jeter un bref coup d'œil sur le texte de la nouvelle Constitution du 27 novembre 1856<sup>166</sup>. De tous les textes constitutionnels luxembourgeois du XIX<sup>e</sup> siècle, celui de 1856 était le plus explicite et le plus ambitieux quant à la suprématie des traités, du moins de *certain*s traités. Le rang des traités en général et de la coutume internationale n'était point explicité. En revanche, le droit de la Confédération germanique (à la fois les traités fondateurs et le droit dérivé de ces traités) se voyait attribuer un rang des plus clairs, à savoir, au-dessus de la Constitution et des lois. On peut citer, à ce titre, pas moins de quatre articles (c'est moi qui souligne) :

Art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> : « *Le Grand-Duché de Luxembourg forme un État indépendant, indivisible et inaliénable. Il fait partie de la Confédération germanique et participe aux droits et obligations résultant de la Constitution fédérale. Il ne peut être dérogé à ces droits et à ces obligations par la législation intérieure du pays* ».

Art. 32, al. 1<sup>er</sup> et 2 : « *La puissance souveraine réside dans la personne du Roi Grand-Duc. Le Roi Grand-Duc l'exerce conformément aux statuts de la Confédération germanique, à la présente Constitution et aux lois du pays* ».

Art. 37 (repris de la Constitution de 1848) : « *Le Roi Grand-Duc commande la force militaire, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce (...). Le tout sans préjudice aux rapports du Grand-Duché avec la Confédération germanique* ».

Art. 96 : « *Tout ce qui concerne la force armée est réglé par la loi, sauf les obligations fédérales* » [i.e. les obligations découlant de la Confédération germanique].

L'article 32 subordonnait les pouvoirs « souverains » du Grand-Duc à trois séries de normes dans l'ordre suivant : le droit de la Confédération, la Constitution luxembourgeoise et les lois luxembourgeoises. Or, puisque le Grand-Duc, souverain, participait à l'élaboration de toutes les normes étatiques – les lois, les règlements, les traités et, *aussi*, les révisions de la Constitution –, *toutes* les futures normes du droit interne, y compris les normes de rang constitutionnel produites par voie de révision, étaient soumises au droit (de nature internationale) du *Deutscher Bund*. La même conclusion ressort de l'analyse de l'article 1<sup>er</sup> : par « législation intérieure » étaient visés non seulement les lois, mais, bel et bien, tout le droit interne, y compris les révisions, qui étaient des lois à régime spécial (le régime de leur élaboration était le même que pour les lois ordinaires sauf les règles spéciales prévues à cet effet dans l'article relatif à la révision). Ces deux articles, 1<sup>er</sup> et 32, se rapprochent le plus de la proclamation d'un principe

<sup>166</sup> *Mémorial*, 1856, n°28. Le texte de la Constitution de 1856 peut être consulté sur internet : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/1856/28#page=3>

général de suprématie du droit international sur la Constitution. Quant aux articles 37 et 96, ils relèvent du même registre, mais portent seulement sur certains pouvoirs spécifiquement désignés. En même temps, il faut noter que les quatre articles n'évoquaient pas, de manière générale, le rang de *tous* les traités<sup>167</sup>, alors même que le respect de certains traités internationaux autres que ceux instituant la Confédération germanique faisaient partie des motifs inspirant l'action de Guillaume III (il s'agissait des traités consacrant l'existence et l'autonomie du droit princier). Autrement dit, 1856 aurait pu être le moment idéal pour consacrer dans le texte de la Constitution le principe de la supériorité si ce n'est de tout le droit international, du moins de tous les traités et du droit dérivé, idée qui était déjà nettement dans les esprits de certains acteurs de l'époque. Mais, pour une raison qui reste obscure, cela n'arriva pas.

#### **D. – L'affirmation, en 1907, du rang supra-constitutionnel du droit princier à raison de son ancrage dans les traités**

