

Dr. Gertraude (obit.), les 20 ans de  
la Cour constitutionnelle : 1991  
Jeune femme pour demain ?

Revue de la Cour constitutionnelle, 2018

### Une cour constitutionnelle différente des autres. Étendue, raisons & avenir de l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

Luc Heuschling

À l'heure où la Cour<sup>1</sup> constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg fête ses vingt ans d'existence et où, dans le cadre de la révision totale de la Constitution<sup>2</sup> se pose la question de son avenir – subsistera-t-elle ? évoluera-t-elle ? –, il est utile, et nécessaire, de faire le point sur ce qui fait l'identité, et donc la spécificité, de cet organe juridictionnel. Car, et c'est le cœur de la démonstration de cet article, si la Cour constitutionnelle du Grand-Duché est bien, au sens scientifique strict, une cour constitutionnelle<sup>3</sup> – elle a donc mérité ce nom qui lui a été attribué au final par ses créateurs, après quelques hésitations initiales –, elle n'en est pas moins une cour constitutionnelle des plus originales. Elle est à part des autres cours à l'étranger, du modèle standard de cour constitutionnelle, et ce par divers aspects.

Cette question de l'identité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a été discutée dès sa naissance. Rappelons, en effet, qu'en 1996, aux yeux de Jean-Paul Pippinger, qui était alors le chef de l'opposition libérale à la Chambre des députés, et qui, lui-même, avait déposé en 1992 des propositions bien plus ambitieuses en matière de cour constitutionnelle<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Un mot, de prime abord, sur l'usage des majuscules et minuscules. J'écris « Cour constitutionnelle » avec majuscule lorsque je désigne un organe juridictionnel d'un État précis dont le nom officiel est précisément « Cour constitutionnelle » (ex. la Cour constitutionnelle du Royaume de Belgique, du G.D. de Luxembourg, etc.). L'expression « cour constitutionnelle », avec c minuscule, vise, en revanche, un type d'organe, bref, une catégorie scientifique dont les critères de délimitation sont précisés *infra* dans la note 3.

<sup>2</sup> Dossier parlementaire n° 6030. Tous les dossiers parlementaires sont disponibles sur le site internet de la Chambre des députés : <http://www.chd.lu>, rubrique « trouver un dossier parlementaire ».

<sup>3</sup> Pour les besoins de la présente démonstration scientifique, il faut sens de comprendre cette expression au sens strict. Deux critères sont retenus : l'un organique, l'autre fonctionnel. Une cour constitutionnelle, au sens strict, quel que soit son appellation officielle (Cour constitutionnelle, Cour de constitutionnalité, Tribunal constitutionnel, Cour d'arbitrage, Cour de justice de l'État, Cour supérieure spéciale, Conseil des gardiens, etc.) est – 1<sup>er</sup> critère – un organe juridictionnel à part, distinct des organes juridictionnels ordinaires (juridictions civiles, pénales, administratives, etc.), ce qui permet un mode de composition spécifique, s'écartant plus ou moins de celui des juridictions ordinaires. 2<sup>e</sup> critère, fonctionnel : cet organe juridictionnel intervient, plus ou moins, dans le domaine de contentieux constitutionnel. Il doit disposer d'au moins une compétence dans ce domaine – sans quoi, il n'aurait rien de « constitutionnel » –, sans toutefois devoir monopoliser la totalité de ce contentieux (cela n'est, du reste, jamais le cas ; contra : L. Favoreu, W. Mastor, Les cours constitutionnelles, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2016, p. 4). Le plus souvent, en science, on cite comme compétence minimale celle de contrôler la constitutionnalité des lois (ex. L. Favoreu, W. Mastor, *op. cit.*, p. 25), mais, à la limite, il pourrait aussi s'agir d'une autre compétence du contentieux constitutionnel : c'est son rôle principal, mais cela arrive en pratique (voir *infra* 1<sup>er</sup> partie, B, 1<sup>er</sup>), de façon accessoire, d'autres contentieux et même, comme cela arrive en pratique (voir *infra* 1<sup>er</sup> partie, B, 1<sup>er</sup>), de compétences non-juridictionnelles (contra : la définition trop restrictive d'A. Harding, P. Leyland, T. Gioppi, « Constitutional Courts. Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », in A. Harding, P. Leyland (dir.), *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, Wildy, Simmonds & Hill, 2009, p. 3, selon lesquels une cour constitutionnelle est « a specialist court having only 'constitutional jurisdiction' ». Sur les divers sens possibles du mot « contentieux constitutionnel », voir L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin & P. Wachsmann (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 85 ss. La présente définition de « cour constitutionnelle » est dite « stricte », parce qu'elle est plus étroite que celle qui inclut aussi sous le terme de « cour constitutionnelle » les juridictions ordinaires supérieures exerçant des compétences en contentieux constitutionnel (ex. les cours suprêmes des États-Unis, du Royaume-Uni, du Canada, les chambres constitutionnelles de cours suprêmes en Amérique latine ou en Afrique) ainsi que des juridictions internationales comme la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, etc. Étroite, stricte, cette définition couvre tout de même un vaste nombre d'exemples, lesquels peuvent être regroupés en sous-catégories : les « variantes », ou sous-types, de cour constitutionnelle. En particulier, il est possible, sur tel ou tel point, de dégager un sous-type dominant que j'appellerai par la suite le « sous-type dominant » ou « modèle standard / mainstream ». Pour établir ces sous-types, je me base exclusivement d'un critère quantitatif (selon une démarche empirique et descriptive) et non d'une quelconque référence à une obscure « essence », derrière laquelle se cache requiemment une posture prescriptive.

– propositions rejetées systématiquement par la coalition formée par les chrétiens-sociaux (CSV) et les socialistes (LSAP) –, la Cour constitutionnelle telle que prévue par le futur article 95ter Const. n'était qu'un « *compromis bancal (le faule Kompromiss)* »<sup>5</sup>, un simple « *embryon* »<sup>6</sup> de cour constitutionnelle et même – sur ce point il se faisait particulièrement vif – qu'un « *alibi* »<sup>7</sup>, afin que le Luxembourg puisse à son tour, sur la scène internationale, se targuer d'avoir une cour constitutionnelle, sans pour autant lui conférer les moyens nécessaires à son efficacité. À ses yeux, tout cela n'était qu'un « *spectacle désolant (Trauerspiel)* »<sup>8</sup>. D'ailleurs, les députés du parti libéral (DP) s'abstiennent lors du vote sur le nouvel art. 95ter Const. Plus récemment, dans le cadre de la discussion sur la proposition de révision totale de la Constitution (dossier part. n° 6030), Alex Bodry (LSAP), l'actuel président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés, a affirmé de manière tranchée que « *vu sa composition (...), notre Cour constitutionnelle ne peut être comparée aux cours constitutionnelles des autres pays européens* »<sup>9</sup>. Entre praticiens, la discussion sur les spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise prend immédiatement une tournure pratique : une fois l'originalité établie, mesurée, se pose la question de savoir s'il faut maintenir ou abolir celle-ci. Faut-il garder ce qui est atypique – en termes positifs : garder ce qui est propre à soi, suivre son propre chemin, quitter à faire bande à part – ou faut-il suivre le « *mainstream* » et, ainsi, abandonner toute solution « *exotique* », « *insolite* », car « *incongrue* » ?

Mais, avant d'aborder cette question pratique de la survie, il faut résoudre la question de nature cognitive, théorique : la Cour constitutionnelle luxembourgeoise est-elle originale ? Si oui, jusqu'à quel point, sur quel plan ? Pour le savoir, il faut mobiliser le savoir de droits constitutionnels comparés<sup>10</sup> et, surtout, la théorie générale du droit constitutionnel, qui elle, à partir des informations accumulées par la démarche comparative, établit des typologies. À l'aide de ce dernier savoir, il sera possible de classer le cas luxembourgeois et, ce faisant, de cerner à la fois ce que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché du Luxembourg a en commun avec les autres cours constitutionnelles et ce qui la distingue.

Or sur ce point précis du classement de la cour luxembourgeoise, la littérature scientifique est de valeur négative.

Il faut d'abord noter qu'un certain nombre de spécialistes de la théorie générale du droit constitutionnel (mais pas tous !) succombent à deux pièges, tantôt alternativement, tantôt cumulativement. D'une part, ils privilégient, comme objets d'étude, les solutions dominantes, bref le *mainstream* : tout ce qui est atypique est relégué à la marge, réduit à de l'exotisme et/ou à un passé dépassé. D'autre part, ils tendent à privilégier l'étude des droits des grands pays, plus influents et marquants, et à se désintéresser des petits et très petits pays (comme si la petitesse était un critère de sélection scientifique). Résultat : en général, en-dehors de ses frontières, le droit constitutionnel luxembourgeois qui souffre de ces deux angles morts attire très peu les regards de cette science. Sur la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, il existe, certes, deux études à ambition comparative – en particulier celle, souvent éblouissante, de Nicole Kuhn et Eric Rousseaux<sup>11</sup> –, mais cette dernière étude, outre qu'elle est incomplète,

<sup>4</sup> Dossiers part. n° 3685 et 3686.

<sup>5</sup> *Compte rendu des séances publiques de la Chambre des députés du G.D. de Luxembourg* (en abrégé : C.R.), 9 juillet 1996, col. 3179 (dossier part. n° 4153).

<sup>6</sup> C.R., 9 juillet 1996, col. 3184.

<sup>7</sup> C.R., 9 juillet 1996, col. 3179.

<sup>8</sup> C.R., 9 juillet 1996, col. 3182.

<sup>9</sup> Dossier part. 6030, P.V. IR 12, réunion de la CIRCO du 11 février 2015, p. 6. Voir *infra* note 274.

<sup>10</sup> En remplacement de l'expression française usuelle « *droit comparé* » qui est reléguée au singulier, je propose et préfère celle, au pluriel, de « *droits comparés* / savoir de droits comparés ». Celle-ci est plus exacte sur l'objet visé : il s'agit, non d'un droit en vigueur, mais d'une opération intellectuelle scientifique consistant à comparer des droits. Le pluriel est, du reste, ancien car, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la formule usuelle de l'époque « *législation comparée* », au singulier, avait été dérangée par celle de « *législations comparées* » au pluriel.

<sup>11</sup> N. Kuhn, E. Rousseaux, « *La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des Cours constitutionnelles en Europe occidentale* », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 2, p. 453 ss. Par rapport à cette première étude, la présente analyse se veut être un approfondissement, un complément, une mise à jour et, parfois, un inflexionnement. L'étude de F. Delbére, C. Frémault de Crayencour, « *La Cour constitutionnelle luxembourgeoise* », *Annales de droit luxembourgeois*, 1998, p. 95 ss, comporte aussi une

a rarement été prise en compte par les spécialistes les plus en pointe sur la théorie générale des cours constitutionnelles. Les écrits de ces derniers, à ambition tantôt universelle tantôt régionale (européenne), ignorent le plus souvent le droit luxembourgeois<sup>12</sup>. À tort : car quelconque se donne pour mission d'établir un véritable savoir théorique « *global* » pour reprendre un terme à la mode, et souligne en particulier construire des typologies à prétention universelle, se doit d'être à l'affût de cas extrêmes, peu importe qu'il s'agisse, géographiquement, d'un petit ou grand pays (à chaque fois, il s'agit d'un système juridique qui, lui, n'a pas de « *taille* »). Ce sont les cas atypiques, « *marginaux* », insolites, exotiques, qui éclairent la richesse de l'éventail des solutions existant dans les divers droits positifs du monde et qui, par contraste, soulignent l'existence d'un certain modèle standard ou *mainstream*. Sans l'existence de ces cas exceptionnels, il n'existerait pas non plus de modèle typique dominant (il y aurait soit une diversité absolue, soit une homogénéité absolue).

Quant à la littérature scientifique produite à Luxembourg, de prime abord plus sensible et intéressée au cas luxembourgeois, elle reste encore fragmentaire pour les raisons que l'on connaît (l'absence d'une université jusqu'en 2003, le nombre réduit de professeurs de droit en comparaison aux pays voisins, l'absence de focalisation de la recherche juridique à l'Université du Luxembourg sur le seul droit luxembourgeois). Ainsi, il manque parfois des analyses de dogmatique juridique sur des aspects clés du régime de la Cour constitutionnelle, comme, par exemple, sur la question de sa composition qui est pourtant cruciale pour établir l'originalité de la Cour.

C'est au comble de ces lacunes qu'entend contribuer la présente recherche. Celle-ci vise à identifier et à classer le cas luxembourgeois ; pour ce faire, elle doit à la fois mobiliser la dogmatique du droit luxembourgeois (parfois incomplète, ce qui oblige à des approfondissements de celle-ci) et mobiliser les typologies universelles (elles aussi, parfois, incomplètes, en ce qu'elles sous-éclairent certains critères dont l'importance ressort pourtant de manière frappante à la lumière du cas atypique du droit luxembourgeois : en cela, l'atypique aide et oblige à affiner les typologies existantes). Dès lors, la présente contribution s'adresse à la fois à un public luxembourgeois et à un public universel (ce qui m'oblige parfois à rappeler des informations qui, pour les lecteurs luxembourgeois, sont évidentes, mais ne le sont pas pour les autres, et inversement). L'objet de l'étude est, d'abord et avant tout, cognitif, théorique : il s'agit de connaître, de mesurer exactement l'étendue de cette originalité, et de en cerner, plus profondément, les causes, les raisons qui, à l'époque, ont justifié ces choix politiques atypiques. Pour autant, à la fin, l'étude débouchera sur une réflexion d'ordre pratique : faut-il maintenir ces choix originaux de 1996-97 ? Pour ma part, la réponse sera, sur certains points, négative.

L'étude se déclinera en trois parties, résumées dans les trois expressions clés du sous-titre. La première partie (« *l'étendue de l'originalité* ») sera consacrée à un inventaire des spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, spécificités qui se laissent résumer, en grande partie, mais non totalement, sous le terme de « *minimalisme* ». En effet, les

ambition comparative, mais l'un de ses propos centraux est erroné (voir *infra* note 16). La présentation orale de Jörg Gerkrath, « *Quel modèle de justice constitutionnelle ? La Cour Constitutionnelle du Luxembourg comparée aux juridictions constitutionnelles en Allemagne, France et Belgique* » (2009), n'a pas fait l'objet d'une publication.

<sup>12</sup> Au sein de cette littérature qui n'est pas si vaste, et qui, souvent, est fragmentée (par ses objets, par son champ d'étude géographique, par l'accès inégal aux sources doctrinales du fait des barrières linguistiques), je citerai en particulier les ouvrages systématiques de Lucio Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dal modello al sistema*, Torino, Giappichelli, 2015 et de Michel Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013. Pour les besoins de la présente recherche, je me suis appuyé principalement, en plus de mes recherches personnelles sur les textes constitutionnels, sur ces deux ouvrages et sur la littérature suivante : A. Harding, O. Luchhandani, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007 ; B. Wieser, *Vergleichendes Verfassungsrecht, A Comparative Study*, London, Wildy, Sirmmonds & Hill, 2009 ; *Review in Europe, A Comparative Analysis*, Oxford, Hart, 2015 ; *Handbuch des Publicum Europaeum* (dir. : A. von Grottel, L. Pegaró (dir.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant, 2016 ; D. Lopez Garrido, M. F. Masso Juges constitutionnels », in M. Troper, D. Chagnonliand (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, p. 169 ss. D'autres études, plus pointues, seront encore citées par la suite. À noter, sans indication contraire, le texte de la Constitution cité pour les divers pays (ex. « *Const.*, France 1958 », « *Const.*, Luxembourg 1988 », etc.) est toujours le texte modifié, tel qu'il est actuellement en vigueur (janvier 2016).

solutions retenues en 1996-97, d'abord par la révision du 12 juillet 1996 aboutissant au nouvel art. 95ter Const.<sup>13</sup>, puis par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle<sup>14</sup>, et modifiée sur un point, implicitement, par la loi du 7 juin 2012<sup>15</sup>, se caractérisent surtout par le peu d'ambition dont le monde politique luxembourgeois a fait preuve lorsque, avec tant d'années de retard par rapport aux pays voisins, le Luxembourg a été doté d'une cour constitutionnelle. La deuxième partie (« les raisons » de cette originalité) a pour objet d'identifier les causes profondes qui expliquent ce minimalisme : cela nous obligera à nous plonger dans la culture politique luxembourgeoise et son rapport, en partie ambivalent, à l'idéal du règne du droit, de « l'État de droit », selon le nouveau terme phare. Enfin, la troisième partie (les « perspectives d'avenir » de cette originalité) sera consacrée à l'analyse des débats parlementaires actuels autour de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la proposition n° 6030. Dans quel sens s'oriente la discussion ? Sur ce point, l'on verra que si l'idée de supprimer la Cour constitutionnelle a été abandonnée, il n'est pas non plus question de transformer en profondeur celle-ci. Le minimalisme luxembourgeois en matière de cour constitutionnelle a encore de beaux jours devant lui. Eu égard à cette tendance, qui n'est pas à l'abri de critiques, l'article se terminera par un bref plaidoyer personnel en faveur d'une réforme plus ambitieuse de la Cour constitutionnelle.

### I. Les spécificités de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise :

#### la politique du minimalisme

Le minimalisme de la révision du 12 juillet 1996 introduisant le nouvel art. 95ter Const. et de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle avait, dès le départ, comme déjà indiqué, été relevé et critiqué par le parti libéral, à travers la voie de son chef de fraction J.P. Ripplinger. En science, le minimalisme luxembourgeois avait également été noté rapidement, d'un point de vue comparatif, par certains observateurs étrangers<sup>16</sup> et par la doctrine luxembourgeoise<sup>17</sup>. Il reste toutefois, plus largement, à faire une étude systématique et approfondie de l'originalité de cette Cour constitutionnelle car, si de nombreux traits spécifiques du régime de la Cour sont inspirés de cette logique du minimalisme, tous ne le sont pas. L'originalité de la solution de 1996-97 transparaît sur cinq plans :

- au niveau de l'organisation de la Cour constitutionnelle (A),
- de son champ de compétences (B),
- de son mode de saisine, des normes de référence de son contrôle et des effets de ses arrêts (C).

#### A. L'organisation : une cour non permanente, composée que de juges ordinaires

Sur ce premier plan, l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise est très forte, point qui a été sous-éclairé dans l'étude de Nicole Kuhn et d'Eric Rousseaux<sup>18</sup>. Pour en mesurer l'étendue, il convient tout d'abord d'esquisser la solution standard qui s'est

<sup>13</sup> Loi du 12 juillet 1996 portant révision de l'art. 95 de la Constitution, *Mém. A.* 1996, n° 45, p. 1318, dossier parl. n° 4153.

<sup>14</sup> Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, *Mém. A.* 1997, n° 58, p. 1724 ss, dossier parl. n° 4218.

<sup>15</sup> Loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, *Mém. A.* n° 125, p. 1604, dossiers parl. n° 6304 et 6304B. L'impact de cette loi à propos de la composition de la Cour constitutionnelle n'a pas encore été discuté en doctrine, elle sera analysée *infra* 1<sup>re</sup> partie, A, 2<sup>e</sup>, ci.

<sup>16</sup> Voir l'étude de N. Kuhn, E. Rousseaux, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des Cours constitutionnelles en Europe occidentale », *Revue internationale de droit comparé*, 2001, n° 2, p. 453 ss, spéc. p. 468 ss. En revanche, la spécificité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise par rapport aux autres cours constitutionnelles en Europe et dans le monde est, largement sous-éclairée, voire occultée, dans l'analyse, pourtant à prétention comparative, de F. Delpeché, C. Trémault de Crayencour, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise », *Annales de droit luxembourgeois*, 1998, p. 95 ss.

<sup>17</sup> Voir, par ex., le constat rapide, sur le plan du champ de compétence, de J. Gekrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudiciales », *Paschrisse*, 2008, vol. 1-2 (La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007), p. 3, 5.

Une cour constitutionnelle différente des autres

créalisée au cours du temps dans le monde pour ce qui est de la structure des cours constitutionnelles (1°), avant de situer, par rapport à ce *mainstream*, le cas luxembourgeois (2°).

#### 1° Le modèle standard de cour constitutionnelle au niveau mondial

Parmi tous les organes juridictionnels relevant de la catégorie scientifique (du type) des cours constitutionnelles, il est possible – pour ce qui est de la question de l'organisation – de dégager une solution standard, dominante, qui s'est imposée dans la très large majorité des droits positifs actuels. L'existence de ce sous-type dominant ressort de manière frappante si l'on étudie la diversité des droits à travers le prisme du droit luxembourgeois qui, précisément, se démarque de cette tendance lourde. Dans le contexte de la présente discussion, il faut et il suffit de thématiser quatre traits distinctifs de ce sous-type dominant :

- a) la permanence de la cour constitutionnelle ;
- b) la mixité de sa composition ;
- c) la désignation de ses membres par des organes politiques qui peuvent choisir les futurs juges en fonction de leur sensibilité politique ;
- d) l'existence d'une durée de mandat fixe et égale (un terme précis).

a) Eu égard aux fonctions importantes et multiples attribuées d'habitude à une cour constitutionnelle (voir *infra* B 1°), l'activité de juge à la cour constitutionnelle est un emploi à plein temps. La juridiction peut être qualifiée de permanente en ce qu'elle siège tout le temps, hors vacances judiciaires. C'est le cas à la fois dans les grands et moyens États (fédéraux ou unitaires) et même dans nombre de petits États. Tout cumuli avec une autre fonction rémunérée, publique ou privée, est prohibé<sup>19</sup>, le seul cas qui échappe aux strictes règles d'incompatibilité, voire d'irrévocabilité, étant généralement celui de professeur d'université<sup>20</sup> ou quelque activité analogue<sup>21</sup>. Pour trouver une solution différente, il faut remonter dans le passé, dans la période marquée des années 1920-30. Les régimes des quelques juridictions constitutionnelles spéciales qui, à l'époque, ont vu le jour en Europe, et qui sont souvent présentées comme les ancêtres des cours constitutionnelles actuelles, prévoient tous des incompatibilités minimales. Le cas le plus frappant est celui du Tribunal des garanties constitutionnelles de la 1<sup>re</sup> République espagnole, où le cumuli avec les fonctions de député, d'avocat, de président du Conseil d'État et de président de la Cour des comptes était imposé<sup>22</sup>. Le caractère non permanent se retrouvait aussi du côté de la Cour constitutionnelle de la République tchécoslovaque<sup>23</sup>, du *Verfassungsgeschichtshof* d'Autriche, de la *Staatsgerichtshof* (Cour de justice de l'État)<sup>24</sup> de la République de Weimar, et de la *Staatsgerichtshof* de la Principauté de Liechtenstein tel qu'établie en 1925<sup>25</sup>. De nos jours, ce

<sup>18</sup> Les deux auteurs estiment que « les analogies paraissent indéniables dans la composition et dans le fonctionnement » de la Cour constitutionnelle (op. cit., p. 457). Du coup, ils placent ce point sous le leitmotiv des « ressemblances » (1<sup>re</sup> partie, p. 458 ss) et situent l'originalité de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, pour l'essentiel, au niveau de la saisine et des attributions (2<sup>e</sup> partie, p. 468 ss).

<sup>19</sup> Pour une formulation particulièrement catégorique de l'incompatibilité avec toute autre fonction ou charge, ce qui exclut même la fonction d'enseignant, voir : *Boylie, Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, art. 15 (« El ejercicio de la magistratura constitucional es de dedicación exclusiva ») et art. 21 (incompatibilité avec l'enseignement universitaire).

<sup>20</sup> Quatre exemples, parmi tant d'autres : RFA : §§ 3 et 101 *Bundesverfassungsgesetz* 1953 ; Kosovo : art. 5 de la loi de 2008 sur la Cour constitutionnelle ; Niger : art. 125 Const., 2010 ; Equateur : art. 174 *Ley organica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* 2009. Voir aussi l'étude comparée de la Commission de Venise *La composition des cours constitutionnelles - Science et technique de la démocratie*, no. 20 (1997) CDL-STD (1997)020, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1997\)020.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1997)020.aspx).

<sup>21</sup> Exemple : Ukraine, art. 148 Const., 1996.

<sup>22</sup> Voir Const. 1931, art. 122 et *Ley organica del Tribunal de garantías constitucionales* (L.O.T.G.C.) du 14 juin 1933 (<https://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/historia/Documentos/ley%20organica%20TGC.pdf>), art. 5 (députés) ; art. 16, 2 et 3 (avocats) ; art. 4 (le Conseil d'État était un organe consultatif) ; art. 4 (président de la Cour des comptes).

<sup>23</sup> J. Osekramp, *Verfassungsgeschichtsbüchel in der Tschechoslowakei 1920-1939*, Frankfurt, Klostermann, 2009, p. 65 ss (le cumuli était possible, voire obligatoire, avec les fonctions de juge ordinaire, d'avocat, de fonctionnaire, de représentant d'une collectivité locale, etc.).