43. Le discours d'acteurs vilipendés souvent par la suite comme des « putschistes » était-il représentatif de l'opinion générale du pays ? 1856 était-il révélateur d'une tendance lourde traversant tout le XIX<sup>e</sup> siècle luxembourgeois ? L'observateur actuel pourrait, de prime abord, en douter. Pourtant, avant 1856, il y avait déjà eu le discours incisif de Guillaume I<sup>er</sup> et des orangistes face aux Constitutions belge, néerlandaise et luxembourgeoise. Après 1856, l'allégation d'une subordination du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision aux traités et au droit dérivé des traités sera reprise et maintenue, certes, non pas dans les articles de la Constitution de 1868, mais tout de même dans les discours des acteurs politiques. Dans le texte de la Constitution du 17 octobre 1868, qui est issu d'une révision légale de la Constitution de 1856, le silence sur le rang des traités et, plus généralement, du droit international était total<sup>168</sup>. En effet, les quatre énoncés décisifs, consacrant en 1856 la suprématie des traités et du droit dérivé de la Confédération germanique (les articles 1<sup>er</sup>, 32, 37 et 96), ont été rayés ou réécrits en 1868, pour la simple raison que le *Deutscher Bund* n'existait plus. En même temps, le principe de la hiérarchie n'a pas été conservé et transposé au reste du droit international, au moins pour les autres traités. En effet, aucun nouvel énoncé portant sur le rang du droit international n'a été ajouté en 1868.

Toutefois, le paradigme moniste avec primauté du droit international, qui, en 1872, a fait sa première apparition en jurisprudence<sup>169</sup>, s'est également maintenu dans l'esprit des acteurs politiques de cette époque (1868-1919). Un premier exemple révélateur est fourni par les célèbres discussions en 1907 à la Chambre des députés autour de la loi du 10 juillet 1907 conférant force de loi au statut de famille du 16 avril 1907 (un acte relevant du *Fürstenrecht*, du droit princier Nassauvien)<sup>170</sup>. Un second exemple marquant est fourni par les débats de 1917-19, lorsque, pour la première fois, le texte de 1868 est soumis à révision.

167 V. par ailleurs le silence des dispositions constitutionnelles ébauchant la hiérarchie des normes : articles 1<sup>er</sup>, 8, 32, 35, 36, 37, 39, 41, 42, 57, 76, 81, 95, 96, 107, 110.

168 Lire, en particulier, les articles 1<sup>er</sup>, 3, 5, 8, 32, 36, 37, 95, 107, 110. Le texte est consultable sur le site internet de Légilux : *Mémorial*, 1868, n°23, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/memorial/1868/23>

169 V. *supra*, note 31 l'arrêt du Conseil d'État, comité du contentieux, du 18 janvier 1872.

170 Loi du 10 juillet 1907, *Mémorial*, 1907, n°37, p. 441 s. Je cite les débats parlementaires d'après la publication distincte qui en a été faite par la Chambre des députés sous forme de livre : CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Projet de loi conférant force de loi au statut de famille de la maison de Nassau du 16 avril 1907. Discussions et annexes*, Luxembourg, V. Bück, 1907, 520 p.

44. Lors du débat de 1907, qui est le débat parlementaire le plus important et le plus sophistiqué sur le droit princier au Luxembourg, plusieurs acteurs (des députés, des membres du gouvernement, le Conseil d'État) revenaient sur les événements de 1856, à raison de leur rôle par rapport au droit princier. Tout en stigmatisant de manière générale ce coup d'État, certains des orateurs, en particulier le député libéral Adolphe Schmit, étaient amenés à concéder que, depuis 1815 jusqu'à ce jour, l'État luxembourgeois était lié, en matière de *Fürstenrecht*, par certains traités et que, eu égard à la supériorité des traités, le pouvoir constituant originaire (en 1856) et le pouvoir de révision (en 1848 et en 1856) devaient, ou auraient dû, s'y plier. C'est au cours de ce débat de 1907 qu'est formulée de manière explicite la thèse du rang supra-constitutionnel du droit princier : étant ancré dans les traités (c'est sa qualité de droit « dérivé »), le droit princier est supérieur à tout le droit interne luxembourgeois, y compris à la Constitution<sup>171</sup>.

Comme l'on sait, divers traités internationaux garantissaient à la maison de Nassau l'existence de leur droit princier en tant que sous-système dynamique de normes<sup>172</sup>. Parmi les divers domaines régis par le *Fürstenrecht* nassauvien, dont le document central était alors le pacte de 1783, figuraient aussi les questions relatives à la régence et la tutelle. La Constitution de 1848 n'avait pas respecté la compétence de la maison de Nassau sur ces deux points, compétence que Guillaume III avait, au contraire, rétablie en 1856 (v. art. 6 et 7 Const. 1856). En 1868, lors de la révision libérale de la Constitution de 1856, les deux articles 6 et 7 furent maintenus tels quels, nonobstant leur mode d'édiction sulfureux. L'argument qui était avancé en 1868 – d'après les dires des orateurs de 1907<sup>173</sup> –, et qui sera amplement repris en 1907, était que le changement de Constitution en 1856 se justifiait, pour ces deux articles, au regard de la supériorité des normes du droit princier, supériorité qui découlait de la supériorité des traités internationaux.

45. L'exposé des motifs du projet de loi de 1907, signé par le ministre d'État Paul Eyschen, énonçait ainsi : « En 1856, cette disposition [l'art. 6] fut modifiée dans des termes qui ont été maintenus en 1868. L'exposé des motifs portait qu'on veut respecter et rester fidèle au Pacte de famille et que dès lors les organes représentatifs du Pays ne pouvaient jamais avoir la mission de nommer un Régent ».<sup>174</sup> On remarquera que, dans cet extrait, la supériorité du pacte, en vertu de la supériorité des traités, n'était pas clairement affirmée par Eyschen : Eyschen se contentait d'écrire : « on veut... », et non : « on doit ». De manière générale, comme déjà indiqué, les propos d'Eyschen sur la place et l'autorité des traités restaient assez flous et ambigus<sup>175</sup>. Or, les propos d'autres acteurs en 1907 étaient bien plus concis.

171 En même temps, le droit princier, en tant que droit « dérivé », était inférieur aux traités. Ce point avait déjà été clairement perçu, en 1833, par M.L. SCHROBILGEN, *De la situation politique du Grand-Duché de Luxembourg*, op. cit., p. 6 : « L'ordre intérieur de la succession [i.e. le pacte de Nassau de 1783] ne peut déroger aux traités qui ont lié le Luxembourg, comme État indépendant et souverain, à la Confédération germanique ».

172 V. *supra*, note 118.

173 Des retranscriptions officielles des débats de 1868, une telle information ne ressort pas. Il faut dire qu'il est particulièrement difficile d'obtenir une image rétrospective fidèle de l'esprit qui, sur tel ou tel point, a animé les acteurs en 1868. Les « débats » en séance publique ont été expédiés à la hussarde (tout s'est joué en deux jours ; il n'y a pas eu de discussion générale sur la révision ; le plus souvent, le vote sur chaque article a eu lieu sans débat préalable). Le compte-rendu ne retranscrit pas les débats dans les commissions. Quant aux documents écrits (rapports, avis, etc.), ils sont souvent courts et lacunaires.

174 CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Projet de loi conférant force de loi...*, p. 487.

175 V. *supra*, n°7.

46. Ainsi, l'avis du Conseil d'État énonçait que l'ancien article 6 de la Constitution de 1848 « a été écarté en 1856 comme contraire au Pacte de famille » et que, sur ce point, « on [est visé ici le pouvoir constituant souverain] a entendu se conformer au Pacte de 1783 »<sup>176</sup>. Plus nets encore, les propos du député libéral Adolphe Schmit, rapporteur général du projet de loi de 1907. Face au discours du député socialiste Housse, contradicteur virulent du droit princier et fervent défenseur des vertus démocratiques de l'article 6 de la Constitution de 1848, Schmit l'interrompt :

« On l'a changée [la Constitution] parce qu'on a appris qu'elle n'était pas en conformité. (...) On a changé l'article 6 de la Constitution, parce qu'on a vu qu'il n'y avait pas de conformité entre cette disposition et le pacte de 1783, qui avait été consacré par le traité de Vienne »<sup>177</sup>.

On notera, là encore, la présence du mot « on », terme ô combien neutre, petit, insignifiant pour parler du pouvoir constituant originaire ! Imagine-t-on, un instant, Sieyes, ou quelque autre révolutionnaire français ou américain, évoquer le constituant – ce pouvoir si extraordinaire, si élevé, qui, à l'image de Dieu, crée l'univers juridique – sous le sobriquet « on » ? Cette absence de toute apologie du constituant dans les débats de 1907, comme dans d'autres débats, dévoile en creux la présence, au Luxembourg, d'une vision selon laquelle le constituant n'est point ce pouvoir absolu qui est délié du respect des lois (internationales) positives ; c'est, au contraire, un pouvoir subordonné, soumis aux traités. Schmit réitéra en effet ses propos :

« La Constitution de 1848, en disposant que la Chambre pourrait à la régence, avait fait complètement abstraction du pacte de famille de 1783 qui pourtant avait été maintenu et consacré par le traité de Vienne. Dès lors, pour mettre l'organisation de la régence en concordance avec nos engagements stipulés au traité de Vienne, il a fallu substituer dans la Constitution de 1856 le texte nouveau à l'ancien. »<sup>178</sup>

Face au leader socialiste, Michel Welter, qui se faisait le héraut des idées de 1848 et le critique acide de la réaction de 1856, Schmit répliquait :

« Cela n'avait rien de réactionnaire du moment que vous admettez que l'article 6 ancien n'était pas en concordance avec nos engagements internationaux »<sup>179</sup>.