<sup>24</sup> Voir art. 108 Const. du Reich allemand de 1919 et, surtout, loi du 9 juillet 1921, État prévu le cumuli en particulier avec les fonctions de juge ordinaire et d'avocat.



premier modèle très ouvert aux cumuls de fonctions a été dépassé, mais il subsiste encore dans quelques rares cas. Ainsi le cumul avec, en particulier, les fonctions de juge ordinaire est toujours autorisé dans le cas de la Cour constitutionnelle d'Autriche<sup>26</sup>. Les membres de la Cour supérieure spéciale de Grèce (art. 100 Const. Grèce 1975), qui sont soit désignés d'office (les présidents des juridictions ordinaires suprêmes), soit tirés au sort (des juges ordinaires et des professeurs de droit), sont, tous, dans l'obligation de cumuler deux fonctions. Le droit actuel du Liechtenstein, afin de pouvoir attirer à la cour constitutionnelle des personnalités de nationalité étrangère (des professeurs et/ou des juges), continue à soustraire celles-ci à toute incompatibilité en ce qui concerne d'autres fonctions exercées à l'étranger<sup>27</sup>. Enfin, on notera que tous les Länder allemands ne prévoient la fonction de juge à la *Landesverfassungsgerichtshof* (Cour de justice constitutionnelle de Land) qu'à titre honorifique (*ehrenamtlich*) ; ainsi les juges ordinaires, désignés d'office ou le plus souvent élus par le parlement, qui, à côté des professeurs de droit, des avocats et des hauts fonctionnaires, fournissent de loin la plus grande partie des effectifs des cours, doivent/peuvent cumuler leurs deux fonctions juridictionnelles.<sup>28</sup>

b) Deuxième trait saillant de ce modèle *mainstream* ou standard : la composition de la cour constitutionnelle est « mixte », à des degrés qui peuvent toutefois varier. Le minimum de mixité inscrit dans le régime juridique est que le Vivier au sein duquel les futurs juges de la cour constitutionnelle peuvent être recrutés ne se limite pas aux juges ordinaires. L'un des motifs qui, fréquemment, a poussé les acteurs politiques à créer une cour constitutionnelle est, précisément, une certaine méfiance par rapport aux juges ordinaires : à cause de leur culture juridique trop étroite (une approche interprétative trop techniciste, littérale, etc.) et/ou de leur attitude « politique » avérée ou supposée (conservatisme, compromission avec le régime dictatorial antérieur, etc.), les juges ordinaires ne se sont pas considérés comme fiables<sup>29</sup>. Cela interdirait le contrôle diffus et, par extension, le recrutement des juges de la cour constitutionnelle parmi les seuls juges ordinaires. Ceux-ci, toutefois, ne sont jamais exclus, par principe, de la cour constitutionnelle ; au contraire, certains systèmes ont même prévu, en leur faveur, une règle de désignation d'office<sup>30</sup>, un quota<sup>31</sup> ou une sélection d'une partie des membres de la cour constitutionnelle par des juges ordinaires<sup>32</sup>. Mais leur présence,

autorisée ou imposée, est « diluée » par la présence d'autres juristes, voire, plus rarement, par la présence de non-juristes. Si l'ouverture se fait à l'égard des seuls juristes (mixité minimale), le droit autorise, voire impose la présence de divers types de professionnels du droit. Sont visés, en premier lieu, les professeurs de droit (parfois ils bénéficient même d'un quota<sup>33</sup>), les avocats (un quota est rare<sup>34</sup> ; parfois, à l'inverse, ils sont exclus/féligibles<sup>35</sup>), les hommes politiques et hauts fonctionnaires diplômés en droit, plus rarement : les membres du parquet<sup>36</sup>, les anciens référendaires de la Cour constitutionnelle<sup>37</sup>, les notaires. En Iran, le Conseil des gardiens est composé à moitié de juristes musulmans et à moitié de théologiens, spécialistes de la loi religieuse (art. 91 Const. 1979). Dans certains cas minoritaires, dont le chiffre n'est toutefois pas négligeable, la mixité est maximale en ce que la cour peut, voire doit, inclure même des non-juristes, qu'il s'agisse d'anciens hommes politiques, de représentants d'ONG ou de simples citoyens<sup>38</sup>.

Sont autrement plus rares d'autres exigences de mixité en termes de genre (Équateur, art. 434 Const. 2008 : parité ; Bolivie, *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, art. 19 : respect de la parité par la liste des candidats établie par le parlement et soumise aux votes des citoyens ; Belgique, art. 34 § 5 loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989 : quota d'un tiers sur un total de 12 ; Kosovo, art. 114 Const. 2008 : respect de la diversité des sexes) ou en termes de critères socio-culturels et/ou linguistiques (ex. Bosnie-Herzégovine, Kosovo, Macédoine, Bolivie : *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, art. 13 ; Belgique : 6 juges francophones et 6 juges néerlandophones). Il arrive aussi très rarement que la Constitution exige un certain pluralisme sous l'angle de la provenance géographique des membres (ex. Autriche, art. 147 LCF : trois membres et deux suppléants, au moins, doivent être domiciliés en-dehors de Vienne ; Ouzbékistan, Const. 1992, art. 108 : présence obligatoire d'un représentant de la République de Karakalpakistan ; similaire : art. 89 Const. Tadjikistan 1994).

c) Troisième critère du modèle standard de cour constitutionnelle : tous les membres de la cour, y compris ceux choisis parmi les juges ordinaires ou parmi les professeurs, sont non seulement formellement nommés, mais aussi choisis par des organes politiques (chef de l'État, guide de la République, gouvernement et/ou parlement). Ce choix est en général limité par des conditions de fond qui ont trait aux compétences juridiques et à l'âge des possibles candidats ; mais il n'en reste pas moins que les partis politiques présents à l'intérieur de ces

<sup>26</sup> Voir la loi du 5 novembre 1925 sur le *Staatsgerichtshof*, art. 3 et 6.

<sup>27</sup> [https://www.gesetze.at/dynono/1925008000?search\\_text=Gesetz%20n%C3%BCber%20den%20Staatsgerichtshof%201925&search\\_loc=titel&nr=&objid\\_von=&objid\\_bis=&titel\\_autorisiert=&impose\\_cumuli](https://www.gesetze.at/dynono/1925008000?search_text=Gesetz%20n%C3%BCber%20den%20Staatsgerichtshof%201925&search_loc=titel&nr=&objid_von=&objid_bis=&titel_autorisiert=&impose_cumuli), avec les fonctions de député, de représentant des communes, district, provincial et de juge ordinaire. Il pouvait s'agir d'une fonction exercée soit à l'étranger (certains juges de la Cour étaient choisis parmi des personnalités étrangères) soit au Liechtenstein.

<sup>28</sup> C. Grabenwarter, « Der österreichische Verfassungsgerichtshof », in A. von Bogdandy, C. Grabenwarter, P.M. Huber (dir.), *Handbuch des Publicum Europaeum*, vol. VI : *Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa*, Heidelberg, Müller, 2016, p. 434 s.

<sup>29</sup> La présence d'étrangers à la Cour de justice de l'État est autorisée au Liechtenstein depuis 1925 (loi 1925, art. 2 et art. 4 ; en droit actuel : loi du 27 novembre 2003 relatif au *Staatsgerichtshof*, StGHG, art. 1 al. 3 et art. 3 al. 2 [www.gesetze.at](http://www.gesetze.at)). Les incompatibilités peu strictes dans le passé (loi 1925, art. 3 et 6) et plus strictes de nos jours (loi 2003, art. 4) ne visaient et ne visent que des fonctions exercées sur le territoire liechtensteinois.

<sup>30</sup> Les incompatibilités ou inéligibilités ne visent, en général, que les mandats de député et de ministre et, parfois, les fonctionsnaires. Voir Rhenanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134 ; Bade-Wurtemberg, Const. 1953, art. 89 ; Bavière, Const. 1946 art. 68 ; Berlin, Const. 1995, art. 84 ; Brandebourg, Const. 1992, art. 112 ; Hambourg, Const. 1952, art. 65 ; Basse-Saxe, Const. 1993, art. 55 ; Sarre, Const. 1947, art. 96 et loi du 17 juillet 1958 sur la *Verfassungsgerichtsreform*, § 2.

<sup>31</sup> Voir les exemples de la RFA (quota de 6 juges ordinaires sur un total de 16 ; § 2 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, du Portugal (quota de 6 juges ordinaires sur un total de 13 ; § 13 loi sur *Tribunal constitucional* 1982), Turquie : art. 146 Const. 1982 ; Grèce (art. 100 Const. 1975). Parfois, un quota est établi pour les juges et procureurs mélangés. Voir, en ce sens, clairement, le cas du droit belge : art. 34 § 2, loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989, à jour (un juge de la Cour constitutionnelle, sur 12, est à choisir parmi les juges de la Cour de cassation, les procureurs auprès de la Cour de cassation et les membres du Conseil d'État). Dans le même sens semblent s'orienter aussi les droits qui évoquent la présence, au sein de leur cour, d'un certain nombre de juges à choisir parmi les « magistrats », un terme ambigu qui pourrait inclure à la fois les juges et les procureurs. Voir Gabon (art. 89 Const. 1991 : un quota de 3 « magistrats » sur 9 membres) ; Niger, art. 121 Const. 2010 (un quota de 2 « magistrats » sur un total de 7 membres) ; Bénin : art. 115 Const. 1990 (trois « magistrats » sur un total de 7) ; Guinée, art. 100 Const. 2010.

<sup>32</sup> Voir les exemples cités *infra* note 43 (Grèce, certains Länder allemands, etc.).

<sup>33</sup> Pour une première liste des causes possibles de création d'une cour constitutionnelle, voir G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critiques sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *Jus politique*, n° 13, hiver 2014, spéc. p. 7 et 18, <http://juspolitique.com/revue/> ; A. Handing, T. Giropi, « Constitutional Courts... », *op. cit.*, p. 11 ss.

<sup>34</sup> Voir les exemples cités *infra* note 43 (Grèce, certains Länder allemands, etc.).

<sup>35</sup> Belgique : au minimum 1 juge sur 12 (art. 34 § 2 loi) ; Grèce : présence de 2 professeurs ; Espagne Const. 1931, art. 122 (4 professeurs) ; Niger, art. 121 Const. 2010 (1 sur 7), etc.

<sup>36</sup> Turquie : art. 146 Const. 1982 ; Niger, art. 121 Const. 2010 (1 sur 7), etc.

<sup>37</sup> La relative marginalisation des avocats au sein des cours constitutionnelles contraste vivement avec la pratique en Angleterre, où les juges des juridictions supérieures sont, traditionnellement, choisis parmi les meilleurs avocats.

<sup>38</sup> En Belgique, en Grèce.

<sup>39</sup> Le droit belge dans sa version actuelle (art. 34 § 2, loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989 mis à jour) leur réserve un siège à la Cour constitutionnelle.

<sup>40</sup> Voir Espagne 1931, art. 122 (au minimum 2 députés) ; Belgique (présence obligatoire de 6 anciens parlementaires sur un total de 12 ; art. 34 loi spéciale sur la Cour constitutionnelle 1989) ; France (Const. 1958, absence d'une qualification juridique, en particulier à l'égard des anciens présidents de la République) ; Yougoslavie (Constitutions fédérales de 1963 et de 1974 : non exigence d'une formation en droit à l'égard de tous les juges de la Cour constitutionnelle) ; Turquie : art. 146 Const. 1982 (présence possible d'un professeur de science économique ou de science politique et de hauts fonctionnaires avec une formation universitaire quinquennale) ; Côte d'Ivoire (ancienne Const. 2000, art. 89 et 90 : présence des anciens présidents de la République et de personnalités dotées d'une expérience « juridique ou administrative ») ; Gabon : art. 89 Const. 1991 (présence des anciens présidents de la République, sur les 9 autres membres nommés seuls 6 doivent être juristes) ; Diboûrt, art. 76 Const. 1992 (présence des anciens présidents de la République et de deux « personnalités de grande réputation professionnelle ») ; Kazakhstan, art. 71 Const. 1995 (présence des anciens présidents de la République) ; Togo : art. 100 Const. 1992, version actuelle (seuls 3 sur les 9 membres doivent avoir des compétences juridiques) ; à l'inverse de la solution initiale de l'art. 100 qui excluait les non-juristes ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 158 et 159 (seuls 6 sur les 9 membres doivent être juristes) ; Niger, art. 121 Const. 2010 ; Guinée, art. 100 Const. 2010 ; dans tous les Länder allemands sauf en Bavière et en Sarre, des non-juristes peuvent être admis, en nombre restreint, dans la cour constitutionnelle du Land (voir K. Schleich, S. Korich, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10<sup>e</sup> éd., München, Beck, 2015, n° 41 ; Exemples : Rhénanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134 ; Bade-Wurtemberg, Const. 1953, art. 88 ; Berlin, Const. 1955, art. 84 ; Brandebourg, Const. 1992, art. 112, etc.).

organes sont autorisés à choisir des candidats qui leur sont, politiquement, proches. Par rapport à cette tendance lourde, il existe, certes, pas moins de sept solutions alternatives, mais celles-ci restent marginales au point de vue quantitatif. 1. L'élection au suffrage universel n'a été retenue qu'en Bolivie, dans la récente Constitution de 2009 (art. 198 et 199) et, à titre subsidiaire, au Liechtenstein<sup>46</sup>. 2. L'idée d'un recrutement par le biais d'un véritable concours, ouvert et méritocratique, n'a pas non plus connu beaucoup d'échos (pour un exemple qui s'en approche : Equateur, articles 177 et suivants de la *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* de 2009<sup>47</sup>). 3. La désignation par tirage au sort existe (en Grèce<sup>48</sup>), mais est rarissime. 4. L'appartenance à la cour constitutionnelle de personnes du fait de leur fonction publique actuelle<sup>49</sup> ou ancienne<sup>48</sup> (membres « de droit », représentant d'une certaine profession juridique (les juges ordinaires, les professeurs de droit, les avocats<sup>49</sup>) ou d'un certain milieu social travaillant sur et avec le droit (les ONG de défense des droits de l'homme<sup>49</sup>), désignation des membres de la cour constitutionnelle ; soit ces groupes sont obligés en droit de choisir l'un des leurs (désignation par les pairs), soit ils sont libres en droit de choisir en dehors de leur milieu. Cette méthode est assez fréquente et attire d'ailleurs d'avantage de nos jours : elle reste tout de même une solution minoritaire. 5. La cooptation par les futurs pairs (i.e. par les juges déjà nommés de la cour constitutionnelle) est rarissime (un seul exemple, à ma connaissance : le Portugal). 7. Enfin, le dernier mode alternatif de désignation est celui où une instance externe, c'est-à-dire internationale, choisit des membres d'une cour constitutionnelle nationale, solution iconoclaste qui a été réalisée dans les cas, uniques à ma connaissance, de la Bosnie-Herzégovine (art. VI, § 1, Const. 1995 ; désignation de trois membres de la Cour constitutionnelle par le président de la Cour européenne des droits de l'homme) et du Kosovo (art. 152 Const. 2008)<sup>47</sup>.

d) **Quatrième trait** saillant de la solution standard : le mandat des juges à la cour constitutionnelle est limité par un terme précis, qui, en principe, assure à chaque juge la même durée de présence à la cour, durée qui est plus ou moins courte. La fonction de juge à une cour constitutionnelle n'est pas en effet une carrière à vie. Au plus tard, le mandat expire

après une durée fixée d'avance qui varie entre, au minimum, 2<sup>es</sup> ou 5 ans (ex. Bénin, Pérou, Guatemala : art. 269 Const. 1985, Liechtenstein, etc.), avec parfois possibilité de renouvellement et, au maximum, 11 ans (Bélorussie, avec une possible reconduction), 12 ans (ex. Allemagne, Monténégro, Turquie, sans possibilité de renouvellement) ou même 15 ans (Azerbaïdjan, mandat non renouvelable<sup>49</sup>). Avec cette solution tranchent deux autres types d'encadrement des mandats dans le temps : celui où, à l'instar de la plupart des juges ordinaires, le mandat de juge constitutionnel court jusqu'à l'âge de départ obligatoire à la retraite (ce qui, selon les cas, peut valoir à la personne nommée une très longue présence ; exemples : Autriche, Belgique, Russie, Arménie, Bosnie-Herzégovine) ; enfin celui, encore plus radical en termes de durée, où le mandat peut courir jusqu'au décès de la personne (le mandat à vie, au strict sens du terme ; c'est le cas, en France, à Djibouti, au Kazakhstan, etc., des anciens présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel).

2° La composition atypique de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

À l'aune du modèle standard ressort clairement le caractère atypique de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise. En matière de composition, l'originalité se situe sur quatre plans :

- a) la non permanence de la Cour constitutionnelle ;
- b) la (relative) homogénéité sociologique de la Cour, composée exclusivement de juges ordinaires, avec une nette prépondérance de juges spécialisés en droit privé et droit pénal ;
- c) la très large dépolitisation du processus de désignation de ses membres du fait de la présence de membres de droit et de l'élection des juges par d'autres juges ;
- d) l'absence d'une durée fixe et égale du mandat.

Le minimalisme de la solution de 1996-97 se reflète surtout dans la première de ces quatre spécificités.

#### a) La non permanence de la Cour

Afin d'économiser de l'argent<sup>50</sup> et au vu du rôle réduit attribué à la Cour, il a été décidé en 1996 que la fonction de juge à la Cour constitutionnelle ne serait pas un poste à plein temps. Tous ses membres sont obligés de cumuler deux activités, en l'espace juridictionnelles. Sur ce point, il est utile, pour la suite, de bien situer le siège de cette solution. En effet, cette obligation de cumul est-elle consacrée dans la Constitution, dans la loi ou dans les deux ? Il est certain qu'elle se trouve formulée de manière générale (pour tous les membres, sans distinction) et de manière explicite dans l'art. 3 § 6 de la loi du 27 juillet 1997 : « Les membres de la Cour continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine ». Est-ce à dire qu'il serait possible dans l'avenir de changer ce point structurel, en partie problématique, par une simple loi, sans devoir opérer une révision ? La réponse est négative : déjà l'art. 95ter Const., de par sa formulation, implique le cumul. Pour ce qui est du président de la Cour supérieure de Justice et du président de la Cour administrative, l'art. 95ter Const. implique que les deux titulaires sont membres de droit de la Cour constitutionnelle, ce qui implique, au-delà de l'idée de cumul, qu'ils doivent exercer leur fonction à la Cour constitutionnelle aussi longtemps qu'ils exercent leur première fonction, c'est-à-dire en principe jusqu'à l'âge de

<sup>46</sup> Cette durée est rarissime. Voir Grèce, art. 100 Const. 1975.

<sup>47</sup> Art. 14 loi sur la Cour constitutionnelle, <http://www.consticourt.gov.az/laws/22>

<sup>48</sup> Le député Luc Frieden (CSN), qui a joué un rôle central dans la réforme de 1996-97, puisqu'il a été à la fois l'auteur de la proposition de révision aboutissant à l'art. 95ter et de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, le président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRC) de la Chambre des députés et le rapporteur général de ces deux textes, avait justifié le mode de composition particulier de la Cour constitutionnelle (le recours à des juges ordinaires cumulant deux fonctions) d'une part par l'apolitisme du recrutement et, d'autre part, par la réduction de l'impact sur les finances publiques. Voir C.R., 1995-96, discours du 9 juillet 1996, col. 3168 (« Mir schieden d'amt och keng deier zousatzleech Posten, déi eng Inzidenz op eis Staatsfinanzen hätten » ; trad. pers. : « Ainsi, nous ne créons pas des postes coûteux supplémentaires qui auraient une incidence sur nos finances publiques »). L'argument financier avait également été évoqué dans l'avis du professeur belge Francis Delpeché, à propos d'un projet de révision antérieur (F. Delpeché, *Rapport présenté à la Chambre des députés sur les modes d'insertion du contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, sept. 1994, doc. parl. n° 3914-1A, p. 7).

<sup>38</sup> Voir *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, loi n° 27 de 2010, chap. 2, <http://www.topbolivia.bo/ports/sites/all/modules/copy/eyes/eyes/027/le027.pdf>. Les citoyens satisfaisant certains critères (en particulier, avoir une formation juridique) peuvent présenter leur candidature ; le parlement, à la majorité des deux tiers, fait une présélection, en retenant 25 candidats ; cette liste doit respecter la parité hommes/femmes et doit comprendre un minimum de représentants de populations indigènes ; le peuple élit, selon un scrutin majoritaire à un seul tour, les sept juges et les sept suppléants pour un mandat de 6 ans qui n'est pas renouvelable immédiatement.

<sup>40</sup> Si le parlement refuse le ou les candidats proposés par le comité de sélection présidé par le monarque, un référendum est organisé. Voir art. 98 Const. 1921, [www.gesetz.li](http://www.gesetz.li), et *Gesetz vom 26. November 2003 über die Bestellung der Richter (Richterbestellungsgesetz)*, art. 14 à 17.

<sup>41</sup> <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/quienes-somos/vision-y-mision.html>

<sup>42</sup> Grèce, art. 100 Const. 1975 (désignation de deux professeurs de droit et de huit juges parmi les membres de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat).

<sup>43</sup> Pour ce qui est des présidents en exercice des juridictions ordinaires supérieures : Grèce, art. 100 Const. 1975 ; certains Länder allemands dont la Rhénanie-Palatinat, Const. 1947, art. 134.

<sup>44</sup> Pour ce qui est des anciens présidents de la République : France, Const. 1958, art. 56 ; Gabon, art. 89 Const. 1991 ; Djibouti, art. 76 Const. 1992 ; Kazakhstan, art. 71 Const. 1995 ; dans le passé : Côte d'Ivoire, ancienne Const. 2000, art. 89.

<sup>45</sup> Pour la désignation de juges de la cour constitutionnelle par des juges ordinaires, voir : Italie, art. 135 Const. 1947 ; Espagne, art. 169 Const. 1978 ; Turquie, art. 146 Const. 1982, versions originale et actuelle ; Guatemala, art. 269 Const. 1985 ; Bulgarie, art. 147 Const. 1991 ; Togo, art. 100 Const. 1992, version originale ; Géorgie, art. 88 Const. 1995 ; Ukraine, art. 148 Const. 1996 ; Serbie, art. 172 Const. 2006 ; République démocratique du Congo, art. 88 Const. 2006, art. 158 ; Niger, art. 121 Const. 2010 ; Guinée, art. 100 Const. 2010 ; Algérie, art. 183 Const. 2016. Pour l'élection de juges de la cour constitutionnelle par le monde universitaire/les facultés de droit, les professeurs de droit, voir Espagne, art. 122 Const. 1931 ; Guatemala, art. 269 Const. 1985 ; Turquie, art. 146 Const. 1982 ; Togo, art. 100 Const. 1992, version originale ; Guinée, art. 100 Const. 2010 ; Niger, art. 121 Const. 2010. La désignation d'un membre de la cour constitutionnelle par le barreau est très rare. Voir, dans le passé, le Togo avec l'art. 100 de la Const. de 1992, dans sa version originale, et l'Espagne, art. 122 Const. 1931 ; à l'heure actuelle : Guatemala, art. 269 Const. 1985 ; Guinée.

<sup>46</sup> Un cas unique, à ma connaissance : l'élection, par des associations de défense des droits de l'homme et de la démocratie, d'un représentant issu de ce monde (Niger, art. 121 Const. 2010). Proche : Guinée, art. 100 Const. 2010.

<sup>47</sup> Voir C. Grewe, « Die Verfassungsgeschspärbkeit in ex-Jugoslawien in der Perspektive des europäischen Rechtsstaats », à paraître dans le prochain volume du *Handbuch des Publicum Europaeum* dirigé par A. von Bogdandy et P.M. Huber.

retraite ; toute démission en cours de mandat de l'un des deux postes, mais non de l'autre, leur est donc également interdite par l'art. 95ter Const. En revanche, pour ce qui est de deux autres groupes – les « cinq conseillers à la Cour de cassation » et les « cinq magistrats nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative » –, l'art. 95ter Const. exige également le cumul, mais il n'implique pas qu'ils soient aussi membres de droit (évident dans le cas des cinq magistrats, ce point sera démontré plus loin pour ce qui est, depuis 2012, des deux conseillers à la Cour de cassation). À l'égard de ces deux derniers groupes, l'art. 95ter ne précise pas non plus la durée du mandat (celle-ci est fixée seulement dans la loi de 1997).

Inscrite implicitement dans l'art. 95ter Const., cette obligation de cumul est donc un élément déterminant de la structure de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, qui la distingue de manière nette du modèle standard de cour constitutionnelle. Cette originalité pose toutefois, dans la pratique, quelques problèmes en matière de composition de la Cour constitutionnelle<sup>51</sup>, ce qui a suscité d'abord en 2012, puis récemment des propositions de réforme. Mais loin de vouloir établir une cour permanente, avec des juges travaillant à temps plein, ces propositions se contentent d'augmenter le nombre de juges censés cumuler deux fonctions juridictionnelles<sup>52</sup>.