Voilà qu'un coup d'État était en partie – pour ce qui est de l'article 6 – justifié, en référence à la supériorité du pacte de Nassau et des traités !<sup>180</sup> L'argument de la primauté des traités et du droit dérivé (ici le droit princier) à l'égard du constituant et du pouvoir de révision était affirmé à nouveau, de manière catégorique, par Schmit en réaction à l'intervention du député Probst. Ce dernier avait relevé que l'article 6, en 1848, avait été accepté librement par Guillaume II : celui-ci aurait ainsi consenti à

176 L'avis du Conseil d'État du 1<sup>er</sup> juin 1907 est reproduit in extenso dans CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Projet de loi conférant force de loi...*, p. 509 ss. Pour l'extrait cité, voir *ibid.*, p. 512.

177 *ibid.*, p. 193 (c'est moi qui souligne). J'ai rectifié, dans la citation, une erreur : Schmit se référait à l'art. 3, mais il est évident, eu égard au contexte, qu'il visait l'art. 6 de la Constitution de 1848.

178 CHAMBRE DES DÉPUTÉS, *Projet de loi conférant force de loi...*, p. 295 (souligné par moi).

179 *Ibid.*, p. 295.

180 L'argument de la violation des traités par le pouvoir de révision en 1848 fut défendu également par le député de droite Philippe BECH : « L'article 6 de la Constitution de 1848 décrète un droit contraire à l'Erverein » (*ibid.*, p. 335). Le même acteur disait encore, p. 336 : « Les droits des agnats préexistants et admis par le Congrès de Vienne ont été maintenus sur ce point [en 1856], la violation résidait donc [au niveau de] la Constitution de 1848 et non [de] celle de 1856 ».

cette renonciation. La réplique de Schmit fut cinglante : « *Le Souverain ne peut pas se mettre en contradiction avec un traité international* » ; selon lui, « *le traité de Vienne était violé* »<sup>181</sup>. Sous-entendu : pour que, à l'occasion de cette révision totale, le Grand-Duc ait pu faire une telle concession, il eût fallu que toute la maison de Nassau y consente, y compris les agnats de la branche des Nassau-Weilbourg (ce qui n'avait pas été le cas).

### E. – L'invocation, en 1917-19, des traités à l'encontre de la consécration de la souveraineté de la nation

47. Le célèbre débat de révision, en 1917-19, sur la démocratisation de la Constitution de 1868 est intéressant à plusieurs titres pour le présent sujet. Tout d'abord, on y trouve à nouveau, cette fois-ci sous la plume du ministre d'État Léon Kauffman, une formulation des plus explicites du principe de la suprématie des traités sur la Constitution. Y est réaffirmée aussi une dernière fois, tel le chant de cygne, la thèse de l'ancrage en droit international du principe de la souveraineté du Grand-Duc, afin de bloquer toute révision visant à introduire le principe contraire de la souveraineté de la nation. Eu égard à cet enjeu, et à la force de frappe de l'argument des traités, l'un des protagonistes les plus en vue de cette proposition de révision, le libéral Maurice Pescatore (1870-1928), ne s'est pas contenté de la réaction usuelle, consistant à contester le contenu réactionnaire allégué des traités, ainsi que l'avaient déjà fait les députés libéraux en 1856 ou les socialistes en 1907 (sur le mode : les traités ne disent pas ce qu'on leur fait dire). C'était l'attitude adoptée systématiquement, en 1917-19, par l'autre leader des libéraux, l'avocat Robert Brasseur. Pescatore, qui, lui, n'était pas juriste, mais industriel, gentleman-farmer et sportif<sup>182</sup>, a visiblement joué avec l'idée, plus radicale, plus aventurière, de la primauté de la Constitution sur les traités. Mais, au final, il y a renoncé.

48. En novembre 1917, alors que le pays était plongé depuis des années dans une profonde crise (l'occupation par les troupes allemandes, la précarité de la situation du Grand-Duché sur le plan diplomatique, les problèmes de ravitaillement et de famine, les tensions entre la grande-duchesse Marie-Adélaïde et la Chambre des députés, etc.), le parti libéral cherchait à faire avancer l'objectif de la démocratisation du régime politique, qui, depuis des années déjà, travaillait le pays. Il déposait une proposition de déclaration de révision (ou plutôt : de révisabilité) de la Constitution<sup>183</sup>. Si toutes les fractions (les libéraux, la droite catholique, les socialistes) étaient, en principe, d'accord pour réviser la Constitution de 1868 afin d'y introduire le suffrage universel, les ténors du parti clérical à la Chambre des députés, le gouvernement dirigé par le ministre d'État Léon Kauffman (également du parti de la droite) ainsi que le Conseil d'État refusaient de consacrer le principe de la souveraineté de la nation<sup>184</sup>. Leur

181 *Ibid.*, p. 335.

182 V. sa notice biographique dans *Biographie nationale du pays de Luxembourg*, fascicule 2, p. 559 ss. Disponible sur internet : [http://www.luxemburgensia.bnl.lu/cgi/luxonline1\\_2.pl?action=co&sid=luxbio](http://www.luxemburgensia.bnl.lu/cgi/luxonline1_2.pl?action=co&sid=luxbio)

183 Pour le texte complet de la proposition et les documents parlementaires afférents, v. *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés du Grand-Duché de Luxembourg*, session législative 1917-1918, vol. 2, Annexes, p. 122-171.

184 Voir not. les discours des députés Pierre DUPONG (6 mars 1918), Auguste THORN (7 mars 1918), Émile REUTER (12 juin 1918) et du chef de gouvernement Léon KAUFFMAN (7 mars 1918) : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session législative 1917-1918, vol. 2, p. 1515 ss, p. 1558 ss, p. 1568, p. 1578, p. 1941 ss et Annexes, p. 147 ss (mémoire du gouvernement du 1<sup>er</sup> juin 1918 à l'adresse des députés). Même refus de la part du Conseil d'État dans son avis du 22 février 1918 et dans celui du 21 mars 1918, *ibid.*, vol. 2, Annexes, p. 131 ss, p. 145 ss.

crainte était que le principe de souveraineté populaire ne devienne « *la machine de guerre contre la position du Trône* » (Pierre Dupong<sup>185</sup>) et qu'il servît, à terme, à proclamer la République. Car, une fois qu'il était acté que *tous* les pouvoirs émanaient de la nation (i.e. du peuple), celui du chef de l'État ne saurait y échapper. Proclamer la souveraineté de la nation revenait, de l'avis de la droite, à ouvrir juridiquement la voie à l'abolition de la monarchie, à un moment où, de surcroît, Marie-Adélaïde était vivement critiquée par les libéraux et les socialistes à cause de ses affinités avec le catholicisme, ses origines allemandes, sa volonté d'user elle-même des compétences discrétionnaires de l'organe Grand-Duc et, enfin, son attitude à l'égard du *Kaiser* pendant l'occupation.

Dans ce débat agité, les traités internationaux étaient l'argument principal des partisans du trône afin de bloquer toute remise en cause du *statu quo*. Leur argumentation juridique – du moins jusqu'à la fin de 1918 – se déclinait comme suit : 1. les traités internationaux sont supérieurs à la Constitution (i.e. le pouvoir de révision doit les respecter, alors même que le texte de la Constitution, en particulier l'article 114, n'en souffle mot) ; 2. l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 ainsi que le traité de Londres de 1867 consacrent la forme monarchique de l'État luxembourgeois, l'identité de la dynastie (i.e. les Nassau), le principe de la souveraineté du Grand-Duc ainsi que l'autonomie de la maison grand-ducale en matière de *Fürstenrecht* ; 3. ces prérogatives monarchiques sont inaliénables.

49. Au titre du premier argument, entre-temps relayé également par la Cour d'appel dans sa décision du 7 mars 1917 *Ministère public c. Biasini et consorts*<sup>186</sup>, citons en particulier les propos suivants particulièrement frappants en termes de hiérarchie des normes :

Léon Kauffman, ministre d'État, chef du gouvernement, le 7 mars 1918 : « *Oui, il nous est loisible de régler notre ménage intérieur à notre gré et je serais le premier à m'opposer à n'importe quelle tentative d'immixtion étrangère. Mais si nous [il s'agit de la Chambre des députés, agissant en tant que pouvoir de révision] rencontrons des principes consacrés par des traités internationaux, nous devons forcément les respecter, puisqu'ils sont au-dessus de la Constitution. Nous ne pouvons faire que ce que ces traités-là nous permettent de faire. Sous ce rapport, nous ne sommes pas absolument libres* »<sup>187</sup>.