#### b) La relative homogénéité de la Cour sur le plan sociologique

Afin de garantir au maximum le caractère juridictionnel, et non politique, de l'organe « Cour constitutionnelle », un autre choix, radical, a été retenu en 1996 : le monopole des juges ordinaires.

D'une part, aux yeux des acteurs politiques qui étaient à l'origine de la révision de 1996, parmi lesquels il faut citer en premier lieu le député Luc Frieden (CSV), il fallait un organe composé de juristes, à l'exclusion de tout non-juriste (homme politique, syndicaliste, représentant des forces vives de la nation, professeur de science politique, simple citoyen, etc.). L'argument de la dimension en partie politique, car créative/discrétionnaire du contrôle de constitutionnalité des lois, à raison de l'interprétation de la Constitution, n'a pas eu d'impact sur la question de la composition de la Cour constitutionnelle. Dans son premier avis (très critique) du 9 mai 1996 relatif au futur art. 95ter Const.<sup>53</sup>, le Conseil d'État, composé lui-même de manière mixte, s'était fait le défenseur de la dimension politique de la justice constitutionnelle et avait prôné une possible mixité de la composition de la cour constitutionnelle. Or, la majorité politique à la Chambre des députés n'en a point tenu compte. Une raison, apparemment, la logique du juridisme véhiculée par le nouveau terme phare de « l'État de droit ». Une autre raison possible (non dite) est que la solution du cumul – point a) – empêchait tout éventuel « recasage » d'un acteur politique : la politisation ainsi obtenue de la Cour aurait été, en outre, par trop visible et insupportable.

<sup>51</sup> En vertu de l'art. 5, al. 2, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, les juges qui, au sein de leur juridiction d'origine, ont participé à la formulation d'une question préjudicielle de constitutionnalité, et qui sont également membres de la Cour constitutionnelle (ex. les juges de la Cour de cassation, le président de la Cour administrative, etc.), ne peuvent siéger au sein de la Cour constitutionnelle sur cette affaire. Dans cette hypothèse, la Cour constitutionnelle doit statuer sans profiter des lumières de ses membres qui sont spécialistes du droit ordinaire concerné. Voir l'avis de la Cour supérieure de justice du 14.7.2011, doc. part., n° 6030-8, p. 6 s. Le ministre de la Justice a même avancé le risque qu'à cause de l'art. 5, il pourrait s'avérer impossible de trouver cinq membres de la Cour constitutionnelle qui n'auraient pas déjà siégé, au sein d'une juridiction ordinaire, sur une affaire. Voir la motivation de l'avis-projet de loi portant organisation de la Cour supérieure, soumis par F. Billigen, annexé au procès-verbal de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (CIRCO), PV IR 26, réunion du 27 février 2013, p. 12, 14 (dossier part., n° 6030).

<sup>52</sup> En 2012, lors du débat sur la loi relative aux attachés de justice (doc. part. 6304B-5, p. 27), le gouvernement avait proposé d'ajouter aux membres ordinaires de la Cour constitutionnelle des « suppléants », qui, pour chaque affaire, seraient choisis par le président de la Cour constitutionnelle parmi les juges de l'appel ou de la Cour administrative. Cette proposition n'a pas été retenue par la Chambre des députés (PV, 34, 25 avril 2012, p. 10), suite à l'opposition formelle du Conseil d'État (un tel changement nécessiterait une révision de l'art. 95ter de la Constitution ; doc. part. 6304B-6, avis du Conseil d'État du 6 mars 2012, p. 9). Le principe de juges-suppléants a été repris dans le cadre de la révision actuelle de la Constitution (doc. 6030, voir *infra* IIIa par. B, 2°).

<sup>53</sup> Voir doc. part., n° 4153-1, p. 7.

D'autre part, la majorité politique à l'origine de la révision est même allée plus loin puisque, non contente de récuser les non-juristes, elle a écarté également – à l'encontre du modèle standard de cour constitutionnelle – la présence de différents types de juristes. La catégorie des « juristes » a été réduite à celle de juges ordinaires<sup>54</sup>, à l'exclusion des membres du parquet, des avocats, des hommes politiques à formation juridique, des hauts fonctionnaires, des professeurs de droit, etc. Pour citer le rapport final de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, rédigé par Luc Frieden, l'objectif du pouvoir de révision était de faire en sorte « que la Cour soit toujours composée de magistrats professionnels indépendants, nommés en raison de leurs fonctions, et non de personnalités choisies discrétionnellement par une autorité politique. Il est ainsi assurée que la Cour constitutionnelle reste une institution de justice, chargée de dire le droit au niveau le plus élevé, celui de la Constitution »<sup>55</sup>.

Que les membres du parquet sont exclus de la Cour constitutionnelle ne ressort pas de prime abord, du texte. L'art. 95ter Const. parle, en effet, pour le dernier des trois contingents de membres de la Cour constitutionnelle, de « magistrats » (« cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative »), formule reprise dans l'art. 3 de la loi du 27 juillet 1997. En droit judiciaire luxembourgeois ordinaire, i.e. de rang infra-constitutionnel, le terme « magistrat » sans autre complément (« du siège », « du parquet »), est, traditionnellement, polysémique en ce qu'il peut viser soit l'ensemble des deux groupes (ceux du siège et ceux du parquet), soit seulement les juges, soit seulement les représentants du ministère public<sup>56</sup>. La Constitution luxembourgeoise depuis 1868 jusqu'en 1996, ignorait le terme « magistrat » sans complément. Le chapitre VI relatif à la justice parlait des « juges », « conseillers » et « tribunaux », en ignorant l'institution du parquet ; dans l'art. 54 relatif aux incompatibilités prévues à l'égard du mandat de député, apparaissaient certes, depuis 1868, le terme « magistrat », mais au sein de la formule plus longue et précise de « magistrat du parquet ». Or quel est le sens du mot « magistrat », tout seul, introduit en 1996 dans l'art. 95ter Const. ?

Dans la dernière phrase du § 3 de l'art. 95ter (« La Cour constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats »), le terme a, clairement, un sens restrictif, étant synonyme de « juge ». Quant à son utilisation dans la première phrase du § 3 de l'art. 95ter, qui nous intéresse ici, l'on peut arguer également que c'est le sens restrictif, et non extensif, qui est visé, et ce pour deux raisons. Première raison : l'idée que des membres du parquet puissent siéger en tant que juges, tout en exerçant parallèlement des fonctions du ministère public – idée en soi pour le moins insolite – n'a jamais été explicitement évoquée et approuvée par les auteurs de la révision. Dans l'esprit de Luc Frieden, il est évident que ces « magistrats » évoqués dans l'art. 95ter Const. sont des magistrats du siège puisque, dans sa proposition initiale de loi relative à la Cour constitutionnelle, il voulait faire désigner ces cinq magistrats parmi « les conseillers en exercice auprès de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative »<sup>57</sup>. Le Conseil d'État s'est opposé, au nom de l'art. 95ter Const., à cette formulation restrictive, afin de défendre l'éligibilité non pas des magistrats du parquet, mais

<sup>54</sup> Voir l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. part., n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelles (CIRCO), p. 4 ; « Organe juridictionnel, elle [la Cour constitutionnelle] devra être composée de juristes, qui seront recrutés parmi les plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre juridictionnel administratif ».

<sup>55</sup> Rapport de la CIRCO, doc. part., n° 4153-4, 13 juin 1996, p. 3. Cette solution avait également été retenue, quoique selon d'autres règles, dans la proposition de révision de Jean-Paul Ripplinger (DP) de 1992. Elle prévoyait une cour constitutionnelle entièrement composée de juges ordinaires issus de l'ordre judiciaire (juges de la Cour de cassation, certains juges parits en retraite). Voir doc. part., n° 3685/3686, déposé le 19 octobre 1992, art. 2, p. 7. On y trouve également (p. 6 s) des références à d'autres propositions (ex. celles de l'avocat Gaston Vogel) qui, elles aussi, prévoyaient un mode de désignation qui était au maximum à l'abri de toute influence des partis politiques.

<sup>56</sup> Voir la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (version initiale), art. 6, 13, 15, 16, 26, 40, 46, 52, 67, 71, 102, 112, 113, etc. Le sens du terme « magistrat », seul, sans complément, ressort le plus souvent du contexte. Première, art. 16 ; pour la seconde, art. 15).

<sup>57</sup> Doc. part., n° 4218, p. 2, art. 3 § 2 : « (...) Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation sont membres de droit de la Cour constitutionnelle. Les cinq autres conseillers sont nommés parmi les conseillers en exercice auprès de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative sur avis conjoint de ces deux cours ».



des magistrats (i.e. juges) des *juridictions inférieures*<sup>63</sup>. D'où la formulation actuelle de l'art. 3 de la loi de 1997. Le deuxième argument est le fruit d'une interprétation à la fois systématique et téléologique du mot « magistrat ». Admettre qu'un procureur serait en même temps procureur, et à ce titre soumis à « l'autorité du ministre de la justice » (art. 70 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire), et, juge, et à ce titre indépendant de l'exécutif, serait ni raisonnable, ni cohérent par rapport à la volonté des acteurs politiques de créer une Cour constitutionnelle des plus indépendantes, indépendance consacrée à travers le renvoi, dans l'art. 95ter, aux articles 91, 92 et 93 Const. Patrick Kirsch, lors d'un échange sur ce point, a formulé le même argument systématique et téléologique, quoique sous un autre angle. Selon lui, « les procureurs ne sont pas des magistrats », selon l'architecture, voulue en 1996, de la Cour constitutionnelle : la procédure devant la Cour constitutionnelle est un modeste complément aux mécanismes de contrôle de la hiérarchie des normes par les juges des tribunaux ; le contrôle de constitutionnalité est le seul qui leur manque. Il serait incongru de faire siéger le ministre public dans ce cadre essentiellement judiciaire, de même que la présence de professeurs, d'avocats ou de représentants du monde politique serait contraire à ce système (...) <sup>64</sup>. Quoi qu'il en soit, un fait est net : dans la pratique des nominations à la Cour constitutionnelle depuis 1997 jusqu'à ce jour, aucun membre du parquet n'a jamais été proposé ni nommé. Dans l'avenir, une telle nomination, même à supposer qu'elle fût licite (ce que je démens), est de toute manière des plus improbables, car seuls des magistrats du siège votent dans l'assemblée conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

Quant à l'exclusion des professeurs de droit, très présents dans la plupart des cours constitutionnelles étrangères, elle n'a jamais été thématisée lors des débats en 1996. À l'époque, il n'y avait pas encore d'université à Luxembourg ; de toute manière, le monde politique luxembourgeois avait, et a d'ailleurs toujours, une certaine appréhension par rapport à l'introduction (« l'intrusion ») d'experts universitaires dans le jeu politique ; la solution liechtensteinoise, monégasque ou andorranne de recruter des professeurs étrangers était à fois inconnue et, totalement, inimaginable en 1996-97.

L'homogénéité sociologique ainsi obtenue au sein de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise n'est toutefois pas totale : il existe, en effet, une certaine différence sociologique et, en partie, culturelle (en rapport avec la culture juridique) du fait de la coexistence au sein de la Cour entre, d'un côté, les juges issus des juridictions judiciaires (droit privé, droit pénal) et, de l'autre, les juges issus de la Cour administrative. La coexistence est déséquilibrée (le ratio était, dès 1997, de 7 à 2, sachant que la Cour constitutionnelle siège, en général, en formation de cinq juges). Ce déséquilibre était dès le départ voulu par les auteurs de l'art. 95ter, à travers la présence obligatoire du président de la Cour supérieure de justice et de deux conseillers à la Cour de cassation. Le collège électoral désignant les candidats pour les cinq magistrats nommés par le Grand-Duc était et est largement dominé par les juges judiciaires (plus d'une trentaine) au détriment des membres de la Cour administrative (au nombre de cinq, étant précisé que ce chiffre peut encore baisser<sup>65</sup>). Ni l'art. 95ter ni la loi de 1997 n'a établi un quota en faveur des juges administratifs. Ce déséquilibre numérique est, en partie, paradoxal, car la Constitution traite plutôt de questions de droit public. Surtout, cette différence de provenance n'est pas sans incidence sur le raisonnement de la Cour constitutionnelle, un point dont les auteurs de la réforme ne pouvaient se douter, mais qui ressort de la pratique depuis 1997 jusqu'à ce jour, comme l'ont concédé en off plusieurs de ses membres. Les juges judiciaires sont généralement plus réticents que les juges de la Cour administrative à censurer le législateur,

<sup>63</sup> Avis du 28 mars 1997, doc. parl. n° 4218-2, p. 3 : « La Constitution prévoit (...) que les cinq membres de la Cour constitutionnelle qui ne le sont pas de droit doivent être choisis parmi les magistrats sans préciser les juridictions dont ils doivent faire partie ». Or les procureurs sont procureurs auprès d'une juridiction ; ils ne sont pas membres de celle-ci.

<sup>64</sup> Mail du 7 février 2018 (souligné par P. Kirsch).

<sup>65</sup> Dans la pratique la plus récente de ces assemblées générales conjointes de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative, deux catégories de juges sont pris de ne pas participer au vote : ceux dont le mandat à la Cour constitutionnelle vient à échéance et ceux qui sont candidats à un poste vacant, le remercie Francis Delaporte pour ces informations.

à étayer la motivation de leurs arrêts et à adopter des interprétations audacieuses de la Constitution (ce qui est, à l'inverse, comme chacun le sait, l'une des marques de fabrique de la Cour administrative, sous les présidences successives de Georges Ravarani et de Francis Delaporte).

Quoi qu'il en soit, de par sa composition faite exclusivement de juges ordinaires, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise s'écarte clairement du modèle standard de cour constitutionnelle. Si on peut la rapprocher de certaines juridictions constitutionnelles spéciales à l'étranger, c'est, tout au plus, de la Cour supérieure spéciale de Grèce qui, pour l'essentiel<sup>66</sup>, est composée à la fois – mais de manière équilibrée ! – de juges de la Cour de cassation et de juges du Conseil d'Etat. Mais, la Cour supérieure spéciale grecque, avec ce type de composition, est à son tour atypique parmi les cours constitutionnelles.

En revanche, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise se rapproche sensiblement de cet autre modèle institutionnel où le contenu constitutionnel est, plus ou moins, confié à la juridiction ordinaire suprême, que ce soit au plénum de la cour suprême (Irlande, Estonie, Chypre, etc.) ou à une chambre de celle-ci (les « chambres constitutionnelles » des cours suprêmes, fréquentes en Amérique latine et en Afrique). Cette grande proximité n'est du reste pas fortuite.

D'une part, il faut rappeler que dans les débats politiques des années 1990, l'option de confier le contrôle de constitutionnalité à la Cour supérieure de justice/Cour de cassation tenait pendant longtemps le haut du pavé au sein des grands partis politiques<sup>67</sup>, avant que ceux-ci ne s'entendent à créer une cour constitutionnelle à part, afin de pouvoir, dans le contexte de la dualité des ordres juridiques, associer les juges administratifs au contrôle de la constitutionnalité des lois. D'autre part, il faut noter que tout le régime retenu en 1996/97 est organisé de manière à ce que ce soient les plus hauts juges de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif qui monopolisent les sièges et le pouvoir au sein de la Cour constitutionnelle<sup>68</sup>. Là encore, une plongée dans les débats parlementaires est instructive. Dans la proposition initiale de révision de l'art. 95 déposée par Luc Frieden (doc. parl. n° 4153), il était prévu que la Cour constitutionnelle soit composée seulement de sept membres : sur ces sept, quatre (donc la majorité) étaient nécessairement issus des juridictions ordinaires suprêmes (le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative, les deux conseillers à la Cour de cassation) ; devaient s'y ajouter trois magistrats nommés sur proposition de l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. Au cours des débats sur le futur art. 95ter Const., le chiffre de trois magistrats désignés par cette assemblée générale conjointe sera porté à cinq, afin d'éviter des problèmes de parité<sup>69</sup>. La prédominance des juges issus des juridictions ordinaires suprêmes était, du coup, un peu moins gravee dans le marbre du droit, mais elle n'en subsistait pas moins : seuls les juges les plus élevés faisant partie de l'assemblée générale conjointe, l'on pouvait s'attendre à ce qu'ils désignent des candidats pris en leur sein, ce que confirme du reste la pratique ultérieure des élections<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> V. siège aussi le président de la Cour des comptes et, dans certains cas, deux professeurs de droit (art. 100 Const., 1975).

<sup>67</sup> Voir *infra* la texte lié aux notes 195, 196 et 197.

<sup>68</sup> Cf. l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. parl. n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, p. 4 : « Organe judiciaire, elle [la Cour constitutionnelle] devra être composée de juges, qui seront recrutés parmi les plus hauts magistrats de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif » (ces mots qui soulignent). Voir aussi l'observation synthétique du Conseil d'Etat, dans son avis du 9 mai 1996, doc. parl. n° 4153-1, p. 4 : « cette juridiction constitutionnelle se composera des plus hauts magistrats des ordres judiciaire et administratif ».

<sup>69</sup> Voir doc. parl. n° 4153-2, dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'Etat du 14 mai 1996.

<sup>70</sup> Le 2<sup>e</sup> juge administratif siégeant à la Cour constitutionnelle, au titre du contingent, des « cinq magistrats », a toujours été, pour l'instant, le vice-président de la Cour administrative (Marion Lammens, Jean-Mathias Goerens, Francis Delaporte). Du côté des juridictions judiciaires, seuls des conseillers à la Cour de cassation et des présidents de chambre à la Cour d'appel ont, siégés jusqu'à la Cour constitutionnelle au titre du troisième contingent.

c) La dépolitisation du recrutement de ses membres

Tous les neuf membres de la Cour constitutionnelle sont, certes, nommés officiellement par l'organe « Grand-Duc » (art. 3 § 2 loi 1997), avec la double signature du grand-duc (individu) et d'un ministre responsable (art. 45 Const.), mais la compétence de l'organe Grand-Duc est, en grande partie, liée. Dans le débat politique des années 1990 s'est cristallisé un net mouvement en faveur de l'insularisation du processus de désignation des membres de la Cour constitutionnelle par rapport aux partis politiques, à travers un certain automatisme de la désignation des juges de la Cour constitutionnelle. Luc Frieden, dans le propos cité plus haut, a également stigmatisé toute « *discretion* » de la part des autorités politiques<sup>65</sup>. Il reste à savoir jusqu'à quel point cette exclusion est consacrée en droit positif, car tout lien ombilical n'a pas été coupé puisqu'il existe toujours un acte de nomination formel par l'organe Grand-Duc : la prérogative de la nomination officielle n'est ni supprimée comme l'avait préconisé le Conseil d'État pour les membres de droit<sup>66</sup>, ni attribuée à un organe ne relevant pas de l'exécutif. Dans leur analyse comparative du cas luxembourgeois, N. Kuhn et E. Rousseaux ont vu la spécificité de la procédure de nomination luxembourgeoise, d'une part, dans la totale exclusion du parlement (ce qui est exact) et, d'autre part, et surtout, dans la « *collaboration entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire* »<sup>68</sup>. La formule est, à mon avis, trop schématique et excessive ; elle soulève plusieurs questions : Existe-t-il, à chaque fois, une codécision ? Si oui, quel est le poids (l'ampleur de la marge de manœuvre) de chacun des deux « pouvoirs » ? Et que veut dire, ici, « pouvoir exécutif » et « pouvoir judiciaire » ?

En principe, sauf cas d'inconstitutionnalité, le grand-duc (individu) doit s'incliner devant la volonté exprimée par le gouvernement, en vertu du principe démocratique (art. 1 et 45 Const.). Si discrétion il y a, elle revient au ministre contresignataire et, à travers lui, au conseil de gouvernement<sup>69</sup>. Pour évaluer l'existence et l'étendue d'un éventuel pouvoir discrétionnaire, il faut tenir compte des trois catégories de membres de la Cour constitutionnelle. La difficulté de la réponse varie, en effet, en fonction de la catégorie visée.

a) Il y a tout d'abord les deux membres de droit que sont, en vertu de l'art. 95ter Const., le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative. Pour eux, il va de soi que l'exécutif ne dispose d'aucune discrétion : il appartient à l'organe Grand-Duc de nommer à la Cour constitutionnelle les deux personnes ainsi désignées par leur fonction. Notons aussi – toujours dans la logique de la dépolitisation des nominations –, qu'après les débats hauts en couleur soulevés par la proposition initiale de faire désigner le président et le vice-président de la Cour constitutionnelle par le Grand-Duc<sup>70</sup>, il a été décidé dans la loi de 1997 (art. 3 § 5) que le président de la Cour supérieure de justice serait, ex officio, président de la Cour constitutionnelle et le président de la Cour administrative, ex officio, vice-président. La véritable question est donc de savoir comment, initialement, sont désignées les personnes appelées à la fonction de président de la Cour supérieure de justice ou de président de la Cour administrative. A ce niveau, préalable, prévaut également une logique de dépolitisation : car leur nomination, par le Grand-Duc, se fait sur proposition de la juridiction ordinaire suprême concernée, proposition que l'exécutif se contente d'entériner<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Voir supra note 55. Voir aussi le rapport de la CIRP sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, 20 juin 1997, doc. parl., n° 4218-9, p. 3.

<sup>66</sup> Avis du Conseil d'État sur la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, 28 mars 1997, doc. parl., n° 4218-2, p. 2. Le Conseil d'État estime qu'une nomination formelle, pour les membres de droit, est superflue.

<sup>67</sup> N. Kuhn et E. Rousseaux, op. cit., p. 480.

<sup>68</sup> Art. 8 de l'arrêté royal grand-ducal du 9 juillet 1987 portant organisation du gouvernement grand-ducal : « Toute affaire à soumettre à Notre décision [= Grand-Duc] est délibérée en conseil ».

<sup>69</sup> Voir proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, déposé par L. Frieden le 15 octobre 1996, doc. parl., n° 4218, art. 3 § 2. La Cour supérieure de justice s'est sentie lésée dans son honneur, voire dans son statut constitutionnel, que le président de la Cour administrative puisse ainsi, par voie de décision du Grand-Duc, accéder à la présidence de la Cour constitutionnelle.

<sup>70</sup> Art. 90 Const. ; art. 43 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ; art. 11 de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Il convient de noter que l'exigence d'une liste de trois noms, prévue dans l'art. 43 pour les juges judiciaires, n'a pas été reprise dans la loi de 1996 relative aux juridictions administratives. En conséquence, la Cour administrative peut se contenter de proposer un seul nom.

Une cour constitutionnelle différente des autres

b) Il y a ensuite le contingent des « conseillers à la Cour de cassation », au nombre de deux selon l'art. 95ter Const. Sur ce point, il faut faire exactement la part de ce qui est prévu dans la Constitution et de ce qui est inscrit dans la loi. L'art. 95ter Const. parle de la présence, au sein de la Cour constitutionnelle, « de » (et non « des ») deux conseillers à la Cour de cassation, ce qui, selon une interprétation littérale, suggère la possibilité d'un choix de deux parmi un plus grand nombre de conseillers. Or à l'époque tant de la révision de 1996 que de la loi de 1997, la Cour supérieure de justice ne comptait, et ne pouvait compter en vertu de la loi de 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (art. 33), que deux juges portant le titre de « conseiller à la Cour de cassation »<sup>72</sup>. Dès lors, se pose une question quant au sens précis de cette partie de l'art. 95ter, qui, malheureusement, n'a pas fait l'objet d'une discussion approfondie en 1996. Nul n'a attiré l'attention sur la présence du mot « de ».

Soit – lecture a) – l'art. 95ter § 3, première phrase, signifie que le nombre de conseillers à la Cour de cassation peut, dans l'avenir, être augmenté (mais non diminué) par le législateur et qu'en tout état de cause, deux conseillers à la Cour de cassation doivent siéger à la Cour constitutionnelle. Quant à savoir comment ces deux sont désignés, cela n'est pas défini par l'art. 95ter § 3, première phrase, Const. ; en particulier, il faut insister sur le fait que la procédure de désignation prévue à la fin de cette phrase (la nomination par le Grand-Duc sur avis de l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative) ne peut en toute rigueur, en vertu d'une interprétation littérale, s'appliquer qu'au groupe des « cinq magistrats » et non à celui des « deux conseillers »<sup>73</sup>. Des lors, la tâche de définir la désignation de ces deux conseillers est renvoyée, en vertu de l'art. 95ter § 4 Const., au législateur, ce que la loi du 27 juillet 1997, en son art. 3 § 3, a fait effectivement en déclarant – au vu du fait qu'il n'y avait alors que deux conseillers à la Cour de cassation –, que « les » deux conseillers seraient désignés d'office à la Cour constitutionnelle.