Émile Reuter, député de la droite, et futur ministre d'État, le 12 juin 1918 : « Il ne nous est pas permis de toucher, par une révision, à des principes constitutionnels qui sont inscrits dans un traité *que nous ne pouvons abandonner unilatéralement*. (...) *Nous n'avons pas, c'est du moins mon avis, le droit, tant que les traités existent, de changer le régime*. (...) Pour réviser la Constitution sous ce rapport, il faudrait commencer par réviser les traités »<sup>188</sup>.

Auguste Thorn, du parti clérical, rapporteur général sur la proposition de déclaration de révisabilité, le 11 juin 1918 : « *Messieurs, au frontispice de notre Constitution il y a deux grands principes immuables qu'il nous est interdit de modifier et*

185 *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, session législative 1917-1918, vol. 2, p. 1590.

186 *V. supra*, note 30.

187 *Compte-rendu*, 1917-1918, vol 2, p. 1592-93 (souligné par moi). Le propos sera répété dans le mémoire du gouvernement du 1<sup>er</sup> juin 1918, *Compte-rendu*, 1917-1918, vol 2, Annexes, p. 153

188 *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1947 s.



*que nous entendons maintenir intacts : le premier c'est le principe monarchique, le second, c'est le respect dû aux traités internationaux »<sup>189</sup>.*

50. Le second argument peut être résumé, entre autres, par un extrait tiré de l'avis du Conseil d'État du 22 février 1918 – « *Les droits de la Maison régnante ne dérivent pas de notre Constitution : ils sont préexistants et ils découlent des traités européens* »<sup>190</sup> – ou encore par la résolution du 7 mars 1918 soumise par Auguste Thorn : « *Les traités s'opposent à l'inscription dans notre Constitution du principe absolu que tous les pouvoirs émanent de la nation* »<sup>191</sup>.

51. Quant au troisième argument, celui de l'inaliénabilité, qui, jusque-là, avait été assez peu mobilisé au cours du XIX<sup>e</sup> siècle – car, selon les contextes, il risquait de rendre impossible toute cession du pays par le monarque, toute libéralisation du régime politique et toute intégration politico-économique –, il a été mis en avant, au contraire, avec une rare virulence par la droite en 1917-1918. Ainsi Kauffman insistait lourdement sur les traités, spécialement sur l'article 1<sup>er</sup>, 1<sup>re</sup> phrase, du traité de Londres de 1867 – « *Sa Majesté le Roi des Pays-Bas, Grand-Duc de Luxembourg, maintient les liens qui attachent le dit Grand-Duché à la Maison d'Orange-Nassau, en vertu des traités qui ont placé cet État sous la Souveraineté de S.M. le Roi Grand-Duc, Ses Descendants et Successeurs* »<sup>192</sup> –, afin d'en déduire que le droit international liait la grande-duchesse Marie-Adélaïde au point qu'elle ne pourrait renoncer au trône, à la forme monarchique de l'État et à certaines prérogatives de la couronne.

*« Cette situation, constatée par les traités internationaux, auxquels nous ne pouvons rien changer, nous lie, nous [i.e. la Chambre des députés], et lie également la Grande-Duchesse »<sup>193</sup>. « Même si la Souveraine voulait admettre le principe qui est proposé [la souveraineté de la nation], elle ne pourrait pas le faire, parce que précisément Elle est liée par les traités (...). La Constituante ne peut rien changer (...). La Souveraine, même si Elle le voulait, ne pourrait pas consentir à un changement pareil de nos principes constitutionnels »<sup>194</sup>.*

52. Face cette argumentation, l'opposition libérale ne contestait pas la thèse de la primauté des traités, bien qu'il eût été tentant, face à un droit international vilipendé comme réactionnaire et dépassé, de briser le carcan de cette hiérarchie et d'affirmer, à l'inverse, la primauté des normes posées par un pouvoir de révision issu de la nation et porteur d'idéaux nouveaux. Dans l'un de ses discours – celui du 12 juin 1918 –, Maurice Pescatore a été proche de sauter ce pas, mais il ne l'a pas fait en fin de compte. Dans ce discours, il lui arrivait d'opposer frontalement, d'un côté, un droit constitutionnel en plein éveil de modernisation et, de l'autre, un droit international figé dans les idées d'un autre âge :

*« Le peuple aura à décider pour la Constituante, si lui entend être souverain et maître de ses destinées, d'après les grandes idées pour lesquelles les peuples versent leur sang*

189 *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1895.

190 Avis du Conseil d'État du 22 février 1918, *ibid.*, vol. 2, Annexes, p. 132.

191 *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1578.

192 Souligné par moi.

193 Discours du 7 mars 1918, *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1561.

194 *Ibid.*, p. 1562. Dans le même sens, v. le mémoire du gouvernement du 1<sup>er</sup> juin 1918, *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, Annexes, p. 152.

*à nos portes, ou bien s'il préfère la réaction et l'obscurantisme et se voir traiter à la Metternich, comme une chose sans volonté et sans âme, dont on peut disposer en toute propriété* »<sup>195</sup>.

Pescatore invite ainsi la « créature » à se rebeller et à devenir autonome et souverain, tel un adulte qui, une fois grandi, ne se laisse plus dicter sa volonté par ses parents ! Sur le plan conceptuel, il situait le fondement de la souveraineté non pas dans le droit (positif) international, qui déléguerait à l'État des compétences, mais dans une norme de droit naturel. Dans le sillage des idées de 1789 et de la Constitution belge de 1831, il affirmait l'idée d'un droit naturel des peuples à la souveraineté : *Messieurs, tout autre est la question de savoir si nous avons le droit, comme tous les peuples, de choisir librement notre forme de gouvernement. Quant à moi et quant à mes amis, nous n'avons aucun doute à cet égard ; c'est un droit primordial, naturel, inhérent à tous les peuples, grands et petits* »<sup>196</sup>. Cela lui valut, comme l'indique le compte-rendu, les applaudissements sur les bancs de la gauche, mais c'était difficilement compatible avec les traités de 1815 et 1867.

Toutefois, au final, Pescatore ne faisait que flirter avec l'idée, radicale, de primauté de la Constitution, idée qui affleurerait dans ce discours, mais qui n'était pas développée jusqu'au bout. Elle n'est d'ailleurs jamais exprimée *expressis verbis*. Pour l'essentiel, et non sans peine, l'opposition libérale s'est contentée de contester le contenu restrictif que la droite attribuait aux traités, sans aller jusqu'à renverser la hiérarchie. Ce discours, qui était porté en particulier par Robert Brasseur<sup>197</sup>, sera résumé par Pescatore le 3 septembre 1918 comme suit :

*« Quant aux traités (...), nous les connaissons, nous ne sommes pas de ceux qui les déchirent. Mais, nous avons prouvé qu'aucun des traités ne nous défend de réviser la Constitution en pleine liberté, sans restriction, comme la Chambre et le pays l'entendent »*<sup>198</sup>.

**53.** Du reste, la fraction libérale n'avait pas besoin d'aller plus loin puisque, avec le soutien des socialistes, elle détenait la majorité nécessaire (majorité simple des suffrages valides) à la Chambre des députés afin d'adopter une déclaration de révisabilité. La déclaration ouvrant la voie à l'introduction du principe de la souveraineté de la nation fut votée à une courte majorité, contre les voix de la droite, le 7 mars 1918 (1<sup>er</sup> vote), puis le 13 juin 1918 (2<sup>e</sup> vote). Selon la Constitution de l'époque, la grande-du-

195 *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1930 (il s'agit de la conclusion).

196 *Ibid.*, p. 1926. Or, juste après, PESCATORE ajoutait (p. 1926) : « En tout cas (...) le traité de Londres de 1867 ne nous prive pas de ce droit (...). C'est d'autant plus naturel et plus évident que toutes les Puissances signataires ont déclaré reconnaître elles-mêmes le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. L'Italie l'a fait, l'Angleterre l'a fait, la France l'a fait depuis longtemps, et même l'Allemagne a forgé un mot pour désigner la chose : *Selbstbestimmungsrecht* ». L'attitude ambivalente de Pescatore à l'égard du droit international – était-ce un droit réactionnaire qui méritait d'être rabaissé et brisé par le peuple souverain, ou un droit qui, désormais, s'ouvrirait aux idées modernes de l'autodétermination des peuples ? – peut s'expliquer, à mon avis, par le fait qu'à ce moment précis, aux années 1917-1919, le droit international était en pleine transition. L'ancien droit international, marqué par la figure de Metternich, s'étiolait, mais il n'était pas certain que les normes de cette époque fussent déjà abrogées ; un nouveau droit international, celui associé aux idées de Woodrow Wilson, s'esquissait, mais il n'était pas encore certain qu'il fût déjà entré en vigueur.

197 V. ses divers discours : *Compte-rendu*, 1917-1918, vol. 2, p. 1508 ss (6 mars 1918), p. 1579 ss (7 mars 1918), p. 1909 ss (13 juin 1918). La question de la portée du traité de Londres de 1867 avait déjà été soulevée en 1916 : *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés*, 1915-1916, vol. 1, p. 756 (M. PESCATORE), 770 s (F. ALTWIES, droite), 776 ss (R. BRASSEUR).