Soit – lecture b) – l'art. 95ter § 3 Const. véhicule, d'une part, la norme que le nombre de conseillers à la Cour de cassation est défini, et limité, à deux – ce qui impliquerait que la loi du 7 juin 2012<sup>74</sup>, qui a augmenté le nombre de conseillers à la Cour de cassation de deux à trois ainsi que la loi du 27 juin 2017<sup>75</sup> qui a porté ce chiffre à quatre sont inconstitutionnelles – et, d'autre part, la norme que les deux conseillers sont, déjà en vertu de la Constitution, membres de droit de la Cour constitutionnelle. Une telle lecture a été, partiellement et furtivement, évoquée lors des débats sur la révision en 1996 : au vu du futur et seul art. 95ter Const. (la loi du 27 juillet 1997 n'était pas encore sur la table), le Conseil d'État a qualifié les deux conseillers à la Cour de cassation de « membres de droit »<sup>76</sup>. Luc Frieden, en 1997, a affirmé également cette thèse, en énonçant qu'il y avait, en vertu de la Constitution, quatre membres de droit<sup>77</sup>. Or la lecture b) n'est pas entièrement convaincante : elle fait fi du fait que l'art. 95ter parle bien « de deux conseillers à la Cour de cassation » et non « des deux conseillers à la Cour de cassation » ; elle présuppose que l'auteur du texte se

<sup>72</sup> Voir la version originale de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire (art. 33), *Mém. A*, n° 12, et encore la version consolidée du 12 septembre 1997 (art. 33), *Mém. A*, n° 69.

<sup>73</sup> Si tel avait été l'objectif, l'auteur de l'art. 95ter aurait dû regrouper les deux conseillers et les cinq magistrats dans un même groupe et insérer la conjonction « et » ou « ainsi que » avant les mots « de deux conseillers » ; or, à cet endroit se trouve une virgule. En ce sens, déjà : Conseil d'État, avis complémentaire du 10 juin 1997 relatif à la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle (doc. parl., n° 4218-6, p. 1) et aussi, de manière explicite, doc. parl., n° 4218-5 (amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, 21 mai 1997), p. 1, point B1).

<sup>74</sup> Voir art. 19, n° 13, de la loi du 7 juin 2012 sur les attaches de justice, *Mém. A*, n° 125, p. 1604, doc. parl., n° 6304 et 6304B, qui modifie l'art. 33 précité de la loi du 7 mars 1980. Cette augmentation n'était pas prévue dans le projet initial du gouvernement déposé le 5 juillet 2011 (doc. parl., n° 6304, p. 10), ce que regrette la présidence de la Cour supérieure de justice (doc. parl., n° 6304-2) et le Conseil d'État (doc. parl., n° 6304B-3, p. 9) ; elle fut introduite par voie d'amendement gouvernemental en janvier 2012 (doc. parl., n° 6304-5, p. 19, p. 23 si) et acceptée par la commission parlementaire (FV, J31, 18 avril 2012, p. 7).

<sup>75</sup> Loi du 27 juin 2017 arrêtant un programme pluriannuel de recrutement dans la magistrature et portant modification de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, *Mém. A*, 604, art. 11 point 1). L'entrée en vigueur, sur ce point, est prévue pour le 16 septembre 2018, date de la prochaine rentrée judiciaire.

<sup>76</sup> Voir son avis complémentaire du 21 mai 1996, doc. parl., n° 4153-3, p. 1 ; il range les deux conseillers, avec les deux présidents des juridictions ordinaires suprêmes, dans la catégorie des « magistrats séjournant de plein droit à la future juridiction constitutionnelle ».

<sup>77</sup> Voir le rapport de la CIRP sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, rédigé par le président-rapporteur L. Frieden, 20 juin 1997, doc. parl., n° 4218-9, p. 3.



serait mal exprimé et imputé aux auteurs de la révision des intentions qui restent à prouver ; enfin, en 2012, moment fatidique pour la lecture b), nul acteur, en particulier pas le Conseil d'Etat, n'a argué que l'augmentation du nombre de conseillers à la Cour de cassation était inconstitutionnelle. Il en est allé de même en 2017. Tous ces éléments plaident donc en faveur de la lecture a) : la qualité de membre de droit au profit des deux conseillers à la Cour de cassation résulte de la loi, et d'elle seule, et non, aussi, de la Constitution.

Dès lors, tant qu'il n'y avait que deux conseillers à la Cour de cassation, le gouvernement ne disposait d'aucune discrétion à l'égard de cette catégorie de membres de la Cour constitutionnelle. Or, de nos jours, la situation juridique est devenue très compliquée avec la loi du 7 juin 2012<sup>78</sup> : celle-ci a porté le nombre de conseillers à la Cour de cassation de deux à trois, mais n'a pas modifié, de manière explicite, la loi du 27 juillet 1997. Elle ne l'a pas adaptée à cette nouvelle donne, alors qu'en vertu de l'art. 95ter § 4 Const., cette tâche revenait obligatoirement au législateur. En 2017, lors du vote de la loi du 27 juin 2017, qui portait le nombre de conseillers à la Cour de cassation à quatre, cette obligation n'a pas non plus été respectée. Alors même que la question de la composition de la Cour constitutionnelle a été évoquée en 2012 sous un autre angle (celle de créer des suppléants<sup>79</sup>), l'impact de l'augmentation du nombre de conseillers à la Cour de cassation sur la loi de 1997 n'a été thématiquement par personne, à en juger d'après les transcriptions écrites des débats parlementaires de l'époque. Se pose dès lors le problème suivant : la loi de 1997 prévoit que « les deux conseillers à la Cour de cassation sont, de droit, membres de la Cour constitutionnelle » ; or la loi de 2012 a créé un troisième poste de conseiller à la Cour constitutionnelle. La loi de 2012 a donc dû, implicitement, modifier la loi de 1997. La loi de 2012 n'a pas pu remplacer, dans l'art. 3 § 3 loi 1997, le mot « deux » par « trois » (au lieu de deux conseillers membres de droit de la Cour constitutionnelle, il y en aurait désormais trois) ; c'eût été contraire à l'art. 95ter Const. qui prévoit, pour le contingent spécifique des conseillers à la Cour de cassation, le nombre de 2, pour le contingent des « magistrats nommés par le Grand-Duc... » le nombre de 5 et, pour le total légal des membres, le nombre de 7. Des lors, il est clair que la loi de 2012 a abrogé, implicitement, la qualification de « membre de droit ». Cette expression véhicule la norme selon laquelle la désignation de tel/tels membre(s) de tel organe se fait « automatiquement », en lien avec l'obtention d'une autre, première fonction, quel que soit l'engagement et/ou la prédestination des personnes ainsi désignées pour ce second travail (ils peuvent être, au pire, inaptes à ce travail, du moment qu'ils remplissent seulement les conditions pour leur fonction première). Deux conséquences : l'individu ainsi visé ne peut pas vouloir la première fonction sans assumer aussi l'autre (il doit assumer deux tâches, même si, personnellement, il n'en a cure ; il est désigné d'office ; c'est une obligation, et non un droit subjectif auquel il pourrait éventuellement renoncer, dès le début ou en cours de mandat par voie de démission) ; tous les autres organes doivent admettre que le titulaire de la première fonction accède automatiquement à la seconde, sans pouvoir discuter ses aptitudes pour ce second travail (il n'y a aucune discrétion de la part d'un autre organe si celui-ci doit formellement nommer l'individu en question à la 2<sup>e</sup> fonction).

À partir de la loi de 2012, l'automatisme de la désignation des deux conseillers à la Cour de cassation censés siéger à la Cour constitutionnelle n'existe plus : il faut, à présent, désigner (choisir) celui des trois conseillers qui ne siègera pas à la Cour, et moins pas au titre du contingent des « conseillers à la Cour de cassation » (il pourrait, éventuellement, être désigné au titre du contingent des « cinq magistrats »). Ce choix pourrait être fait de diverses manières : soit on applique une règle matérielle (ex. le premier venu est le premier servi ou, en d'autres termes : la dernière personne à être nommée conseiller à la Cour de cassation devra attendre jusqu'à ce que l'un des deux sièges à la Cour constitutionnelle, occupés par les deux conseillers plus anciens, se libère) ; soit on applique une règle procédurale (tel organe désigne les conseillers qui siégeront ; il peut, à la limite, préférer un conseiller plus jeune à un

<sup>78</sup> Voir art. 19, n° 13, de la loi du 7 juin 2012 sur les attachés de justice, *Mém. A*, n° 1, p. 1604, qui modifie l'art. 33 précité.

<sup>79</sup> Voir *supra* note 52.

<sup>80</sup> Cette contradiction avec la Constitution avait été notée lors du débat de 2012 par le gouvernement. Voir le doc. parl. 6304B-5, p. 27 (amendements du gouvernement au projet de loi sur les attachés de justice du 27 janvier 2012).

conseiller plus ancien). En cas de règle procédurale, l'organe compétent pourrait être, par ex., le président de la Cour de cassation ou, peut-être, par analogie avec le régime des cinq magistrats, l'Assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative<sup>81</sup>, ou – pourquoi pas ? – les trois conseillers eux-mêmes (à eux de se mettre d'accord ; l'un de ceux qui siègent déjà à la Cour constitutionnelle pourra éventuellement démissionner pour laisser sa place au dernier venu). Or la loi de 2012 n'a pas précisé quelle nouvelle règle était censée remplacer celle de l'automatisme de 1997 ; sur ce point, le législateur d'abord en 2012 puis en 2017 a, par omission, commis une inconstitutionnalité qui, d'ailleurs, à ces deux occasions, n'a pas été relevée par le Conseil d'Etat, pourtant censé garder la Constitution.

L'art. 95ter ne contient pas non plus la réponse précise et intégrale. Pour ce qui est de la désignation des conseillers à la Cour de cassation, l'art. 95ter se contente d'exiger que deux doivent siéger (c'est une obligation collective qui pèse sur les désormais trois, bientôt quatre conseillers), mais il ne précise pas lesquels des trois (quatre) doivent assumer la tâche ; tout au plus, l'on peut dire, à partir des débats de 1996, que l'intention des auteurs de l'art. 95ter était, en principe, de soustraire au maximum la désignation des juges à toute influence des acteurs politiques. Donc, cela permet d'exclure l'exécutif (grand-duc, ministre) du travail de départage à opérer à partir de 2012 : comme pour les membres de droit qui sont, toujours, le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative, le gouvernement (et à travers lui les partis politiques), ne doit disposer d'aucune discrétion en matière de désignation, à la Cour constitutionnelle, de deux conseillers à la Cour de cassation. Cela valait pour la période allant de 1997 jusqu'à la loi de 2012 et cela vaut toujours depuis 2012, même si, pour les deux conseillers, la qualification de membre de droit n'existe plus. Mais, si l'art. 95ter Const. permet, à l'égard de l'exécutif, de combler un tant soit peu le vide normatif laissé par l'omission du législateur de 2012, le vide n'est pas entièrement comblé : on sait qui n'intervient pas ; on ne sait toujours pas comment, positivement, la désignation se fera. Il faut encore trancher entre la règle substantielle créée plus haut (la règle d'ancienneté) et une règle procédurale parmi celles qui sont envisageables. Sur ce point, crucial, il existe à l'heure actuelle un vide normatif : il manque une norme générale et c'est au législateur qu'il revient de faire cesser cette situation inconstitutionnelle.

En pratique, le problème n'a pas encore surgi pour la simple raison que, lorsqu'en 2012, le troisième conseiller à la Cour de cassation a été nommé (en la personne d'Irene Folschield), celle-ci siégeait déjà à la Cour constitutionnelle depuis 2011, ayant été nommée à la Cour constitutionnelle au titre du contingent des « cinq magistrats ». De manière générale, comme il est d'usage depuis 1997 que ces « cinq magistrats » sont toujours choisis par l'assemblée générale conjointe, pour ce qui est des quatre juges judiciaires, parmi les juges judiciaires les plus élevés en rang (donc parmi les présidents de chambre à la Cour d'appel, et que, à leur tour, les nouveaux conseillers à la Cour de cassation sont nommés parmi ces derniers, la question du choix de deux conseillers sur trois pour siéger à la Cour constitutionnelle ne s'est pas posée en pratique pour l'instant. Tous siègent à la Cour constitutionnelle. En revanche, si jamais dans l'avenir la pratique actuelle de désignation des « cinq magistrats » était abandonnée, le problème susmentionné du vide législatif se poserait. Conclusion : de 1997 jusqu'en 2012, le gouvernement ne disposait d'aucune discrétion par rapport à la désignation des « deux conseillers à la Cour de cassation » ; depuis 2012, le choix de 2 sur 3, bienent 2 sur 4, ne se pose pas à cause de la pratique de nomination des « cinq magistrats », il nous faut donc étudier quelle est l'éventuelle discrétion du gouvernement par rapport à ce dernier contingent.

cc) L'art. 95ter Const. mentionne, en troisième lieu, le groupe des « cinq magistrats nommés par le Grand-Duc », avec, bien entendu, le contresigne d'un ministre (art. 45 Const.), « sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative ». L'expression « sur l'avis » a été comprise par les auteurs de la révision non pas au sens faible de « avis sur une candidature pressentie par l'exécutif », lecture qui, spontanément, au vu d'une

<sup>81</sup> Comme déjà indiqué, selon une lecture littérale rigoureuse, le bout de phrase « nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative » (art. 95ter § 3 Const.) ne se rattache qu'à l'expression « cinq magistrats » et non, aussi, à l'expression « deux conseillers à la Cour de cassation ».

interprétation littérale, viendrait à l'esprit du lecteur. Au vu des intentions de ses auteurs, l'expression « sur l'avis de » doit être comprise au sens plus exigeant de « sur la proposition de / sur l'initiative de », à l'instar de l'utilisation de la même expression dans diverses procédures de désignation de juges ordinaires (ex. art. 90 Const.).<sup>82</sup> Et c'est ce sens plus exigeant qui a été transcrit, noir sur blanc, dans la loi du 27 juillet 1997, art. 3 § 4, al. 3: « Pour chaque place vacante, l'assemblée générale conjointe présente trois candidats (...) ». Il est d'ailleurs à noter que la version initiale de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, rédigée par Luc Frieden, prévoyait que « l'avis » (i.e. la proposition) de l'assemblée générale conjointe se faisait sous forme d'un seul nom et non sous forme d'une liste de trois noms.<sup>83</sup> Cette dernière règle ne sera introduite qu'au cours du débat.<sup>84</sup>

En pratique, dès qu'un poste à la Cour constitutionnelle vient à échéance, de potentiels candidats parmi les « magistrats » sont invités à présenter leur candidature. Si c'est un poste revenant, au titre du *ratio 7/2*, aux juges administratifs, c'est le vice-président de la Cour administrative qui, d'habitude, posera sa candidature et sera élu à la première place de la liste. Si le poste revient aux juges judiciaires, ce sort d'habitude les présidents de chambre moins anciens à la Cour d'appel, donc ceux qui ne siègent pas encore à la Cour constitutionnelle, qui présentent leur candidature. L'assemblée générale conjointe procède au vote et établit une hiérarchie en fonction du nombre de votes obtenus par chaque postulant. Le vote des juges est, généralement, informé par le souci de respecter le rang d'ancienneté des candidats, mais ce n'est qu'un usage social et non une obligation juridique. Dès lors se posent deux questions. Premièrement, le Grand-Duc (comprenez: le ministre, responsable devant le parlement) doit-il nécessairement nommer la personne figurant en premier sur la liste de trois noms ou pourrait-il, à l'inverse, nommer la 2<sup>e</sup> ou 3<sup>e</sup> personne? Quel(s) type(s) de considérations – y compris politiques? – le gouvernement pourrait-il faire valoir à cette occasion? Deuxièmement, le Grand-Duc (i.e. le ministre) pourrait-il, le cas échéant – et pour quels motifs? – rejeter toute la liste et exiger qu'on lui présente une nouvelle liste, à l'instar de ce qui est prévu dans la Principauté de Monaco<sup>85</sup>?

Pour ce qui est de la dernière question, la réponse est claire et nette: rejeter toute la liste revient à nier la norme que la compétence de proposer des candidats revient, exclusivement, à l'assemblée générale conjointe; une telle entorse au monopole d'initiative ne peut exister que si elle est prévue, à titre de dérogation, dans la Constitution (comme c'est le cas, du reste, à Monaco, avec l'art. 89 de la Constitution de 1962). Or, au Luxembourg, un tel fondement constitutionnel explicite faut défaut; quant à une éventuelle thèse d'une consécration implicite, il lui manque ne serait-ce qu'un début de preuve ou d'indice.

Reste la première question: il est certain que le principe de la liste avec trois noms a été introduit, précisément pour conférer une certaine marge de liberté à l'instance de nomination, marge qui n'existait pas dans la version initiale de la proposition de loi, où la proposition de l'assemblée générale conjointe consistait en un seul nom. Selon une première lecture de ce texte par le Conseil d'Etat, qui, en l'absence d'autres éléments – le texte de l'amendement n'était pas accompagné d'un véritable exposé des motifs –, a recouru à une lecture exclusivement littérale, le Grand-Duc (i.e. le gouvernement) dispose d'un choix qui n'est nullement limité<sup>86</sup>. Or, après cet avis, dans son rapport général du 20 juin 1997, Luc Frieden, au nom de la CIRCO, a justifié le choix de la liste à trois noms par une seule considération, qui est un motif juridique et institutionnel: afin de garantir la qualité de la justice constitutionnelle, il faut faire en sorte que le droit public, incarné en particulier dans les juges administratifs,

<sup>82</sup> L'analogie est affirmée de manière explicite dans l'exposé des motifs du projet de révision de l'art. 95 Const., doc. parl. n° 4153, déposé le 2 avril 1996 par Luc Frieden, p. 4.

<sup>83</sup> Voir proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, déposé par L. Frieden le 15 octobre 1996, doc. parl. n° 4218, art. 3 § 2.

<sup>84</sup> Voir doc. parl. n° 4218-5 (amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, 21 mai 1997), p. 1, 6.

<sup>85</sup> Voir l'art. 89 de la Const. modifiée de Monaco de 1962, à propos de la nomination des membres du Tribunal suprême: « Si le Prince n'a agréé pas ces présentations, il lui est loisible d'en demander de nouvelles ». Voir aussi, par analogie, au Liechtenstein, le refus de candidats par le parlement: art. 96 Const., 1921.

<sup>86</sup> Voir l'avis complémentaire du 10 juin 1997, doc. parl. n° 4218-6, p. 2.

soit suffisamment représenté au sein de la Cour constitutionnelle. Or, le simple rapport de force numérique entre juges judiciaires et juges administratifs au sein de l'assemblée générale conjointe, qui n'est pas partiale (une trentaine contre cinq), pourrait aboutir à ce que la Cour constitutionnelle soit composée exclusivement de juges spécialisés en droit privé et droit pénal, mis à part le membre de droit qui est le président de la Cour administrative. Le Grand-Duc pourrait donc choisir, au sein de la liste, un candidat issu des juridictions administratives, si besoin en était, même si ce candidat n'était pas le premier sur la liste. Luc Frieden écrit: « Le Grand-Duc, pour sa part, en nommant les membres de la Cour constitutionnelle, est invité à choisir, pour chaque poste à pourvoir, parmi les trois candidats proposés par l'assemblée générale des deux cours, des magistrats qualifiés de façon à assurer que les deux ordres judiciaires soient toujours représentés, même si c'est en nombre inégal, à la Cour constitutionnelle »<sup>87</sup>. Pour le président-rapporteur de la CIRCO, et auteur de la proposition de loi relative à la Cour constitutionnelle, l'existence, mais aussi la limitation de la marge de manœuvre du Grand-Duc, par rapport aux choix des cinq magistrats, se justifie par l'esprit de l'art. 95ter, car, selon lui, il va de soi que le pouvoir de révision a prévu en 1996 un avis conjoint des deux juridictions ordinaires suprêmes afin que, précisément, des juges administratifs puissent aussi être nommés à la Cour constitutionnelle.<sup>88</sup>

Si on tient compte des intentions des auteurs de la loi de 1997 – qui, en l'espèce, sont nettement définies –, il faut admettre qu'en droit le choix du Grand-Duc n'est pas illimité. En particulier, le critère de la coloration politique des candidats – le gouvernement voudrait, pour infléchir la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, privilégier tel candidat plus proche de sa propre sensibilité et approche du droit; ce qui, en soi, n'est pas une considération illégitime – ne fait pas partie des motifs que le législateur luxembourgeois de 1997 a admis pour justifier un pouvoir discrétionnaire de l'organe Grand-Duc. Il appartient donc, en principe, au Grand-Duc de nommer le premier dans la liste, à moins qu'il n'existe une nécessité impérieuse de faire siéger à la Cour constitutionnelle un juge administratif. Mais, dans ce cas, encore faut-il que le nom d'un juge administratif figure sur la liste: si ce n'est pas le cas, le Grand-Duc ne peut pas, comme déjà indiqué, exiger une nouvelle liste. La compétence de veiller à l'équilibre entre les deux ordres de juridictions revient ainsi, en premier lieu et pour l'essentiel, à l'assemblée générale conjointe.

En conclusion, en ce qui concerne les trois contingents de membres de la Cour constitutionnelle, il apparaît que le droit luxembourgeois est informé en grande partie par une logique d'insularisation ou de dépolitisation de la procédure de recouvrement. A l'inverse de nombre de cours constitutionnelles étrangères, les membres de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise sont tous choisis parmi les juges ordinaires et, pour l'essentiel, par ceux-ci.

#### d) L'absence d'une durée fixe et égale du mandat

Quatrième spécificité sur le plan de la composition de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise: la durée du mandat. Celle-ci est, potentiellement, très longue. En effet, en l'absence d'un terme précis, il n'y a pas de durée fixe égale comme dans le modèle standard. Les membres de droit – depuis 2012 seulement le président de la Cour supérieure de justice et le président de la Cour administrative – doivent siéger à la Cour constitutionnelle tant qu'ils continuent d'occuper l'une de ces deux fonctions précises. En principe, sauf révocation, décès, démission ou mise à disposition, ils resteront donc en place jusqu'à l'âge légal de retraite. En ce qui concerne une éventuelle démission, l'idée même de la désignation *ex officio* (en rapport à des fonctions exercées *actuellement*, et non dans le passé) interdit qu'ils puissent garder la présidence de leur juridiction ordinaire, tout en démissionnant de la Cour constitutionnelle: une éventuelle démission de leur part doit porter sur les deux fonctions. Les autres membres peuvent rester à la Cour constitutionnelle tant qu'ils continuent d'occuper des fonctions de « magistrat » (donc juge ordinaire) quelles qu'elles soient. Là aussi la fin de leur mandat à la Cour constitutionnelle coïncidera le plus souvent avec le

<sup>87</sup> Rapport de la CIRCO sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, 20 juin 1997, doc. parl. n° 4218-9, p. 3.

<sup>88</sup> *Ibid.*

départ à la retraite. En revanche, à l'inverse des membres de droit, il ne leur est pas interdit de démissionner de leur mandat de membre de la Cour constitutionnelle, tout en gardant leur première fonction au sein de la justice ordinaire (sur ce point, la loi de 1997, en particulier l'art. 3 § 6, est silencieuse, ce qui doit être interprété comme la reconnaissance implicite d'un droit individuel à la démission<sup>89</sup>). Les seules limites à leur droit de démissionner consistent dans la règle de la présence d'au moins deux conseillers à la Cour de cassation et dans l'exigence du bon fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

La raison d'être de l'absence d'une durée fixe et égale – solution très rare dans les droits étrangers – n'est pas entièrement claire. Pour les membres de droit, la durée du mandat à la Cour constitutionnelle coïncide nécessairement avec celle de leur mandat premier : si celui-ci ne connaît pas de terme précis (comme c'est le cas), il en va de même pour celui-là. Or, pour les autres membres (par ex. les cinq magistrats), il aurait été possible de les faire élire par l'Assemblée générale conjointe pour une durée fixe, comme c'est le cas à l'étranger (Italie, Espagne, etc.). Cela aurait permis une certaine rotation. Or ce n'est pas la solution retenue par les partis politiques luxembourgeois en 1996-97. La raison d'être de cette solution par les partis politiques luxembourgeois en 1996-97. La raison d'être de cette solution n'a pas été explicitée par ses/ses auteurs. Rétrospectivement, on peut toutefois avancer l'hypothèse que c'est la volonté de L. Frieden de réserver les sièges de la Cour constitutionnelle aux juges ordinaires supérieurs qui appelaient logiquement, du fait du petit nombre de juges supérieurs dans un petit pays, le rejet de toute rotation. Si, en fin de compte, le monopole légal des juges supérieurs n'a pas trouvé sa place dans la loi du 27 juillet 1997, du fait de l'opposition formelle du Conseil d'État, l'absence de durée fixe a, en revanche, été consacrée.

#### B. Le champ de compétence des plus étroits de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise

Voilà le deuxième trait saillant<sup>90</sup> de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise, qui illustre de manière topique le minimalisme luxembourgeois. Alors que toutes les cours constitutionnelles étrangères contemporaines sont investies d'une pluralité de fonctions, juridictionnelles voire non-juridictionnelles, et que l'éventail des compétences est souvent très large (1<sup>91</sup>), le champ de compétence de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg est réduit. Elle dispose, certes, aussi d'une pluralité de compétences (ce que l'on ignore souvent), mais cette pluralité, fort complexe du reste, est en net retrait par rapport à la pluralité de compétences des cours constitutionnelles étrangères (2<sup>92</sup>).