198 *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-19*, vol. 1, p. 73.

chesse Marie-Adélaïde aurait pu refuser son accord à cette déclaration. Pourtant, elle sanctionna cette résolution le 14 juin 1918. Le camp monarchiste mettait de l'eau dans son vin... Il est vrai que des orages s'annonçaient ; le cours de l'histoire s'accéléra brutalement. Après la capitulation allemande, lorsque l'agitation révolutionnaire qui embrasait l'Allemagne et emportait tous les trônes, se répandait à son tour au Luxembourg, les partisans du trône ont, certes, maintenu leur thèse n°1, mais ils ont, plus ou moins, cédé sur les thèses n°2 et surtout n°3. En témoigne la célèbre lettre du 19 novembre 1918 adressée par Marie-Adélaïde à la Chambre des députés : elle indiquait qu'elle était d'accord de renoncer à certaines prérogatives, voire même au trône, si tel était le vœu du peuple, et qu'au besoin, il était possible de faire changer les normes du droit international afin de rendre la démocratisation possible<sup>199</sup>. Le barrage du droit international était maintenu en son principe, mais, en l'espèce, il n'était plus considéré comme absolument insurmontable. Du reste, et fort à propos, le droit international évolua à ce moment charnière, en s'ouvrant aux idées de Wilson quant à l'autodétermination des peuples. Dès lors, la voie était libre, y compris du point de vue du droit international, à ce que le principe de la souveraineté de la nation trouva sa place au sein de la Constitution luxembourgeoise.

54. En définitive, il est donc possible de dire que le moment agité, voire révolutionnaire, de 1918-19 n'a pas abouti à une césure par rapport au discours antérieur sur le rang supra-constitutionnel des traités et du droit dérivé. Le long XIX<sup>e</sup> siècle s'est clos avec une réaffirmation des plus nettes de cette vision, qui, depuis 1830/31, et nonobstant des critiques et réserves, s'est imposée au sein du monde politique et a également suscité, à la fin du siècle, les premiers échos du côté des juridictions luxembourgeoises (l'arrêt du Conseil d'État du 18 janvier 1872 et l'arrêt de la Cour d'appel du 7 mars 1917). Dans la mise en place et le maintien de ce montage, la monarchie n'a pas été le seul enjeu. Même s'il est difficile de peser rétrospectivement le poids social de chaque facteur, il est clair que les enjeux économiques et militaires ont aussi pesé, lourdement, dans l'intériorisation effective de ce paradigme au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais le facteur de la monarchie fut, à coup sûr, un enjeu réel, influent et je dirais même central à cette époque, du moins en ce qui concerne la *théorisation* de ce montage : c'est, en effet, à l'occasion de débats relatifs à la monarchie que l'on trouve les assertions les plus marquantes, et explicites, du rang supra-constitutionnel des traités et du droit dérivé. Ce fut aussi un enjeu original, et surprenant, car, à ma connaissance, dans aucun autre pays le facteur de la monarchie n'a joué un tel rôle. Si la monarchie a donc joué un rôle clé dans l'établissement du paradigme moniste au Luxembourg du XIX<sup>e</sup> siècle, son importance va en revanche décroître par la suite. Le déclin de la monarchie, reléguée à partir de 1919 à une fonction essentiellement symbolique, n'aura pas d'impact sur la règle de reconnaissance. Celle-ci se fonde désormais sur d'autres justifications axiologiques.

199 Dans sa lettre du 19 novembre 1918, elle acceptait de se « *mettre en retrait* » de la vie politique et de soumettre le destin de la dynastie et de la monarchie à un référendum populaire. « *J'ai déjà manifesté mon intention de reconnaître au peuple luxembourgeois le droit de disposer librement de ses destinées. L'exercice de ce droit, en conformité des règles constitutionnelles sur lesquelles j'ai prêté serment, ne rencontrera de ma part aucun obstacle. En ce qui concerne la question dynastique, je prie le gouvernement de bien vouloir provoquer dans le plus bref délai les mesures nécessaires pour arriver à consulter le peuple luxembourgeois dans son intégralité et sur la base la plus large par la voie du référendum. Pour autant que la solution envisagée pût mettre en cause les stipulations d'un traité international, il serait nécessaire de s'assurer du consentement des Puissances co-contractantes (...)* » (souligné par moi). La lettre est reproduite dans le *Compte-rendu des séances de la Chambre des députés, La Constituante 1918-1919*, vol. 2, p. 148.