##### 1° Les 48 types de compétences des cours constitutionnelles à l'étranger

Pour prendre l'exacte mesure du minimalisme luxembourgeois sur le plan des compétences, il faut d'abord jeter un regard au-delà des frontières. Certes, tous les organes juridictionnels spéciaux rangés dans la catégorie scientifique des cours constitutionnelles *stricto sensu* n'ont pas, ou n'ont pas eu, le même nombre d'attributions. Pour y trouver toutefois un exemple minimaliste, il faut remonter assez loin dans le passé, à savoir, à la Cour constitutionnelle de la République tchécoslovaque établie après la première guerre mondiale. Son champ de compétence était très réduit puisqu'il se limitait au contrôle de la constitutionnalité des lois adoptées par le plénum du parlement et au contrôle de la constitutionnalité des normes valant loi adoptées, entre les sessions parlementaires, par la commission parlementaire permanente<sup>93</sup>. À la même époque, les cours constitutionnelles

<sup>89</sup> Il existe d'ailleurs un précédent : Eliette Bauler a démissionné de la Cour constitutionnelle en 2012, tout en continuant à exercer, jusqu'en 2013, ses fonctions au sein des juridictions ordinaires (Mém. B, 2013, n° B62).

<sup>90</sup> Cette originalité de la Cour luxembourgeoise est, totalement, passée sous silence par Francis Delpeché et Céline Fremault de Carancour, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise », *Annuaire de droit luxembourgeois*, 1998, p. 101, qui affirment, au contraire que, par l'unicité de sa tâche, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise « s'inscrit parfaitement dans le schéma constitutionnel européen » (le propos, erroné, est répété p. 109).

<sup>91</sup> Voir J. Osterkamp, *Verfassungsgeschichte in der Tschechoslowakei 1920-1939*, op. cit., p. 7 ss., 49 ss. Mais il est à noter que la prétoire de la Cour tchécoslovaque était plus ouvert que celui de la Cour luxembourgeoise puisque le droit de saisine était accordé non seulement aux juridictions ordinaires supérieures, mais aussi à des organes politiques. Dans le cas des normes prises par la commission permanente, la saisine de la Cour par le gouvernement était obligatoire.

nouvellement établies en Autriche, en Espagne et au Liechtenstein disposaient déjà d'un plus large éventail de compétences. De nos jours, à l'étranger, la solution du minimalisme est dépassée : c'est, au contraire, à un foisonnement de types de compétences que l'on assiste. Il y a des versions maximalistes (le *Bundesverfassungsgericht* à Karlsruhe, la Cour constitutionnelle du Bénin<sup>94</sup>, la *Verfassungsgeschichte* d'Autriche, la Cour constitutionnelle de Biélorussie, etc.) et des versions plus modestes. Mais, même les cours constitutionnelles étrangères qui, à l'heure actuelle, ont le moins d'attributions, et qui, en plus, ont été citées (souvent furtivement) dans le débat luxembourgeois – les exemples italien et belge –, ont plus d'attributions que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché.

Si, dans la littérature scientifique de théorie générale et de droits comparés relative aux cours constitutionnelles<sup>95</sup>, la pluralité des compétences de ces juridictions est connue et actée depuis longtemps, son exacte ampleur reste toutefois encore à délimiter. Si ces écrits attirent l'attention sur une certaine série d'attributions, tantôt juridictionnelles, tantôt non juridictionnelles, une partie de la diversité reste néanmoins occultée. Seule une plongée dans les droits positifs des divers pays, y compris et surtout des pays « à la marge »<sup>96</sup>, permet de se faire une idée exacte de la diversité parfois époustouflante d'attributions dont une cour constitutionnelle peut être investie. La liste qui suit, et qui a été établie par mes soins à partir de la littérature existante et de mes propres recherches, fait apparaître pas moins de 48 types de compétences, de nature juridictionnelle (36) ou non-juridictionnelle (12) ! La liste vise un haut degré d'exhaustivité, mais, en l'absence d'une enquête véritablement globale de toutes les cours constitutionnelles actuelles et passées, il n'est pas exclu que l'éventail des attributions possibles soit encore plus large. S'il va sans dire qu'aucune cour ne cumule la totalité de ces 48 types de compétence, il en existe tout de même certaines qui en cumulent jusqu'à plus de 15, voire 20.

#### Les trente-six types de compétences de nature juridictionnelle :

1. la compétence d'interpréter de manière abstraite la Constitution, sans que la Cour ne soit aussi appelée à statuer sur la validité d'une norme infra-constitutionnelle projetée ou prise. L'interprétation n'a pas la qualité d'un simple « avis » (voir à ce sujet *infra* la 2<sup>e</sup> compétence non-juridictionnelle) ; elle lie, et ce potentiellement *erga omnes*. Les (rares) exemples se trouvent souvent parmi les anciens systèmes soviétiques : Slovaquie : art. 128 Const. 1992, avec effet *erga omnes* de l'interprétation<sup>97</sup> ; Russie : art. 125 Const. 1993 ; Bulgarie : art. 149 § 1<sup>er</sup> point 1 Const. 1991 ; Moldavie : art. 135 § 1<sup>er</sup> point b Const. 1994 ; Ukraine : art. 150 Const. 1996 ; Kazakhstan : Ouzbékistan : art. 109 Const. 1992 ; Azerbaïdjan : art. 130 Const. 1995. Voir aussi : Iran, art. 98 Const. 1979 ; Gabon, art. 88 Const. 1991<sup>98</sup> ; République démocratique du Congo : art. 161 Const. 2006 ; Niger : art. 126 et 133 Const. 2010 ; Équateur : art. 154 *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional de 2009*<sup>99</sup>.

2. la compétence de fournir, sur demande et avec autorité de la chose décidée (« interprétée »), une interprétation abstraite d'une loi ordinaire : très inhabituelle, une telle compétence appartenait dans le passé, de 1989 à 1997, à la cour constitutionnelle polonaise<sup>100</sup> et était prévue également dans la version initiale de la Constitution de l'Ukraine

<sup>92</sup> Sur cette Cour « barbare de compétences » (AVO), qui, de ce point de vue, n'a rien à envier à la Cour allemande, v. F.J. Avo, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, p. 715 ss.

<sup>93</sup> Voir les écrits cités supra note 12.

<sup>94</sup> Sur le sens de cette formule, voir ce qui a été dit supra dans l'introduction du présent article.

<sup>95</sup> M. Posich, « Verfassungsgeschichte in der Slowakischen Republik », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgeschichte in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 163.

<sup>96</sup> Le texte de la Constitution du Gabon de 1991, prenant en compte la révision du 12 janvier 2011, est disponible sur le site de l'Assemblée nationale gabonaise, <http://www.assemblee-nationale.ga>

<sup>97</sup> Pour une analyse et d'autres exemples dans le passé, voir : M. Fromont, op. cit., p. 162 ss. ; O. Luchterhandt, « Generalbericht : Verfassungsgeschichte in Osteuropa », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgeschichte in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 332.

<sup>98</sup> L. Gantki, « Die Verfassungsgeschichte in Polen », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgeschichte in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 83 et O. Luchterhandt, « Generalbericht : Verfassungsgeschichte in Osteuropa », *ibid.*, p. 332.



de 1996 (art. 150<sup>98</sup> ; compétence aujourd'hui abrogée). De nos jours, voir encore les cas de l'Azerbaïdjan (art. 130 Const. 1995), de l'Ouzbékistan (art. 109 Const. 1992) et de l'Égypte.

3. la compétence de fournir, sur demande, une interprétation abstraite d'un règlement : voir le cas de la Biélorussie (Const. 1994), ou la Cour constitutionnelle peut être appelée « on the proposals of the President of the Republic of Belarus [to] give an official interpretation of decrees and edicts of the President of the Republic of Belarus concerning constitutional rights, freedoms and duties of individuals »<sup>99</sup>.

4. la compétence d'identifier l'existence, le contenu et l'applicabilité directe d'une norme générale de droit international public liant l'État, sans en tirer des conclusions quant à une éventuelle contradiction avec une norme nationale : Allemagne (art. 100 al. 2 GG ; obligation de renvoi de cette question préjudicielle par le juge ordinaire en cas de doute<sup>100</sup>) ; Grèce (art. 100 Const. 1975 ; identification des « règles généralement reconnues du droit international public »).

5. la compétence de déclarer que la norme d'un État étranger ou d'une organisation internationale est contraire aux règles générales du droit international public (un cas unique, à ma connaissance : Biélorussie, Const. 1994<sup>102</sup>).

6. le contrôle de la validité des normes de la Constitution au regard du droit naturel : il s'agit d'une compétence iconoclaste, et rarissime, que se sont reconnue en Allemagne, dans les années 1950, les cours constitutionnelles bavaroise et fédérale<sup>103</sup>.

7. le contrôle de la conformité des révisions constitutionnelles au droit international (Kosovo, contrôle *a priori* de la conventionnalité des révisions : art. 113 Const. 2008).

8. le contrôle de la constitutionnalité des lois de révision partielle ou totale de la Constitution (contrôle *a priori* et/ou *a posteriori*). Les exemples sont à présent nombreux : Allemagne, Autriche, République tchèque, Kosovo (art. 113 Const. 2008), Turquie, Colombie, Corée du sud, Bénin, Burkina Faso (un premier cas de consécration explicite : art. 154 Const. 1991), Afrique du sud (art. 71 de l'ancienne Constitution dite « définitive » ; art. 167 actuelle contrôle de certification *a priori* de la future Constitution dite « définitive » ; art. 167 actuelle Const. 1996), Albanie (art. 131 § 2 Const. 1998), Congo-Brazzaville (contrôle *a priori*, avant le vote : art. 166 de l'ancienne Const. 2002), Côte d'Ivoire (art. 134 Const. 2016, *a priori*, saisine obligatoire), Équateur (Const. 2008), Mali, Tchad, etc. À l'inverse, en France, en Belgique, en Côte d'Ivoire (anc. Const. 2000), au Sénégal (dans le cadre de l'art. 103 Const. 2001), en Égypte, etc., la cour constitutionnelle ne s'est pas reconnue, dans le silence des textes, une compétence de contrôle à l'égard des révisions (partielles et, *a fortiori*, totales).

9. le contrôle de la constitutionnalité des lois organiques (contrôle *a priori* en France, au Bénin, au Gabon : art. 60 Const. 1991, au Tchad, en Côte d'Ivoire, au Sénégal suite à la révision de 2016, en République démocratique du Congo Const. 2006, art. 160 ; voir aussi Espagne, Portugal, etc.).

<sup>98</sup> <http://mjpu.univ-pepp.fr/constitua1996.htm>

<sup>99</sup> Voir art. 22 al. 3 du Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges, disponible sur le site de la Cour constitutionnelle <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx>.

<sup>100</sup> K. Schleich, S. Koricho, Das Bundesverfassungsgericht, 10<sup>e</sup> éd., München, Beck, 2015, n° 165 ss.

<sup>101</sup> Voir art. 22 al. 3 du Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges, <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx>; « In addition to the powers provided for by articles 22.1 and 22.2 the Constitutional Court of the Republic of Belarus shall : (...) on the proposals of the President of the Republic of Belarus, the House of Representatives of the National Assembly of the Republic of Belarus, the Council of Ministers of the National Assembly of the Republic of Belarus, the Council of Ministers of the Republic of Belarus state its position on conformity of the documents adopted (issued) by foreign states, international organisations and (or) their bodies and that affect the interests of the Republic of Belarus to generally recognised principles and rules of international law ; (...) ».

<sup>102</sup> Sur l'arrêt du 10 juin 1990 de la Cour bavaroise et l'arrêt du 18 décembre 1953 de la Cour constitutionnelle fédérale, v. L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Daloz, 2002, p. 633-637. Il convient de noter que, déjà à l'époque de la République de Weimar, face aux contestations de la validité de la Constitution du Reich de 1919, qui était née de manière révolutionnaire, les juridictions ordinaires s'étaient reconnues compétentes pour trancher ce point. Voir E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 6 (*Die Weimarer Reichsverfassung*), Stuttgart, Kohlhammer, 1993, p. 5 ss.

10. le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets de loi ordinaires<sup>104</sup>. Un tel contrôle est, certes, peu important en termes quantitatifs, mais il est très fréquent : France, Allemagne, Autriche, Roumanie, Bénin, Gabon, Côte d'Ivoire, Sénégal, etc. Des exceptions notables : la Belgique, la Slovaquie (interdiction explicite d'un tel contrôle : art. 125 § 4 Const. 1992), la Bulgarie, etc.

11. le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois ordinaires. C'est une compétence détenue, à ma connaissance, par toutes les cours constitutionnelles actuelles, y compris en France depuis la révision de 2008 (nouvel art. 61-1 Const.) et, dans le sillage du modèle français, au Sénégal.

12. la compétence de suspendre l'application d'une loi, et par extension de toute autre norme justiciable devant la cour, dans l'attente du jugement définitif sur le fond (mesures provisoires), Ex. Belgique<sup>105</sup>, Allemagne, etc.

13. la constatation et censure des omissions commises entre autres par le législateur dans la régulation d'un domaine (Équateur, art. 128 *Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional* de 2009 ; Biélorussie, Const. 1994 et art. 22 du Code sur le système juridictionnel et le statut des juges<sup>106</sup>).

14. le contrôle de la conformité des lois ordinaires non seulement à la Constitution, mais aussi aux normes supérieures du droit divin/droit naturel (Iran, art. 72, 96 Const. 1979).

15. le contrôle de la conformité des lois ordinaires non seulement à la Constitution, mais aussi aux normes supérieures que sont les traités internationaux. Les exemples sont assez fréquents, en particulier en Europe centrale et orientale : Slovaquie : art. 125 § 1<sup>er</sup> point a) Const. 1992 ; Pologne : art. 188 Const. 1997 ; Bulgarie : art. 149 § 1<sup>er</sup> point 4 Const. 1991 ; Albanie art. 131 Const. 1998, Slovaquie : art. 160 Const. ; Serbie : art. 167 Const. 2006 ; Biélorussie : art. 116 Const. 1994, etc. Ailleurs, par ex. en France, aux Pays-Bas, au Luxembourg, etc., le contrôle de la conventionnalité des lois relève, à l'inverse, des juridictions ordinaires, étant précisé que si la cour constitutionnelle agit aussi tel un juge ordinaire (ex. le Conseil constitutionnel français agissant comme juge électoral), elle peut, à son tour, procéder au contrôle de la conventionnalité des lois qu'elle applique. En Belgique, le contrôle de conventionnalité des lois est exercé, en principe, par les juridictions ordinaires ; si, toutefois, la Cour constitutionnelle est saisie d'un contrôle de constitutionnalité d'une loi, elle inclut dans ses normes de références les droits fondamentaux garantis en droit international.

16. le contrôle de la constitutionnalité des normes (spécialement législatives) adoptées par voie de référendum : Autriche : art. 141 LCF, Portugal : art. 223 Const., Allemagne, Italie, Croatie, Hongrie, Slovaquie : art. 125b Const. 1992, Albanie, Bénin, Niger : art. 60 Const. 2010, etc. Exceptions notables : la France (art. 11 Const. 1958, en cas d'initiative présidentielle), Gabon (art. 110 loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991<sup>107</sup>), etc.

17. le contrôle de la constitutionnalité des règlements intérieurs du parlement (France, Gabon : art. 45 Const. 1991, Sénégal, Congo-Brazzaville ancienne Const. 2002, Bénin, Côte d'Ivoire, Niger, Tchad, République démocratique du Congo Const. 2006, Roumanie, etc.). D'autres textes constitutionnels prévoient que la cour constitutionnelle contrôle tous les actes adoptés par le parlement, ce qui inclut, outre les règlements intérieurs, de simples résolutions (ex. Ouzbékistan, art. 109 Const. 1992 ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1999).

18. le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des traités. Parmi la longue liste de pays, voir, par ex., France (art. 54 Const. 1958), Allemagne, Espagne (art. 95 Const. 1978), Portugal

<sup>104</sup> Pour un aperçu comparatif, voir : O. La Bot, « Contrôles de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* en Europe », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013, p. 117 ss.

<sup>105</sup> Dans le cadre du recours en annulation : art. 19 et suiv. loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, <http://www.const-court.be/fr/common/home.html>

<sup>106</sup> <http://www.kc.gov.by/en/main.aspx>

<sup>107</sup> Art. 110 : « Une loi référendaire ne peut être déferée à la Cour constitutionnelle en ce qu'elle constitue l'expression directe de la souveraineté nationale ».

(art. 278 et 279 Const. 1976), Roumanie (art. 146 et 147 Const. 1991), République tchèque (art. 87 Const. 1992), Russie (art. 125 Const. 1993), Pologne, Slovaquie (art. 125a), Bulgarie, Serbie, Ouzbékistan, Burkina Faso, Gabon, Tchad, Côte d'Ivoire (Const. 2016, art. 120, 134), République démocratique du Congo (Const. 2006, art. 216), Equateur (Const. 2008), etc.

19. le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités : Autriche (art. 140a LCF), Allemagne, Belgique. En France, le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités relève non pas du Conseil constitutionnel, mais des juridictions ordinaires ; dans d'autres pays, en particulier en Europe centrale et orientale, un tel type de contrôle est exclu par respect des engagements pris par l'État<sup>108</sup>.

20. le contrôle de la conformité avec la Constitution, mais non avec d'autres sources supérieures de droit (lois, traités, etc.), de la totalité ou d'une partie des règlements pris par des organes de l'État, voire par des organes des collectivités locales. Alors que la solution traditionnelle en France et dans d'autres pays inspirés, plus ou moins, par le modèle du droit administratif français (Afrique francophone, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Italie, Espagne, Allemagne, etc.) consiste à réserver aux juridictions administratives le contrôle, par voie d'action, de la conformité des règlements nationaux et locaux aux normes supérieures (Constitution, lois, règlements de rang supérieur, droit international et européen, principes généraux du droit, etc.), dans d'autres pays le règlement est assimilé, du point de vue du contrôle de sa constitutionnalité, et de lui seul, à la loi. Dans certains pays, cette assimilation ne se fait que pour une partie des règlements nationaux dont la proximité avec les lois est très forte : les déclarations d'un état d'exception et les normes générales prises par l'exécutif dans ce cadre (Slovaquie : art. 129 al. 6 ; Colombie : art. 214 point 6 et art. 215 in fine Const. 1991 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 145 ; Equateur Const. 2008, etc.). Mais il existe des systèmes, en particulier en Europe centrale et orientale, qui vont plus loin en ce qu'ils attribuent à la cour constitutionnelle la compétence de vérifier la constitutionnalité de tous les règlements des organes de l'État, voire des collectivités locales. Exemple : Moldavie, art. 135 § 1<sup>er</sup> point a Const. 1994 ; Ukraine, art. 150 Const. 1996 ; Arménie, art. 168 Const. 1995 ; Bulgarie : Ouzbékistan, art. 108 et 109 Const. 1992 (contrôle de la constitutionnalité des règlements de l'exécutif national et des autorités locales par la cour constitutionnelle) ; Kosovo : art. 113 Const. 2008 (contrôle, par la Cour constitutionnelle, de la constitutionnalité des règlements à la fois nationaux et locaux) ; Bénin, art. 3 et 117 Const. 1990 (la Cour constitutionnelle contrôle la constitutionnalité de tous les règlements ; la justice administrative, elle, a gardé la compétence d'en vérifier la conformité aux lois ordinaires<sup>109</sup>) ; Pérou : art. 200 al. 4 et 202 Const. 1993, etc.

21. le contrôle de tous les règlements des organes exécutifs de l'État, voire d'autres personnes morales de droit public, au regard non seulement de la Constitution, mais aussi d'autres normes supérieures (lois, traités, etc.). Le champ de compétence des juridictions administratives se réduit dès lors, tendancieusement, au contrôle des décisions administratives individuelles. Le pays qui a lancé ce modèle est l'Autriche (art. 139 LCF, contrôlé, par la Cour constitutionnelle, de la constitutionnalité et de la légalité des règlements de la Fédération, des Länder et des collectivités locales). Voir aussi Lituanie, art. 105 § 2 Const. 1992 (constitutionnalité et légalité des règlements) ; Slovaquie, art. 160 Const. (même solution) ; Gabon : articles 84, 85 et 86 Const. tels qu'interprétés, de manière large, par la Cour constitutionnelle qui s'est reconnue la compétence de contrôler à la fois la constitutionnalité et la légalité des règlements<sup>110</sup> ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1995 (conformité des règlements locaux et nationaux à toutes les normes nationales supérieures) ; Ouzbékistan, sous la Const. 1992 (contrôle de la constitutionnalité et légalité des normes générales posées par le procureur général de la République<sup>111</sup>) ; Slovaquie, art. 125 § 1<sup>er</sup> point c (contrôle de la constitutionnalité, légalité et conventionnalité des

Une cour constitutionnelle différente des autres

règlements) ; dans le même sens : Biélorussie, art. 116 Const. 1994 ; Pologne, art. 188 point 3 Const. 1997 ; Albanie Const. 1998, art. 131 (contrôle de la constitutionnalité et conventionnalité des règlements nationaux et locaux) ; Serbie, art. 167 Const. 2006 (contrôle de la conformité aux normes supérieures des règlements, nationaux et locaux).

22. le contrôle des normes générales de personnes morales de droit public autres que l'État (i.e. des normes posées par des Etats fédérés ou des collectivités territoriales) : Allemagne (art. 99 LF : compétence de la Cour fédérale pour le contentieux constitutionnel d'un Land en cas d'absence de cour constitutionnelle dans ce Land<sup>112</sup> ; art. 100 al. 1<sup>er</sup> LF : conformité d'une loi d'un Land avec la Grundgesetz et le droit fédéral en général) ; Autriche (contrôle, par la Cour constitutionnelle fédérale, de la validité des constitutions, lois et règlements édictés respectivement par les Länder et les collectivités locales, en l'absence de toute cour constitutionnelle dans chaque Land) ; Russie (contrôle par la Cour constitutionnelle fédérale de la Constitution, des lois et autres normes générales des sujets de la fédération russe & contrôle des conventions conclues entre sujets ou entre la fédération et ses sujets) ; Belgique (contrôle par la Cour constitutionnelle belge de la législation adoptée par les entités fédérées que sont les Communautés et Régions) ; Espagne (art. 161 al. 2 Const. 1978, pour ce qui est des normes adoptées par les Communautés), Italie (art. 127 Const. 1947), Azerbaïdjan (art. 130 Const. 1995 : contrôle de la conformité des normes générales posées par les communes et par la région autonome de Nakhitchevan avec toutes les normes nationales supérieures), etc.

23. une partie du contentieux de la responsabilité de la puissance publique qui, d'habitude, serait confiée aux juridictions ordinaires : Bénin (responsabilité de l'État pour des faits constituant des violations des droits garantis par la Constitution<sup>113</sup>) ; Allemagne (contrôle de dommages et intérêts en cas de délais de procédure excessifs devant la Cour constitutionnelle fédérale elle-même<sup>114</sup>).

24. une partie du contentieux administratif portant sur le contrôle de la validité d'actes administratifs individuels. Voir, au Bénin, les cas de contrôle direct par la Cour constitutionnelle, sans passage préalable par le juge administratif ordinaire, de la conformité de décisions administratives individuelles avec les droits fondamentaux garantis dans la Constitution<sup>115</sup>. Similaire : les cas, en Allemagne ou ailleurs<sup>116</sup>, où un recours individuel en protection des droits fondamentaux – Verfassungsschwerde, etc. – peut, à titre exceptionnel, être porté immédiatement, ou quasi immédiatement, devant la cour constitutionnelle, sans que le plaignant n'ait épuisé les voies de recours ordinaires.

25. une compétence résiduelle en matière de contentieux administratif, de manière à garantir effectivement le droit au juge dans tout le droit public : Allemagne (art. 93 al. 1<sup>er</sup> n° 4 GG<sup>117</sup>) ; Autriche (art. 137 LCF : compétence résiduelle de la Cour en l'absence de toute autre voie de recours pour des réclamations d'ordre financier à l'égard de personnes morales de droit public<sup>118</sup>).

<sup>111</sup> Voir *Rules of procedure of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan* (2015, à jour) art. 2 n° 4c, <http://www.ksu.uz/en/Pages/index.aspx>

<sup>112</sup> Dans le passé, c'était le cas du Schleswig-Holstein qui ne s'est doté d'un Landesverfassungsgericht qu'en 2008. K. Schlaich, S. Koröth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10<sup>e</sup> éd., München, Beck, 2015, n° 108.

<sup>113</sup> C. Keutcha Tchagnpa, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 562.

<sup>114</sup> Voir les paragraphes 97a à 97e du Bundesverfassungsgerichtsgesetz (version actuelle) : K. Schlaich, S. Koröth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10<sup>e</sup> éd., München, Beck, 2015, n° 345k et suivants.

<sup>115</sup> F.J. Abo, op. cit., p. 733.

<sup>116</sup> Allemagne, § 90 al. 2 loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (BVerfGG) <https://www.gesetz-imb-internet.de/bverfGG/BUNFG002430951.html> ; Slovaquie, art. 51 al. 2 de la loi sur la Cour constitutionnelle (disponible sur le site de la Cour <http://www.us-rs.sk/about-the-court/legal-basis/statutes/>) ; République tchèque, § 75 al. 2 loi sur la Cour constitutionnelle, disponible sur le site de la Cour : <https://www.usoud.cz> ; Slovaquie, etc.

<sup>117</sup> K. Schlaich, S. Koröth, *Das Bundesverfassungsgericht*, n° 106.

<sup>118</sup> Voir W. Berka, *Verfassungsrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Wien, Verlag Österreich, 2016, p. 383 s.

<sup>108</sup> O. Lichtenhardt, « Generalbericht: Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa », op. cit., p. 313.

<sup>109</sup> C. Keutcha Tchagnpa, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, p. 551 ss, spéc. p. 557 ss.

<sup>110</sup> C. Keutcha Tchagnpa, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », op. cit., p. 559, 576. Le texte de la Constitution du Gabon, prenant en compte la dernière révision du 12 janvier 2011, est disponible sur le site de l'Assemblée nationale gabonaise. <http://www.assemblee-nationale.ga>

26. le contrôle direct, sans passage obligatoire par le juge civil ordinaire, de la conformité avec les droits fondamentaux garantis dans la Constitution des normes prises par des personnes de droit privé : le cas insolite du Bénin<sup>119</sup>.

27. le contentieux portant sur les recours d'individus qui, à l'encontre d'une norme (administrative ou judiciaire) individuelle les concernant, et après avoir épuisé les voies de recours ordinaires, invoquent la protection de leurs droits fondamentaux devant la cour constitutionnelle en vue de faire annuler cette décision. Ce système qui permet à la cour constitutionnelle d'exercer, au final, un contrôle de toutes les normes individuelles des organes publics, y compris les décisions des juridictions (administratives, civiles, pénales, etc.), est prévu notamment par le régime de la « *Verfassungsbeschwerde* » en droit allemand (art. 93 al. 1<sup>er</sup> n° 4a LF 1949), en Espagne par le recours de *amparo* (art. 53 al. 2 Const. 1978) et par certains autres pays (en Slovaquie : art. 160 Const., République tchèque : art. 87 al. 1<sup>er</sup> point d Const. 1993 ; Slovaquie, Pologne, Albanie, Monténégro, Azerbaïdjan, etc.). Si on rapproche aussi, en partie, le cas particulier de l'Autriche (art. 144 LCF), à ceci près que le recours en protection des droits garantis par la Constitution ne peut être exercé qu'à l'encontre d'une décision de première instance (et non de 2<sup>e</sup> instance) d'une juridiction administrative (et non d'une juridiction civile ou pénale).

28. le contentieux de toutes les élections politiques (en Autriche, en vertu de l'art. 141 LCF, la Cour constitutionnelle est chargée des élections européennes, nationales, régionales et locales et même des élections des chambres professionnelles ; Slovaquie : art. 129 Const., élections européennes, nationales et locales ; Gabon, depuis 2011 : art. 84 Const., ajout des élections locales) ou de contentieux relatif seulement à certaines élections politiques (en France : les élections des députés, des sénateurs et du président de la République ; *idem* au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Niger, au Tchad ; en Allemagne, en appel : les élections pour le *Bundesrat* ; voir aussi la République tchèque, nombre d'autres pays d'Europe centrale et orientale, Indonésie : art. 24C Const., etc.). En cas d'inexistence ou d'incompétence de la cour constitutionnelle, le contentieux revient soit à des juridictions ordinaires, civiles et/ou administratives (ex. Pologne, États-Unis, Canada, en partie en Belgique et au Luxembourg), soit, plus rarement, à des juridictions électorales spéciales (ex. Brésil, Mexique), soit au parlement lui-même (la validation des mandats : Italie, Belgique, Luxembourg). Par extension, le contentieux relatif à la limitation des dépenses électorales peut également être attribué à la cour constitutionnelle (ex. Belgique : contrôle de la légalité des sanctions prises par des organes parlementaires à l'égard d'élus<sup>120</sup>). Ce faisant, la cour constitutionnelle est amenée à trancher des litiges concrets avec les moyens et à l'instar d'un juge (administratif) ordinaire.

29. la décision d'interdiction, ou le contrôle de la décision d'interdiction, de partis ou d'associations politiques dont le programme et/ou l'activité est « extrémiste », car contraire à l'ordre constitutionnel. Voir Allemagne, art. 21 LF ; Portugal, Pologne, art. 11, 13, 58 et 188 Const. ; Slovaquie ; Slovaquie ; Croatie ; Serbie ; Roumanie ; Moldavie ; Bulgarie ; Albanie ; Turquie ; Indonésie ; Corée du sud ; Taïwan ; République tchèque (selon l'art. 87 Const. ; la cour constitutionnelle intervient en appel des décisions prises, à divers titres, par les juridictions ordinaires suprêmes). Autrement, ou ailleurs, les partis violent certains normes de droit pouvaient/peuvent être écartés du jeu politique, soit par une décision de l'exécutif (telus de création d'une association, suppression), soit par une décision du parlement dans le cadre de la validation des mandats (ex., le Luxembourg, en 1934, lorsque la Chambre des députés avait invalidé le mandat obtenu par la liste communiste<sup>121</sup>), soit par un juge ordinaire (ex. en Espagne, où, en droit actuel, l'interdiction de partis extrémistes est prononcée par le Tribunal suprême, et non par le Tribunal constitutionnel).

30. la déchéance d'individus extrémistes de certains droits fondamentaux (à ma connaissance, un seul exemple : l'Allemagne, art. 18 LF).

<sup>119</sup> F.J. Avo, *op. cit.*, p. 733.

<sup>120</sup> Voir art. 25bis et suivants de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle 1989.

<sup>121</sup> L. Heuschling, Ph. Poitier, « L'opposition politique au Grand-duché de Luxembourg. Regards croisés, de science juridique et de science politique, sur une démocratie consociative », in J.P. Deroyer (dir.), *L'opposition politique*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 235 ss.

31. une partie du contentieux pénal (la justice dite « politique » ; voir en Allemagne la tradition des « *Staatsgerichte* », de la « *Staatsgerichtsbarkeit* ») : est en cause la justiciabilité des titulaires de fonctions publiques importantes (chef de l'État, membres du gouvernement, voire parlementaires, membres de la cour constitutionnelle, etc.) lorsqu'il leur est reproché d'avoir enfreint les/des règles de droit (de droit constitutionnel, de droit pénal, etc.). Alors que, dans la tradition britannique, le jugement des infractions commises par des ministres relevait du seul parlement (pour un exemple actuel : Pérou, art. 99 Const. 1993 ; Monténégro), et que, dans d'autres démocraties, ce contentieux est attribué traditionnellement soit à la justice pénale ordinaire (à la juridiction suprême : Belgique, Luxembourg, Brésil, Venezuela, etc.), soit à une juridiction créée spécialement (France : la Haute Cour et la Cour de justice de la République ; la Haute Cour de justice au Gabon, en Côte d'Ivoire, au Burkina Faso, au Congo-Brazzaville, au Bénin, au Niger, au Tchad ; le Tribunal d'État en Pologne : art. 198 Const. 1997, etc.), une nouvelle solution, dans certains des pays dotés d'une cour constitutionnelle, est d'investir celle-ci de cette mission (ex. Espagne : art. 121 point e Const. 1931 ; Allemagne : art. 61 LF ; Italie : art. 134 Const. ; République tchèque : art. 65 et 87 Const. ; Portugal ; Hongrie ; Bulgarie ; Lituanie ; Slovaquie ; Slovaquie ; Albanie ; Corée du sud : art. 111 Const. ; République démocratique du Congo : art. 163 ss Const. 2006, etc. ; pour une liste particulièrement longue, voir en Autriche, les art. 142 et 143 LCF : accusations contre le président fédéral et diverses autres représentants des exécutifs de la Fédération et des *Länder*, etc.). En Azerbaïdjan, c'est la Cour constitutionnelle, après investigation de la Cour suprême, qui, seule, détient le droit de déclencher, auprès du parlement, une procédure de destitution du président de la République ; l'éventuelle décision de destitution prise par le parlement doit être approuvée par la Cour constitutionnelle (art. 107 Const. 1995).

32. le contrôle de légalité des nominations des personnes pressenties pour siéger à la Cour constitutionnelle elle-même (voir le cas, rare et original, du Bénin<sup>122</sup> ; similaire : Russie, Const. 1993 ; ailleurs, la nomination pourrait éventuellement être contrôlée en tant qu'acte administratif par les juridictions administratives).

33. la compétence de la cour constitutionnelle en matière disciplinaire à l'égard de ses propres membres (compétence fréquente : France, Pologne, Lituanie, Moldavie, Roumanie, Bulgarie, Croatie, Albanie ; art. 128 Const. 1998, Turquie, Russie, etc.). Parfois, la nomination d'un juge est décidée, sur initiative de la cour, par le président de la République (Slovaquie : art. 138 Const. 1992) ; parfois, dans le sillage de la tradition anglaise, c'est le parlement qui décide de la révocation d'un juge pour non-respect de la Constitution (Pérou : art. 99 Const. 1993 ; Bolivie : art. 160 Const. 2009 ; Azerbaïdjan, art. 128 Const. 1995). A cela peut s'ajouter la compétence de la cour d'autoriser, ou non, l'arrestation de l'un de ses membres, ou le lancement de poursuites pénales, lorsque les juges de la cour constitutionnelle jouissent, comme c'est souvent le cas, d'une immunité (ex. République tchèque : art. 86 Const. 1992 ; Pologne : art. 196 Const. 1997 ; Croatie, Pérou, etc.).

34. une partie du contentieux pénal ou disciplinaire à l'égard des juges ordinaires. Selon la Constitution espagnole de 1931 (art. 121 point f), le Tribunal des garanties constitutionnelles était investi de la fonction de juger les infractions pénales commises par les membres de la Cour suprême et par le procureur général de la République. Voir aussi l'exemple, rare, de la compétence de la Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne, en cas d'attaques à l'ordre constitutionnel commises par des juges de la Fédération ou des *Länder* (art. 98 LF) ; cette compétence s'ajoute, à titre résiduel, aux procédures disciplinaires ordinaires applicables aux divers ordres judiciaires.

35. la délimitation des compétences entre organes d'une même personne morale, l'État. Parfois, cette compétence est restreinte aux conflits entre certains organes politiques suprêmes, parfois appelées « constitutionnels », à l'instar du parlement, du chef de l'État, du gouvernement (en allemand : « *Organstreitigkeiten* / litiges entre organes » ; Allemagne, art. 93 al. 1<sup>er</sup> n° 1 LF ; Bulgarie ; art. 149 § 1<sup>er</sup> point 3 Const. 1991 ; Pologne : art. 189 Const. 1997 ; Arménie : art. 168 point 4 Const. 1995 ; Slovaquie, France : art. 39 et 41 Const. 1958, etc.). Parfois, la cour constitutionnelle est même chargée de délimiter les compétences à l'égard

<sup>122</sup> F.J. Avo, *op. cit.*, p. 721.



des autres organes de l'État, à l'instar des organes juridictionnels. Traditionnellement, la compétence de départager les champs de compétence des ordres juridictionnels était attribuée soit à l'une des juridictions ordinaires (en général, la juridiction suprême en droit privé : au Luxembourg, la Cour supérieure de justice ; art. 95 Const. 1868 ; en Belgique, la Cour de cassation ; art. 158 Const. 1831), soit à une juridiction spécialement instituée à cet effet (France : Tribunal des conflits, Burkina Faso, Turquie, etc.). De nos jours, ce type de conflit est de plus en plus dévolu à la cour constitutionnelle. Pour une affirmation expresse et précise : Autriche (art. 138 LCF), Grèce (art. 100 Const. 1975), République démocratique du Congo (Const. 2006, art. 161). En Autriche, c'est aussi à la Cour constitutionnelle qu'il revient de résoudre les conflits de compétences entre, d'une part, les juridictions ordinaires et, d'autre part, la Cour constitutionnelle elle-même (art. 138 LCF ; idem : Afrique du sud, art. 167 al. 3 Const. 1996). Certains textes constitutionnels reconnaissent à la cour constitutionnelle, de manière plus vague, la compétence de résoudre les conflits entre les divers « organes », « institutions » ou « pouvoirs de l'État », ce qui, en principe, devrait également inclure les conflits de compétences entre les divers ordres juridictionnels (ex. art. 134 Const. Italie 1947 ; Albanie : art. 131 Const. ; Russie : art. 125 Const. ; Azerbaïdjan, art. 130 Const. 1995 ; Tadjikistan : art. 89 Const. 1994 ; Pérou : art. 202 Const. 1993 ; Bénin, art. 117 Const. 1990 ; Gabon : art. 84 Const. 1991 et art. 62 loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991 ; Niger : art. 126 Const. 2010 ; Tchad : art. 166 Const. 1996 ; Afrique du sud, art. 167 al. 4 Const. 1996, etc.).

36. la délimitation des compétences entre différentes personnes morales de droit public, spécialement entre l'État (l'État central) et les autres collectivités territoriales (États fédérés, Régions, communes). Pour un exemple de délimitation entre l'État, fédéral et les États fédérés : Allemagne, art. 93 al. 1<sup>er</sup> n° 3 et n° 4 LF ; entre État et régions dans un État dit régionalisé : Italie (art. 134), Espagne (art. 161 al. 1 point c Const. 1978) ; entre l'État et les collectivités d'outre-mer (France, art. 74, 77 Const. 1958) ; entre l'État et les provinces (République démocratique du Congo Const. 2006, art. 161) ; entre l'État et les communes : Bulgarie : art. 149 al. 1<sup>er</sup> point 3 Const. 1991 ; Slovaquie : art. 160 Const. ; Albanie, Macédoine, etc. Ailleurs, les conflits de compétence entre communes ou entre une commune et l'État relèvent des juridictions ordinaires, en particulier administratives, dans le cadre du contrôle exercé sur les règlements et décisions locaux (ex. Gabon : art. 112b Const. 1991, France, Belgique, Luxembourg, etc.).

Les douze types de compétences non-juridictionnelles dont peuvent être investies les cours constitutionnelles dans le monde :

1. la participation à la rédaction et à l'adoption de révisions constitutionnelles (Iran, art. 177 Const. 1979 ; la présence des membres du Conseil des gardiens au sein de l'organe ad hoc chargé de négocier des révisions, avant leur validation par le guide de la République et le corps électoral).
2. la compétence de conseiller (voire de « surveiller ») les organes de l'État sous forme « d'avis », un rôle qui, dans de nombreux pays, reviendrait au Conseil d'État. L'objet de l'avis peut être varié (fournir une interprétation des dispositions en vigueur, rappeler le respect des normes supérieures, développer des arguments d'opportunité politique en vue de la rédaction de nouveaux textes, etc.). Pour un exemple d'un champ très large, sans précision : Sénégal, art. 92 al. 2 Const. tel que modifié en 2016 (« Le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République pour avis »). Très large aussi : ancienne Const. Côte d'Ivoire, 2000, art. 97 (« Les projets ou propositions de loi et les projets d'ordonnance peuvent être soumis pour avis au Conseil constitutionnel »). Pour des délimitations un peu plus ciblées : la formulation d'un avis sur tous les projets ou propositions de révisions de la Constitution (Gabon, art. 116 Const. 1991<sup>123</sup> ; Moldavie, art. 135 § 1<sup>er</sup> point c, art. 141 § 2 Const. 1994 ; Azerbaïdjan, art. 153 Const. 1995 et art. 61 loi sur la Cour constitutionnelle : l'avis, non

contraignant, devra en particulier étudier dans le cas d'espèce le respect des limites imposées par la Constitution aux révisions) ; la formulation d'un avis sur l'organisation d'un référendum (France, art. 46 loi organique sur le Conseil constitutionnel) ; la constatation par un avis non contraignant de l'existence, ou non, des critères matériels justifiant le déclenchement et/ou le maintien de l'état d'exception & la formulation d'un avis sur chaque mesure prise par l'exécutif dans le cadre de l'état d'exception (France, art. 16 Const. 1958 et art. 52 à 54 loi organique sur le Conseil constitutionnel ; Gabon, art. 26 Const. 1991 ; Niger, art. 67 Const. 2010 ; Tchad, art. 87 Const. 1996 ; proche : Bénin, art. 68 Const. 1990, etc.).

3. un droit d'initiative législatif général, y compris en matière de révision (le droit russe en vigueur de 1991 à 1993<sup>124</sup> ; de nos jours encore : Ouzbékistan, art. 83 Const. 1992) ou un droit d'initiative restreint aux matières qui « lui sont propres » (Pérou, art. 107 Const. 1993, art. 4 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel<sup>125</sup> ; en droit russe actuel, ce droit restreint appartient à la cour constitutionnelle mais aussi à d'autres juridictions : art. 104 al. 1<sup>er</sup> Const. 1993).

4. la promulgation de la loi en cas de refus du chef de l'État et à condition que la loi soit conforme à la Constitution : voir l'exemple, insolite, du Bénin (art. 57 Const.).

5. l'adoption d'un règlement intérieur de la cour constitutionnelle (Belgique, Ouzbékistan, sous la Const. 1992<sup>126</sup>, Bénin, Tchad, Iran, etc.)

6. la constatation de l'état d'empêchement d'un titulaire physique d'un organe politique éminent de l'État (ex. en France, en ce qui concerne le président de la République, art. 7 Const. 1958 ; Roumanie, art. 146 point g Const. ; Niger, art. 53 et 54 Const. 2010 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 76 ; Azerbaïdjan, art. 104 Const. 1995), d'une force majeure affectant le renouvellement normal du titulaire du mandat (France, art. 7 ; Gabon, art. 4 Const. 1991 ; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 76) et/ou de la déchéance du mandat d'un député du fait d'une inéligibilité (France), etc.

7. l'approbation de l'abrogement volontaire du mandat d'acteurs politiques : l'approbation de la dissolution des chambres du parlement par le chef de l'État (Ouzbékistan, voir l'art. 95 de la Const. 1992 qui prévoit des conditions de fond pour toute dissolution, en termes de dysfonctionnement du système parlementaire) ou l'acceptation de la démission du président de la République par la cour constitutionnelle (Azerbaïdjan, art. 104 Const. 1995).

8. le président de la Cour constitutionnelle assure l'intérim du président de la République en cas d'empêchement (Bénin, art. 119 Const. 1990) ou en cas d'accusation pour haute trahison devant la Haute Cour de Justice (Djibouti, art. 50 et 119 Const. 1992 ; Niger, art. 53 Const. 2010).

9. la prise d'actes administratifs et l'exécution matérielle d'opérations administratives : la surveillance, sur le terrain, de l'organisation d'élections ou de référendums (France, art. 58 et 60 Const. 1958 ; Bénin, art. 117 Const. 1990 ; Roumanie, art. 146 points f et i Const. ; Tchad, Gabon, etc.) ; la prise de décision quant aux modalités d'organisation d'un scrutin et, en particulier, au report de l'élection (France, art. 7 ; Tchad, art. 65 Const. 1996 ; Gabon, art. 4 et 10 Const. 1991 ; Azerbaïdjan, art. 101 Const. 1995) ; la nomination et révocation, par la cour constitutionnelle, du président de la Commission électorale nationale (Gabon, art. 66a loi organique sur la Cour constitutionnelle 1991) ; la prise de décision quant à la recevabilité de candidatures (Iran, art. 99 Const. 1979 ; Tchad, art. 63 Const. 1996) ou de demandés citoyennes de référendums (Italie, art. 75 Const. ; France, art. 11 Const. 1958) ; la proclamation des résultats officiels d'une élection ou d'un référendum (France, Bénin, Tchad, Roumanie ; Azerbaïdjan : art. 102 Const. 1995, etc.) ; la fixation de la première séance du parlement nouvellement élu (Azerbaïdjan, art. 88 Const. 1995). Des lors que la cour

<sup>123</sup> T.G. Morschtschakowa, « Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation », in O. Luchterhandt, C. Starck, A. Weber (dir.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel- und Osteuropa*, Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 133.

<sup>124</sup> [http://www.tc.gob.pe/ctc/private/adjunto/institucional/normativdad/ley\\_organica.pdf](http://www.tc.gob.pe/ctc/private/adjunto/institucional/normativdad/ley_organica.pdf)

<sup>125</sup> Voir art. 11 Loi sur la Cour constitutionnelle et *Rules of procedure of the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan* (2015, à jour) art. 2 n° 41, <http://www.ksu.uz/en/pages/index/id/9>

<sup>126</sup> L'art. 58 de la loi organique modifiée de 1991 sur la Cour constitutionnelle précise que cet avis « porte notamment sur la régularité de la procédure et la compatibilité de la modification avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles. La Cour peut également formuler toutes observations qu'elle juge utiles ». [http://www.cour-constitutionnelle.gal/loi\\_organique4](http://www.cour-constitutionnelle.gal/loi_organique4)

constitutionnelle est aussi chargée de juger les contestations relatives aux opérations électorales auxquelles elle a, elle-même, contribué, la cour est à la fois juge et partie.

10. l'assermentation du chef de l'État par le président de la Cour constitutionnelle (France; Bénin, art. 119 Const. 1990; Gabon, art. 12 Const. 1991; République démocratique du Congo Const. 2006, art. 74; Djibouti, art. 119 Const. 1992, etc.).

11. le recouvrement d'informations de nature administrative (les déclarations de patrimoine personnel des acteurs politiques) à des fins fiscales et/ou de lutte contre la corruption. Ex.: République démocratique du Congo Const. 2006, art. 99.

12. l'élaboration d'un rapport annuel sur le respect de la Constitution dans le pays (Russie, de 1991 à 1993<sup>127</sup>; Biélorussie, Const. 1994<sup>128</sup>; Kazakhstan; Ouzbékistan; Gabon: art. 91 Const. 1991, avec la possibilité de faire toutes suggestions utiles en vue de la « consolidation de l'État de droit »).

À la lumière de cette liste impressionnante de compétences, la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg ressort clairement comme le parent pauvre au sein de la famille des cours constitutionnelles.

2<sup>e</sup> La Cour luxembourgeoise: une compétence, plus deux (voire trois, voire quatre, voire cinq ?)

a) Un nombre insoupçonné de compétences

Souvent, en littérature, l'on dit que la Cour constitutionnelle du Grand-Duché n'a qu'une attribution, et une seule: celle de contrôler *a posteriori*, sur renvoi d'une question préjudicielle, la constitutionnalité des lois, les lois autorisant la ratification des traités étant par ailleurs explicitement exclues du contrôle (art. 95ter § 2 Const.). C'est, du reste, aussi la seule compétence qui est indiquée dans la loi du 27 juillet 1997, dans le chapitre 2 intitulé « Des attributions » (la présence de ce pluriel est, probablement, due à un réflexe littéraire). Ce chapitre 2 comporte, en effet, un seul article (l'art. 2) qui reprend, en les fusionnant, les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'art. 95ter Const. La compétence ainsi délimitée est, effectivement, la compétence centrale de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise (c'est celle qui justifie son existence), et c'est aussi la plus visible de l'extérieur. Mais ce n'est pas la seule. Les choses, à cet égard, sont même plus compliquées qu'on ne pourrait le penser de prime abord. A cause du caractère laconique et imprécis du texte de la Constitution – un problème particulièrement aigu en droit constitutionnel luxembourgeois! –, un certain doute flotte autour du nombre et de l'identité des compétences de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché.

Ce qui est sûr, c'est que deux autres compétences nettement distinctes, d'importance toutefois marginale, sont ancrées dans le texte de la loi de 1997.

Premièrement, la Cour constitutionnelle, saisie par son président et siégeant en assemblée générale (et non en formation de cinq juges, comme dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const.), est compétente pour juger le contentieux disciplinaire relatif à ses propres membres (art. 21 à 26 loi 1997). Cette compétence qui est fondée de manière implicite sur l'art. 95ter Const. (via le renvoi à l'art. 91 Const.), est de nature juridictionnelle. Il convient d'être encore plus précis: en matière disciplinaire, la Cour constitutionnelle, à l'instar de tant de juges ordinaires, applique tout le droit aux faits qui lui sont soumis. Elle juge un cas, dans son intégralité, et non seulement une norme. Pourrait-elle même, dans ce cadre – puisqu'elle est amenée à appliquer des lois –, exercer ou déclencher un contrôle de la constitutionnalité des lois? En termes plus techniques: la Cour constitutionnelle, en formation plénière, et jugeant comme juge disciplinaire, pourrait-elle, par voie d'exception, statuer sur le grief d'inconstitutionnalité

ou devrait-elle saisir, par renvoi préjudiciel, la Cour constitutionnelle siégeant en formation de cinq juges et agissant dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const.? Dans le deuxième cas, l'on serait proche d'une auto-saisine; la procédure serait toutefois un peu fastidieuse. Mais c'est ce qui est exigé si l'on tient compte de l'art. 95ter § 2 Const. (la formule « toute juridiction » peut inclure la Cour constitutionnelle agissant en tant que juge disciplinaire). La compétence de la Cour constitutionnelle, en tant que juge disciplinaire, passe souvent inaperçue dans la littérature car elle est secondaire et n'a, pour l'instant, jamais donné lieu à application. Pourtant, elle est importante car elle nous permet, et nous oblige, de mieux cerner la nature variée (car triple) de cet organe appelé « Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », qui est tantôt juge statuant sur des renvois préjudiciels relatifs à la constitutionnalité d'une loi, tantôt juge disciplinaire, tantôt encore autorité administrative.

En effet, – deuxièmement – il faut noter que, selon les termes clairs de la loi de 1997 (art. 28), la Cour constitutionnelle est également dotée d'une compétence de nature non juridictionnelle: la Cour, siégeant aussi en formation plénière, est habilitée à édicter un règlement d'ordre intérieur<sup>129</sup>. Ici la Cour constitutionnelle agit en tant que producteur de normes générales et est assimilable à un organe administratif investi d'un pouvoir réglementaire (certes très réduit, en l'espèce).

Le nombre d'attributions de la Cour constitutionnelle s'arrête-t-il donc au chiffre de trois? Ce n'est pas sûr. C'est ici que surgissent les incertitudes.

Tout d'abord, la compétence juridictionnelle dite « unique » – celle de l'art. 95ter § 2 Const. – pourrait être comptée non pas comme une seule compétence, mais comme deux si, d'une part, du point de vue de la dogmatique du droit luxembourgeois, on estime que les « lois portant révision de la Constitution » (art. 114 et 115 Const.) font partie des « lois » sujettes au contrôle de la Cour – une question à laquelle, pour ma part, je répondrai de manière affirmative –, et que, d'autre part, sur le plan scientifique de la théorie générale, on distingue le contrôle de la constitutionnalité des lois *stricto sensu* de celui des révisions (voir, en ce sens, la liste *supra* des diverses compétences juridictionnelles des cours constitutionnelles). Il est certain que les acteurs politiques de 1996, en rédigeant et adoptant l'art. 95ter Const., n'avaient pas à l'esprit de conférer une telle compétence. Pourtant, le texte autorise une telle lecture: le type spécial de « loi » que sont les « lois portant révision de la Constitution » n'est point exclu du prétoire de la Cour par l'art. 95ter § 2 Const., à l'inverse des lois spéciales que sont les lois autorisant la ratification des traités. La question, pour l'instant, est discutée en doctrine<sup>130</sup>, et n'a pas encore été tranchée en pratique. Cette éventuelle quatrième compétence, qui est intimement liée à la première compétence (il n'y a pas de saisine distincte, par ex.), reste donc, pour l'instant, dans les limbes.

Ensuite, il faut considérer l'hypothèse suivante: saisie sur le fondement de l'art. 95ter § 2 Const., la Cour constitutionnelle n'est pas seulement amenée à contrôler des dispositions législatives – celle(s) soumise(s) par le juge de renvoi (appelons cette loi la « loi X ») –, mais aussi à appliquer des articles de loi, en particulier les articles de son « code de procédure » qui est la loi du 27 juillet 1997. Or que devrait se passer si la Cour constitutionnelle, saisie de la loi X, se rendrait compte, spontanément ou sur insistance d'une partie, qu'un article de la loi de 1997 qu'elle est censée appliquer, est contraire à la Constitution? Pourrait-elle donner

<sup>129</sup> Ce « règlement d'ordre intérieur » du 31 octobre 1997 est des plus courts: il se limite à définir le siège et le greffe de la Cour. Voir *Mém. A.* 1997, n° 89, p. 2696. Il n'a pas été modifié à ce jour. <http://legilux.public.lu/eli/Etat/legif/1997/10/31/1/1/0>

<sup>130</sup> En ce sens déjà: J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudicielles », *op. cit.*, 2008, p. 9. Par la suite, J. Gerkrath a toutefois inféché sa réponse dans un sens restrictif. Voir J. Gerkrath, « Le mécanisme de la révision constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *VTL*, 2009, p. 179. Selon lui, un contrôle *a posteriori* serait impossible à mettre en œuvre par la Cour constitutionnelle. L'argument n'entraîne pas conviction: la Cour constitutionnelle se doit, dans chaque affaire, d'appliquer la « Constitution » (art. 95ter § 1<sup>er</sup> Const.); par « Constitution », il faut entendre les normes véhiculées par le texte dit « Constitution du Grand-Duché de Luxembourg du 17 octobre 1868 » auquel il faut ajouter les modifications contenues dans les diverses « lois portant révision de tel ou tel article ». Pour ce faire, la Cour constitutionnelle doit identifier les « lois de révision »: au cas où un acte intitulé « loi de révision », et publié comme tel au journal officiel, ne serait pas conforme aux exigences constitutionnelles, elle devrait refuser d'en tenir compte et appliquer, dans le litige concret, la « Constitution » sans cette révision. Une loi ordinaire qui serait fondée sur cette « révision » pourrait ainsi être déclarée contraire à la Constitution.

<sup>127</sup> T.G. Morschtschakowa, « Das Verfassungsgericht der Russländischen Föderation », *op. cit.*, p. 133.

<sup>128</sup> Voir art. 22 al. 3 du Code of the Republic of Belarus on Judicial System and Status of Judges, <http://www.kcc.gov.by/vernmain.aspx>; « In addition to the powers provided for by articles 22.1 and 22.2 the Constitutional Court of the Republic of Belarus shall: (...) adopt annual messages to the President of the Republic of Belarus and the Houses of the National Assembly of the Republic of Belarus on constitutional legacy in the Republic of Belarus; (...) ».

une quelconque suite à ce moyen ? Elle n'est pas saisie, par renvoi, de la loi de 1997 (mais d'une autre loi, la loi X). Doit-elle dès lors se taire, alors même qu'elle est la Cour constitutionnelle, chargée selon l'art. 95ter § 1<sup>er</sup> Const. de « statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution » ? Sur ce point, une interprétation téléologique et historique du *paragraphe 1<sup>er</sup> de l'art. 95ter Const.*, à la lumière des intentions des auteurs de cet article qui soulaient clairement renforcer l'idéal de l'État de droit, m'amène à penser que, dans une telle hypothèse, la Cour constitutionnelle pourrait, par voie d'exception, examiner la constitutionnalité de tel article de la loi de 1997 et, le cas échéant, refuser de l'appliquer. Cette compétence, fondée implicitement sur le § 1<sup>er</sup> de l'art. 95ter Const., se grefferait sur sa compétence du § 2 du même article.

Enfin, existerait-il, peut-être, dans le silence des textes, encore une autre (sixième ?) compétence qui, elle non plus, n'avait pas été discutée en 1996, et qui se grefferait à la fois sur sa compétence de l'art. 95ter § 2 Const. et sur celle de l'art. 28 loi 1997 ? Dans sa thèse sur *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, Carola Sauer souleva à juste titre la question de savoir si la compétence (juridictionnelle) de faire prévaloir la supériorité du droit international sur toute norme nationale (en particulier sur les lois, voire la Constitution) s'applique aussi à la Cour constitutionnelle. Elle y répond de manière affirmative, mais sa réponse ne convainc pas lorsqu'il s'agit de déterminer avec précision les effets de cette réponse affirmative.<sup>131</sup> Reprenons le raisonnement.

Selon une habitude jurisprudentielle luxembourgeoise clairement affirmée à partir des années 1950 (la « jurisprudence » dite « Pagani »), et dont les fondements politiques remontent au XIX<sup>e</sup> siècle, est affirmé, au Luxembourg, un certain principe luxembourgeois de suprématie du droit international sur toute norme de droit national (Constitution, loi, etc.).<sup>132</sup> De ce principe est dérivé, de manière implicite, par les juridictions luxembourgeoises et au profit de celles-ci, un titre de compétence d'examen et d'application *in concreto* de toute norme nationale contraire au droit international. Il convient d'insister sur le fait que l'attribution de compétence s'est faite, dans les années 1950, au profit de toute juridiction luxembourgeoise, existante ou à venir (ce titre de compétence profitera ainsi à la Cour administrative et au Tribunal administratif qui, pourtant, n'ont vu le jour que bien plus tard). L'attribution s'est faite, aussi et surtout, au profit de toute *jurisdiction*, et pas seulement au profit des juridictions dites « ordinaires ».<sup>133</sup> Le titre de compétence découlant du principe luxembourgeois de primauté du droit international intervient dès qu'une juridiction est censée appliquer (l'insiste sur ce mot) telle ou telle loi luxembourgeoise, voire telle ou telle norme constitutionnelle du Luxembourg. Or, la Cour constitutionnelle est, à coup sûr, une *jurisdiction* : tantôt une juridiction au plein sens du terme (dans le cadre de l'art. 28 loi 1997, elle traite, dans son intégralité, un cas), tantôt, et le plus souvent, une juridiction spéciale au rôle très réduit dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const. (elle n'intervient qu'en annexe d'un autre procès, le procès principal, dont elle ne traite qu'un aspect ; elle doit donc se désintéresser des autres aspects qui, eux, relèvent du ressort du juge de renvoi<sup>134</sup>). Dans les deux rôles juridictionnels, la Cour constitutionnelle est amenée, plus ou moins, à appliquer des lois et d'autres normes générales. En créant la Cour constitutionnelle, la Chambre des députés, qui était parfaitement consciente de l'existence de la « jurisprudence Pagani », aurait pu, éventuellement, exclure la Cour constitutionnelle du bénéfice de ce titre de compétence d'application *in concreto* ; elle

ne l'a pas fait, ce qui signifie que la Cour constitutionnelle, dans ses deux fonctions juridictionnelles<sup>135</sup> (art. 28 loi 1997, art. 95ter § 2 Const.), détient cette compétence, lorsque – le précise – elle est censée appliquer une loi ou une autre norme générale luxembourgeoise. Le silence de la Chambre des députés vaut donc approbation implicite. Une fois cette conclusion générale admise, il reste à en préciser les effets.

Dans le cadre de sa mission de juge disciplinaire, les choses sont simples : la Cour constitutionnelle doit appliquer, au cas qui lui est soumis (tel juge qui est accusé), des lois, entre autre la loi du 27 juillet 1997 qui prévoit les infractions et sanctions disciplinaires ; elle doit aussi appliquer d'autres lois ; elle peut donc, par voie d'exception, à l'image de toute autre juridiction, contrôler la conventionnalité de toute loi qu'elle est censée appliquer dans le cadre du procès. Sa compétence de faire prévaloir le droit international se greffe sur, et est intimement liée à, sa compétence de juge disciplinaire. De ce point de vue, sa compétence n'est pas identique à celle vue *supra* dans le n° 15 de la liste des compétences juridictionnelles des cours constitutionnelles.

La définition des effets de la « jurisprudence Pagani » sur la Cour constitutionnelle dans le cadre de sa fonction juridictionnelle spéciale de l'art. 95ter § 2 Const. est un peu plus délicate. La aussi, il ne faut pas confondre sa compétence avec celle vue sous le n° 15 précité. On aurait tort d'affirmer que la Cour constitutionnelle, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, peut exercer un contrôle de la conventionnalité de la loi (appelons-la : la « loi X ») qui lui est soumise par renvoi<sup>136</sup>. Cette loi X (telle ou telle disposition de la loi X) ne lui est soumise, par le juge *a quo*, qu'en vue de sa confrontation avec les exigences de la Constitution ; la question de sa conventionnalité, elle, relève du seul juge *a quo*. C'est ce dernier qui est censé appliquer cette loi X ; la Cour constitutionnelle, elle, n'applique pas cette loi, elle *l'ausculte*, elle la contrôle, elle la juge. En revanche, si jamais la Cour constitutionnelle doit, dans le cadre du renvoi préjudiciel, appliquer une loi – une loi forcément autre que la loi X (la loi Y ; par exemple son « code de procédure » qu'est la loi du 27 juillet 1997 –, elle pourra et devra faire prévaloir le droit international sur cette loi Y. Conclusion : dans le cadre de l'art. 95ter § 2 Const., la Cour constitutionnelle peut exercer, par voie d'exception, un contrôle de conventionnalité de toute loi qu'elle est censée appliquer dans le cadre du procès ; mais, évidemment, la loi qu'elle est censée examiner, contrôler, juger, dans ce procès (la « loi X »), y échappe. Sa conventionnalité doit être examinée par le juge qui censé appliquer cette loi X, i.e. le juge de renvoi.

Mais, l'on peut aller encore plus loin dans le raisonnement : car il est un autre ensemble de normes générales nationales que la Cour constitutionnelle est censée « appliquer » : il s'agit des normes de la « Constitution » (art. 95ter § 1<sup>er</sup> Const.), ce qui renvoie à la fois aux normes initiales, originales, de la Constitution (celles adoptées en 1868) et aux normes ajoutées par la suite, via des révisions. En appliquant la Constitution, la Cour constitutionnelle doit, dans son ressort, tenir compte du principe de la primauté du droit international tel qu'il s'adresse à toutes les juridictions luxembourgeoises. Ainsi, elle peut effectuer un renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'UE<sup>137</sup>. Elle peut, et doit même, interpréter la Constitution à la lumière du droit international (y compris européen), et c'est du reste ce qu'elle fait déjà, de façon parfois très audacieuse<sup>138</sup>. Hypothèse autrement plus radicale : s'il s'avère qu'une disposition

<sup>131</sup> C. Sauer, *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, thèse droit, Université du Luxembourg, 2018, p. 333 ss.

<sup>132</sup> Sur l'histoire, la nature et le contenu de ce « principe », voir L. Heuschling, « Les origines au XIX<sup>e</sup> siècle du rang supra-constitutionnel des traités de droit luxembourgeois : l'enjeu de la monarchie », in L. Riassetto, L. Heuschling, G. Ravarani (dir.), *Liber Amicorum Rufen Egece*, Luxembourg, Pasiris, 2017, p. 157-213 ; P. Kirsch, « La rôle du droit international dans l'ordre juridique luxembourgeois », *Pasirisia luxembourgeois*, vol. 34, 2010, p. 389-415 ; traduit en anglais dans D. Shelton (dir.), *International Law and Domestic Legal Systems*, Oxford, OUP, 2011, p. 385 ss.

<sup>133</sup> La distinction doctrinale entre deux groupes d'organes – d'un côté, la Cour constitutionnelle, de l'autre les « juridictions ordinaires » – trouve son origine dans une certaine organisation du contrôle de la constitutionnalité des lois. Datant donc de 1996, et traitant de cette question précise, la distinction est postérieure et étrangère à la problématique de la suprématie du droit international.

<sup>134</sup> C'est ce point crucial qui, entre autres, n'est pas pris en compte dans le raisonnement de C. Sauer.

<sup>135</sup> Dans le cadre de son pouvoir réglementaire (art. 28 loi 1997), la Cour constitutionnelle, n'étant pas juge, ne peut donc exercer à cette occasion un contrôle de conventionnalité de la loi, qui est réservée aux juridictions. Les organes administratifs d'application des lois et des justiciables en sont, en principe, selon la lecture luxembourgeoise traditionnelle, exclus – sauf lorsque la norme (internationale) supérieure est une norme du droit de l'Union européenne. Dans ce cas, en vertu de la jurisprudence de la CJUE l'administration (et, par extension, aussi la Cour constitutionnelle agissant dans le cadre de l'art. 28 loi 1997) doit refuser, le cas échéant, d'appliquer une loi contraire au droit de l'UE.

<sup>136</sup> C'est la thèse de C. Sauer.

<sup>137</sup> Voir le premier arrêt n° 119 (l'affaire des quotas d'émission de gaz à effet de serre), du 19 juin 2015, *Mém. A*, n° 121.

<sup>138</sup> Voir l'exemple de l'arrêt 131/2017 du 8 décembre 2017, *Mém. A*, n° 1042, où la Cour constitutionnelle a interprété l'art. 107 § 1<sup>er</sup> Const. à la lumière des exigences plus précises et restrictives de la Charte européenne de l'autonomie locale de 1985. Elle a conclu que la Constitution exigeait une intervention législative dans la matière qui était en cause, alors que le mot « loi », qui appelle une réserve de la loi, est absent de l'art. 107 § 1<sup>er</sup> Const. Voir aussi, a contrario, le second arrêt n° 119 (l'affaire des quotas d'émission de gaz à effet de serre), du



constitutionnelle applicable à la problématique qui lui est soumise est contraire à une norme internationale ou européenne, la Cour constitutionnelle doit, à l'instar des autres juridictions et sur le fondement du principe luxembourgeois de la suprématie du droit international, refuser d'appliquer cet article de la Constitution. Elle examinera la loi X soumise à son contrôle à la lumière de la « Constitution » dont est retranchée ladite disposition contraire au droit international. Autrement dit, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise a cette compétence très rare, voire unique dans le monde, de pouvoir refuser, pour cause d'incompatibilité avec une norme de droit international, l'application de toute norme, originale ou ajoutée, de la Constitution. Sa compétence, en extension, va donc plus loin que celle vue sous le n° 7 (l'exemple du Kosovo où la Cour constitutionnelle est habilitée à contrôler la conventionnalité des révisions, mais pas, à première vue, des dispositions originelles de la Constitution). On remarquera aussi que le contrôle de la conventionnalité des normes de la Constitution n'est pas monopolisé par la Cour constitutionnelle luxembourgeoise puisque, dans la logique de la « jurisprudence Pagani », toutes les juridictions peuvent l'exercer (la Cour d'appel, en 2000, et la Cour supérieure de justice, en 2002, ont admis cette compétence dans l'affaire *Foermen c. Wolter*)<sup>139</sup>. Pour l'instant, la Cour constitutionnelle n'a pas encore été confrontée à la question.

#### b) Une pluralité de compétences en retrait par rapport aux droits étrangers

La Cour constitutionnelle luxembourgeoise dispose donc d'une pluralité de compétences, avec des compétences qui sont souvent greffées sur, et conditionnées à, sa compétence principale, celle de l'art. 95ter § 2 Const. L'étendue exacte de cette pluralité est encore, en pratique, à confirmer. Si elle se confirme, ce qui est fort probable, elle comportera même une compétence inédite (celle de la conventionnalité de la Constitution) qui, à l'étranger, ne sera certainement pas qualifiée de « minimaliste ». En fait, le « minimalisme » luxembourgeois de 1996-97 n'est pas allé à l'encontre du paradigme traditionnel luxembourgeois du monisme avec primauté du droit international, mais, au contraire, s'est combiné avec lui, ce qui a donné un mélange à certains égards surprenant. Il n'en reste pas moins que, analysée à la lumière de la liste des 48 types de compétences et des exemples étrangers concrets, la pluralité des compétences de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg reste d'une ampleur réduite. Les acteurs politiques de 1996 raisonnaient, pour l'essentiel, sur une compétence unique et n'avaient pas de regards pour la grande, voire très grande, diversité des compétences dont étaient, et sont, investies les cours constitutionnelles étrangères. Leur ambition était des plus réduites.

*Normen est ornem* : rappelons un petit détail historique concernant le nom de cet organe si chichement doté d'attributions. Alors qu'en droit positif actuel, il est connu sous le titre prestigieux de « Cour constitutionnelle », ce qui, dans l'esprit de nombre de néophytes, peut suggérer, à tort, une étroite proximité avec les modèles les plus emblématiques de cour constitutionnelle à l'étranger – celle en Autriche, en Italie, en Belgique, et, surtout, celle en Allemagne –, il avait été proposé en 1994 par le parti chrétien-social, acteur clé sur ce débat, d'appeler le futur organe juridictionnel spécial chargé du contrôle de constitutionnalité des lois non pas « Cour constitutionnelle », ni encore « Conseil constitutionnel » (en référence à l'exemple français) ou « Cour d'arbitrage » (dénomination initiale de la cour belge, jusqu'en 2007), mais « Comité du contenu constitutionnel »<sup>140</sup>. Cet indice est révélateur à double titre : dans cette appellation transparait à la fois une certaine modestie des intentions de ses créateurs et, surtout, la focalisation de leur esprit non pas sur des modèles étrangers, dont aucun ne porte un tel titre, mais sur la tradition institutionnelle luxembourgeoise (la référence, bien sûr, au « Comité du contentieux » existant autrefois, en matière de justice administrative, au sein du Conseil d'Etat).

Pourtant, il n'avait pas manqué dans le débat politique et doctrinal luxembourgeois des projets plus ambitieux de cour constitutionnelle. Mais, d'une part, certaines de ces

propositions plus ambitieuses présenteraient encore des angles morts et resteraient empêtrées dans une culture traditionnelle qui se méfiait d'une trop grande juridicisation et n'ont connu aucun succès : elles ont été recalées d'un revers de main, en 1996, par la coalition formée par le CSV et le LSAP, les socialistes étant particulièrement rétifs à l'idée d'une cour constitutionnelle puissante.

En 1978, lors du colloque sur le contrôle de constitutionnalité des lois organisé par la Conférence St-Yves (proche du CSV), l'avocat Pierre Bernmes avait esquissé le modèle d'une cour constitutionnelle aux compétences particulièrement étendues<sup>141</sup>, modèle dont il ne sera plus jamais question par la suite. Parmi les propositions alternatives qui, dans les années 1990, étaient sur la table figuraient en premier lieu celles du Parti démocratique. Défendues par J.P. Ripplinger, elles étaient très ambitieuses : elles attribuaient à la cour constitutionnelle la compétence de contrôler, à titre tant préventif que curatif, la conformité à la fois des lois et des traités à la Constitution et ouvraient la saisine de la cour, outre aux juridictions ordinaires, à certains organes politiques de l'Etat (Grand-Duc, premier ministre, président de la Chambre des députés, président du Conseil d'Etat, cinq députés) et aux personnes physiques et morales de droit privé<sup>142</sup>. En mars 1994, le petit parti ADP (droite populiste) dont deux thèmes favoris étaient, et sont toujours, la démocratie semi-droite et la dénonciation des violations de la Constitution commises par les « grands partis gouvernementaux », avait proposé d'attribuer à la Cour supérieure de justice, siégeant en tant que Cour constitutionnelle, non seulement le contrôle des lois sur renvoi préjudiciel des juridictions ordinaires, mais aussi un contrôle *a priori* des projets de lois et des projets de règlement intérieur de la Chambre des députés (sur saisine du gouvernement ou de cinq députés) ainsi que des compétences juridictionnelles et non juridictionnelles relatives à l'organisation d'un référendum (formulation de la question, proclamation des résultats, contentieux)<sup>143</sup>. A la même époque, le petit parti écologiste GLEI, lui aussi dans l'opposition, prônait une solution plus modeste, mais qui prévoyait tout de même le contrôle *a posteriori* non seulement des lois, mais aussi des traités<sup>144</sup> (la proposition d'un tel contrôle *a posteriori* des traités est/était plutôt surprenant au Luxembourg, eu égard au paradigme traditionnel de la primauté des traités par rapport à la Constitution).

Le professeur belge de droit constitutionnel, Francis Delpeyère, à qui la Chambre des députés avait demandé en 1994 une expertise, avait recommandé de confier à la Cour constitutionnelle, en plus du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, la compétence de contrôler la constitutionnalité des traités avant leur ratification<sup>145</sup>. Or cette dernière compétence n'a jamais été sérieusement envisagée par la coalition CSV-LSAP. De ce refus témoigne aussi, à sa manière, la proposition de révision n° 4154 relative à l'introduction d'un art. 114bis Const., que Luc Frieden avait déposée également en 1996 : celle-ci visait, tout d'abord, à inscrire noir sur blanc dans le texte de la Constitution qu'après une ratification de la Constitution (ce que, dans le cas de la ratification du traité de Maastricht et dans d'autres cas antérieurs, n'avait pas été fait : la révision de la Constitution avait suivi la ratification, afin de faire éviter aux députés l'arrangement prématuré de leur mandat du fait de la « dissolution de plein droit » prévue par l'ancien article 114 Const.). Sur ce point, Luc Frieden, en cohérence avec l'idéal de l'Etat de droit dont il était l'un des plus ardents défenseurs, ne cachait pas ses critiques à l'égard de certaines pratiques du passé, et de son propre parti, consistant à sacrifier le respect dû à la Constitution sur l'autel de l'avancée de

<sup>141</sup> P. Bernmes, « Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, 1979, n° 44, p. 24 ss.

<sup>142</sup> Voir les deux propositions liées n° 3685 et n° 3686 de 1992 de J.P. Ripplinger qui ont été rejetées le 10 février 1994, par la majorité au sein de la CIRJC. Elles seront reprises, en mars 1994, dans les propositions de révision du DP, doc. n° 3681-2, p. 2. En 1996, J.P. Ripplinger a retenu sa solution, mais à nouveau sans succès.

<sup>143</sup> Doc. parl. n° 3881-3, p. 2 s.

<sup>144</sup> Doc. parl. n° 3881-4, p. 6.

<sup>145</sup> F. Delpeyère, *Rapport présenté à la Chambre des députés sur les modes d'insertion du contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, sept. 1994, doc. parl. n° 3914-1A, p. 9 ss. L'avis a été également publié aux *Annales de droit luxembourgeois*, 1995, p. 11 ss.

<sup>139</sup> 16 juin 2017, *Mém. A*, n° 589 (le contenu de l'art. 16 Const. protégeant le droit de propriété, « concorde » avec celui de l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE).

<sup>140</sup> Voir L. Heuschling, « Les origines au 19<sup>e</sup> siècle du rang supra-constitutionnel des traités... », *op. cit.*, p. 168 s.

<sup>141</sup> Voir *infra* note 196.

l'intégration internationale et européenne<sup>146</sup>. A-t-il pour autant cherché, dans ce contexte, à contester un rôle à la Cour constitutionnelle, lui qui était l'un des pères de cette Cour ? Nullement. Sa proposition de révision n° 4154, qui n'a pas connu de suites, prévoyait que l'inconstitutionnalité d'un traité en voie de ratification pouvait être constatée soit par la Chambre des députés elle-même, soit (et surtout !) par le Conseil d'Etat (dont l'avis, pour une fois, lievait la Chambre) ; dans ce cas, la majorité politique à la Chambre des députés aurait pu aussitôt réviser la Constitution selon une procédure allégée, sans qu'il y avait lieu d'organiser de nouvelles élections (« la dissolution de plein droit » était évitée).

Enfin, une autre compétence, des plus inhabituelles, avait également été évoquée dans les années 1990. Le groupe de réflexion institué en 1993 au sein du Parti chrétien-social et présidé par Georges Marqué (avec Luc Frieden comme rapporteur pour les questions institutionnelles), avait envisagé que les juges ordinaires devaient renvoyer à la Cour constitutionnelle non seulement des questions relatives à la constitutionnalité d'une loi, mais aussi celles relatives à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle<sup>147</sup>. Inspiré de l'ancien art. 177 du traité CEE, un tel dessaisissement des juridictions ordinaires de leur prérogative d'interpréter la Constitution aurait marqué une méfiance particulièrement prononcée à l'égard de celles-ci. Doublement iconoclaste – par rapport à la tradition juridique luxembourgeoise et par rapport à la totalité des droits étrangers<sup>148</sup> –, cette proposition des chrétiens-démocrates est restée sans échos dans les débats ultérieurs<sup>149</sup>.

### C. Trois autres spécificités de la Cour luxembourgeoise : saisine, définition de la « Constitution » et effet des arrêts

Pour compléter l'image, il convient encore de présenter trois autres facettes de la solution luxembourgeoise de 1996-97 qui, à leur tour, illustrent la politique du minimalisme.

#### 1° Le mode d'accès quasi unique à la Cour pour le contrôle des lois : le renvoi préjudiciel

Au Luxembourg, à l'inverse de la très large majorité (voire de la totalité) des solutions à l'étranger, seules les juridictions ordinaires sont habilitées à saisir la Cour constitutionnelle, par renvoi préjudiciel, pour déclencher un contrôle d'une loi (art. 95ter § 2 Const.). Cela inclut toutefois, comme il a été vu, la possibilité d'une saisine de la Cour constitutionnelle par la Cour constitutionnelle agissant en tant que juge disciplinaire. À ce renvoi préjudiciel en quelque sorte « interne » s'ajoute encore la possibilité pour la Cour constitutionnelle, une fois qu'elle est valablement saisie d'une certaine loi (la « loi X ») par renvoi préjudiciel, d'exercer, par voie d'exception, un contrôle de constitutionnalité de toute autre loi qu'elle doit appliquer dans le cadre du procès. On peut dire que cela se rapproche aussi d'une auto-saisine, sans en être une au sens strict (ce serait le cas si, en observant la pratique des autres organes, la Cour constitutionnelle pourrait s'introduire dans le débat, en arguant d'un vice d'inconstitutionnalité qu'elle aurait détecté de l'extérieur). En revanche, et c'est ce qui fait le caractère restrictif de l'accès à la Cour constitutionnelle, celle-ci, lorsqu'elle contrôle la constitutionnalité de lois, ne peut être saisie :

- par une saisine facultative de la part d'organes politiques de l'État (chef de l'État, gouvernement, etc.), de la part de l'opposition au sein du parlement, de la part des chambres professionnelles, de la part de l'Ombudsman, de la part de représentants des communes ou encore, et surtout, de la part de particuliers (individus et/ou personnes morales de droit privé : associations, groupes de pression, entreprises, etc.) ;

- par une saisine obligatoire (« automatique ») de la part de tel ou tel organe de l'État :

<sup>146</sup> Lire, à ce sujet, l'exposé des motifs accompagnant la proposition, Doc. parl., n° 4154, p. 2 s.

<sup>147</sup> Doc. parl., n° 3881-1, p. 44 s.

<sup>148</sup> Un tel monopole serait allé même au-delà de la compétence de certains cours constitutionnelles étrangères qui, *in abstracto*, en dehors de tout litige concret portant sur la validité d'une norme ou d'un projet de norme, peuvent être saisies d'un recours en interprétation de la Constitution (voir *supra* le n° 1 dans la liste des compétences juridictionnelles).

<sup>149</sup> Une seule évocation, du reste très critique : P. Pescatore, « Cour constitutionnelle et démocratie : Sont-elles compatibles ? », *Letzburger Land*, 5 avril 1996, p. 11.

- par une auto-saisine au sens strict.

Pour être complet, mentionnons que la saisine de la Cour constitutionnelle, agissant en tant que juge disciplinaire, se fait exclusivement par le président de la Cour constitutionnelle.

#### 2° Une certaine vision *black letter* de la Constitution

L'article 8 de la loi de 1997, en ce qu'il exige de la juridiction de renvoi de citer « avec précision les dispositions [...] constitutionnelles sur lesquelles [la question préjudiciale] porte »<sup>150</sup>, réduit la Constitution à ses normes écrites, à l'exclusion de toute coutume constitutionnelle. Par rapport à l'étranger, une telle solution est peu surprenante ; c'est par rapport à une certaine culture politique luxembourgeoise que ressort le minimalisme, en partie paradoxal. Dans le milieu politique luxembourgeois d'antan, voire encore d'aujourd'hui, il n'est pas rare de voir justifier des écarts par rapport au texte de la Constitution luxembourgeoise – il est vrai, parfois très poussés –, faute d'avoir été méthodiquement adapté depuis le XIX<sup>e</sup> siècle – sur le fondement de « coutumes » ou « pratiques politiques » plus récentes et donc censées être plus modernes et raisonnables<sup>151</sup>. De ce point de vue, la présence de l'art. 8, qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'analyses et de débats approfondis lors de son adoption par la Chambre des députés, est assez paradoxale.

#### 3° Le régime relativement restrictif, et complexe, des effets des arrêts de la Cour

Ce qui nous intéresse ici, ce sont les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle est saisie sur le fondement de l'art. 95ter § 2 Const. Sur ce terrain, il faut distinguer deux aspects : d'une part, l'autorité attachée au dispositif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, dispositif qui a trait au sort de la loi contrôlée (b) ; d'autre part, l'éventuelle autorité attachée aux interprétations de la Constitution, et de la loi, que la Cour constitutionnelle développe dans les motifs de son arrêt afin de justifier la décision retenue (a). Il faut étudier d'abord ce dernier point (d'ailleurs plus facile à cerner), car il influe sur la solution du premier.

a) L'absence de valeur de précédent des interprétations de la Constitution et des lois développées par la Cour constitutionnelle

Il convient de remarquer que, sur ce point crucial, ni l'art. 95ter Const. ni la loi de 1997 n'ont attribué une quelconque valeur de précédent aux interprétations judiciaires développées par la Cour constitutionnelle dans la motivation de ses arrêts. Dans la Constitution luxembourgeoise, les seules interprétations dotées d'une autorité *erga omnes* sont celles qui résultent, en vertu de l'art. 48 Const., d'une « loi » (« L'interprétation des lois par voie d'autorité ne peut avoir lieu que par la loi »)<sup>152</sup>. Sur ce point, la solution luxembourgeoise ne peut pas être taxée d'originale ou même de minimaliste, car c'est aussi la solution la plus fréquente à l'étranger. Comme il a été vu, les cas dans lesquels une cour constitutionnelle peut être saisie (directement) en vue de délivrer une interprétation dotée d'une autorité absolue de chose jugée, constituent une minorité<sup>153</sup>. De même, le plus souvent, les interprétations développées par une cour constitutionnelle de manière incidente, dans le cadre du contrôle des différentes normes générales qui lui sont soumises (lois, traités, règlements, etc.), n'ont pas valeur de précédent (voir en ce sens, par ex., la controverse en France sur « l'autorité de la chose interprétée » des décisions du Conseil constitutionnel)<sup>154</sup>. La solution luxembourgeoise de 1996-97 s'inscrit dans le *mainstream* et aussi, du reste, dans le paradigme culturel « roman-germanique », et non de *common law*, qui, en matière

<sup>150</sup> Art. 8 « La question préjudiciale qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte ».

<sup>151</sup> L. Heuschling, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la colonne », *Paschiste luxembourgeois*, 2014, n° 2, p. 469-547.

<sup>152</sup> Dans le cas d'une interprétation de la Constitution, il faudrait une loi d'interprétation de la Constitution adoptée selon la procédure de l'art. 114 Const. Une telle pratique est assez fréquente en Grèce, elle n'a jamais existé jusqu'ici dans la pratique luxembourgeoise.

<sup>153</sup> Voir *supra* la liste des compétences juridictionnelles (n° 1, 2 et 3).

<sup>154</sup> Pour quelques rares exceptions (Espagne, Venezuela), voir G. Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *op. cit.*, p. 192 s.

judiciaire, a informé le droit luxembourgeois jusqu'à ce jour (cf. art. 5 Code civil et la définition constitutionnelle de la justice).

b) L'effet relatif « élargi » du dispositif des arrêts sur les dispositions légales contrôlées

Concernant l'effet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise sur la ou les disposition(s) législative(s) contrôlée(s), le législateur de 1997 n'a pas retenu, en cas d'inconstitutionnalité, la solution la plus restrictive qui soit : l'arrêt n'aurait qu'une simple valeur déclarative, sans impact aucun sur la validité ou l'application de la loi ; l'arrêt ne vaudrait que simple information au parlement à qui il reviendrait, librement ou obligatoirement, d'agir sur la norme déclarée inconstitutionnelle<sup>155</sup>. Une telle solution aurait été perçue comme grotesque et n'a pas été évoquée en 1996-97. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une ou plusieurs dispositions de la loi par la Cour constitutionnelle déclenche, à l'égard de la juridiction a quo et de toutes les autres juridictions ordinaires amenées à traiter par la suite le même litige (en appel, etc.), l'interdiction légale d'appliquer les dispositions concernées dans cette affaire (art. 15 loi 1997)<sup>156</sup>.

L'autorité attachée au dispositif va, toutefois, plus loin que le classique effet *inter partes*. En jurisprudence et en doctrine, il est question, à ce sujet, de « l'effet relatif élargi »<sup>157</sup>. Cette formule n'est toutefois pas parfaitement claire : car jusqu'ou – à l'égard de qui – est étendue l'autorité du dispositif d'un arrêt de la Cour constitutionnelle ? Deux perspectives sont à évoquer et à creuser : à l'égard des instances d'application de la loi (juges et administrations) d'une part (aa) ; à l'égard des instances chargées de l'élaboration et adoption des lois (Grand-Duc, Chambre des députés, Conseil d'Etat) d'autre part (bb). Il en ressortira que l'effet, complexe, se situe quelque part entre l'effet relatif et un effet général au plein sens du terme.

aa) À l'égard des organes chargés de l'application de la loi : selon la loi de 1997, les juridictions ordinaires, dans des affaires ultérieures distinctes, sont « dispersées » de l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, si, entre autres motifs, la Cour constitutionnelle « a déjà statué sur une question ayant la même objet » (art. 6 al. 2 point c). La loi n'a pas précisé le sens exact de ce dernier énoncé, mais il me semble qu'il véhicule deux conséquences, selon que la Cour constitutionnelle a conclu à la constitutionnalité ou à l'inconstitutionnalité de la loi. Au cas où la Cour constitutionnelle aurait déjà, par rapport à tel grief d'inconstitutionnalité, admis la constitutionnalité de telle disposition législative, et que, lors d'un litige ultérieur pendant devant une juridiction ordinaire, l'une des parties invoquerait à nouveau le même grief d'inconstitutionnalité, la juridiction ordinaire saisi, pour ne pas retarder inutilement la procédure, et à condition que le cadre constitutionnel n'ait pas changé entre-temps (du à une révision ou à une norme internationale jouissant d'un rang supra-constitutionnel), peut choisir<sup>158</sup> d'appliquer la loi, sans opérer un renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle. À cette première conséquence, qui avait été clairement évoquée lors des débats de 1997<sup>159</sup>, s'ajoute une seconde conséquence qui, bien qu'elle n'ait jamais été évoquée dans les travaux préparatoires, et que son rôle dans la pratique n'a pas encore été élucidé pour l'instant, est néanmoins clairement consacrée dans le texte de l'art. 6 de la loi de 1997. Il se peut en effet que la Cour constitutionnelle ait « déjà statué sur une question ayant la même objet » (art. 6), en ayant cette fois-ci admis

<sup>155</sup> Voir, en ce sens, le système des « déclarations d'incompatibilité » que peuvent émettre, en vertu du *Human Rights Act 1998* (section 4), les juridictions supérieures britanniques à l'égard des lois adoptées par le Parlement britannique, étant précisé que celui-ci, en vertu du HRA, est libre de réagir ou non.

<sup>156</sup> Cette obligation n'est toutefois pas toujours respectée. Voir J. Gerkrath, « L'obligation du juge "a quo" de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle », *Festschrift luxembourgeoise*, 2012, p. 473-511.

<sup>157</sup> J. Gerkrath, « Compétence et recevabilité des questions préjudiciaires », *op. cit.*, p. 18 et la contribution de F. Dalponte dans le présent volume.

<sup>158</sup> La formule « est dispersée » (art. 6 al. 2) ne signifie pas qu'il est du coup interdit à une juridiction ordinaire de saisir la Cour constitutionnelle ; elle n'est plus sous une obligation et a désormais le choix de saisir ou de ne pas saisir la Cour (en ce sens déjà l'avis du Conseil d'Etat du 28 mars 1997, doc. parl. n° 4218-2, p. 7). L'autorité « élargie » des arrêts de la Cour constitutionnelle dépend donc de la décision de chaque juridiction ordinaire.

<sup>159</sup> Doc. parl. n° 4218, p. 7 s, et doc. parl. n° 4218-2, p. 6.

*l'inconstitutionnalité* de telle disposition législative par rapport à tel grief d'inconstitutionnalité. Dans ce cas, la juridiction ordinaire saisie d'un litige ou se pose à nouveau, dans le même cadre constitutionnel, la question de la constitutionnalité de cette disposition législative, est à son tour dispensée de saisir la Cour constitutionnelle. Autrement dit, la juridiction ordinaire concernée est autorisée<sup>160</sup> à ne pas appliquer cette disposition législative, sans devoir opérer un nouvel renvoi. L'extension de l'effet du dispositif de la Cour constitutionnelle dépend donc des juridictions ordinaires qui peuvent choisir, librement, de l'étendre ou de ne pas l'étendre. L'arrêt de la Cour constitutionnelle est donc investi d'un effet « généralisable » (extensible) ou, si l'on observe le phénomène dans la perspective d'un oiseau, d'un effet « général à géométrie variable », dépendant du bon vouloir de chaque juge, étant précisé que les seuls organes autorisés à élargir l'effet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle sont les juridictions, à l'exclusion de tous les autres acteurs chargés de l'application du droit.

Il convient en effet de remarquer que la loi de 1997, en son art. 6, n'investit que les juridictions du droit de généraliser éventuellement l'effet d'un arrêt de la Cour constitutionnelle. Les autres autorités publiques chargées de l'application (les divers services et multiples administrations étatiques, communales, etc.) sont, elles, toujours tenues – en vertu de la conception classique de la séparation des pouvoirs attribuée jusqu'ici à la Constitution luxembourgeoise – d'appliquer une loi, même si celle-ci a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle à la suite d'un litige particulier, et que les/des juridictions ordinaires décident même d'étendre l'effet de cette déclaration d'inconstitutionnalité. On conviendra que cet état du droit positif n'est pas très satisfaisant puisque tous les organes administratifs de l'Etat et des communes devront appliquer une loi dont ils savent pourtant, suite à la lecture du Journal officiel, qu'elle a été déclarée inconstitutionnelle, avec effet *inter partes*, par la Cour constitutionnelle et que des/les juridictions ordinaires ont refusé ou peuvent refuser dans l'avenir, en cas de saisine, d'appliquer la loi concernée. Le résultat sera un fonctionnement en quelque sorte dédoublé, pour ne pas dire schizophrénique, du système juridique luxembourgeois, la même loi étant d'un côté appliquée (obligatoirement) par l'administration et, de l'autre, inappliquée éventuellement par la justice. Face à un tel imbroglio, se pose la question de l'attitude du législateur : que prévoit le droit luxembourgeois à son égard ?

bb) La question d'une extension encore plus importante de l'effet relatif du dispositif d'un arrêt de la Cour constitutionnelle doit être analysée également à l'égard des organes chargés de l'élaboration et adoption des lois. Ce point est assez délicat à décortiquer. Commençons par noter qu'il est admis par tous qu'aucune norme juridique en vigueur (art. 95bis Const ; loi de 1997) n'habilite la Cour constitutionnelle luxembourgeoise ni à déclarer la nullité *ab initio* des dispositions législatives déclarées inconstitutionnelles par elle ni, plus modestement, à les abroger *ex nunc* (à la date de l'arrêt) ou *pro futuro* (à une date future). De tels effets *erga omnes* ne sont pas prévus, ce qui illustre le minimalisme de la solution luxembourgeoise de 1996-97 (à l'étranger, de nombreuses cours, mais non la totalité, disposent d'une telle prérogative : la décision de la cour, bien qu'elle soit née d'un litige concret car à la suite d'un renvoi préjudiciel, déploie un effet *erga omnes*<sup>161</sup>). L'arrêt de la Cour constitutionnelle déclarant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative déclenche-t-il, au moins, une obligation à l'égard du Grand-Duc et de la Chambre des députés d'initier et d'adopter une loi abrogeant les dispositions inconstitutionnelles de la loi ou, à tout le moins, de réviser la Constitution s'ils ne veulent changer la loi ? Existe-t-il une obligation d'harmoniser le contenu de ces deux strates normatives ?

Il est certain que les différents arrêts de la Cour constitutionnelle concluant à l'inconstitutionnalité d'une loi n'évoquent, ni dans les motifs ni dans le dispositif, une telle obligation<sup>162</sup>. Il est certain aussi qu'il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de créer, de

<sup>160</sup> Voir la note 158. Si une juridiction ordinaire choisit de ne pas se servir de cette compétence de non-application de la loi consacrée dans l'art. 6 de la loi de 1997, elle doit, dans ce cas, saisir la Cour constitutionnelle. Le principe de l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle s'applique alors à nouveau.

<sup>161</sup> Pour un bref aperçu, voir G. Tussau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », *op. cit.*, p. 188 et du même auteur *Contre les "modèles" de justice constitutionnelle*, *Essai de critique méthodologique*, Bononia UP Bologna (Italie), 2009, p. 47 s.



manière générale et par voie prétorienne, une telle obligation. La question est de savoir si la Constitution elle-même comporte, de manière explicite ou implicite, une telle obligation pesant sur les organes politiques investis de la compétence législative. En doctrine, Jörg Gerkrath a nié une telle obligation comme s'il s'agissait d'une évidence<sup>163</sup>. Les textes, il est vrai, ne comportent aucun article énonçant, noir sur blanc, une telle obligation. Il reste toutefois à creuser la thèse d'une éventuelle consécration implicite, à travers le nébuleux « principe » de la « suprématie de la Constitution ».

La Constitution ne comporte aucun article proclamant de manière directe la « supériorité » de la Constitution et, en effet, de manière plus ou moins systématique, ses répercussions (ce principe se décline, en effet, en plusieurs normes plus concrètes). Il y a l'art. 114 Const., mais celui ne définit pas, de manière générale, la supériorité de la Constitution. Selon d'autres articles (art. 5, 32, 57 Const.), les députés et le grand-duc (individu) s'engagent, lors de leur investiture, à « respecter la Constitution » dans l'exécution de leurs missions, parmi lesquelles il y a la mission de faire (et de défaire) les lois. N'est-ce pas dire que les organes « Grand-Duc » et « Chambre des députés » sont obligés, lorsqu'ils proposent de nouvelles lois, de proposer et d'adopter des textes qui sont conformes à la Constitution ? Tout le monde en conviendra. Or de cette première conclusion découle une seconde, à savoir que ces mêmes organes législatifs sont obligés, en vertu du respect dû à la Constitution, d'adapter les lois existantes s'il s'avère, suite à une révision ou à la découverte rétrospective de leur propre méconnaissance du droit constitutionnel en vigueur, que les lois existantes ne sont pas/plus conformes à la Constitution. Le Grand-Duc (à travers son droit d'initiative), la Chambre des députés (à travers l'initiative et le vote des lois) ainsi que le Conseil d'État (à travers ses éventuelles initiatives, ses commentaires sur les projets et propositions d'autrui et son refus de la dispense du second vote) doivent veiller à ce que, à tout moment, la stratie des lois soit conforme à la stratie des normes constitutionnelles<sup>164</sup>.

Il faut toutefois aussi considérer que la déclaration d'une inconstitutionnalité est le fruit d'une interprétation et de la Constitution et de la loi évaluée. Il y a des cas où le choix d'une autre méthode d'interprétation aurait débouché sur une autre conclusion quant à la conformité de la norme inférieure par rapport à la norme supérieure. En droit luxembourgeois, comme il a été vu *supra*, la Cour constitutionnelle n'a pas la compétence d'imposer de manière générale aux autres organes son interprétation d'une norme, en particulier d'une norme de la Constitution ; tous les organes, y compris la Chambre des députés, ont la compétence d'interpréter librement la Constitution. Donc, même s'il est clair que le législateur est sous une obligation constitutionnelle implicite de veiller à l'harmonie des lois par rapport à la Constitution, c'est à la Chambre des députés qu'il revient, dans son ressort, d'interpréter les exigences de la Constitution.

Si plusieurs interprétations de la Constitution sont en soi possibles, un autre organe (même juridictionnel) ne peut imposer à la Chambre des députés sa propre interprétation, à moins d'y être habilité en droit : or ce n'est pas le cas ni pour la Cour constitutionnelle, ni, d'ailleurs, pour le Conseil d'État. La Chambre des députés est donc en droit de refuser d'arbitrer la ou les dispositions législatives critiquées par la Cour constitutionnelle, au risque toutefois de provoquer de nouveaux renvois préjudiciels à la Cour et/ou des extensions, par des juridictions ordinaires, de l'effet de la première déclaration d'inconstitutionnalité de la Cour. En pratique, il se pourrait donc que la Cour constitutionnelle déclare une loi inconstitutionnelle, qui, du coup, pourrait ne plus être appliquée par les juridictions ordinaires

<sup>163</sup> Voir, par ex., l'arrêt n° 99/13 du 7 juin 2013, *Mém.*, n° 111, p. 1610, où la Cour constitutionnelle est confrontée à un cas d'inaction du législateur après une première déclaration d'inconstitutionnelle de l'art. 380, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil en 1999 (arrêt n° 7/99). En 2013, la Cour se contente de noter cette inaction, et à réaffirmer l'inconstitutionnalité de cet article, sans formuler aucun reproche à l'égard des organes législatifs.

<sup>164</sup> J. Gerkrath, « Compétence et responsabilité des questions préjudiciaires », *op. cit.*, p. 18 (« Force est de constater qu'il lie le législateur d'un est pas tenu »). En ce sens aussi : N. Kühn, E. Rousseaux, *op. cit.*, p. 468.

<sup>165</sup> Pour un aperçu de la pratique de la majorité politique qui, tantôt change la Constitution, tantôt adapte la législation, tantôt reste inactive, voir la réponse du ministre de la Justice Félix Braz à la question parlementaire du député Roy Reding (question parlementaire

ainsi que, dans leur sillage, par les autorités chargées de l'exécution des jugements et que, de l'autre, en amont, les instances administratives doivent continuer, de manière générale, à appliquer cette loi que, du reste, la Chambre des députés se refuse, à bon droit, d'adopter. Un arrêt de la Cour constitutionnelle ne déclenche donc pas automatiquement l'obligation du législateur d'harmoniser les deux strates de la hiérarchie des normes, du moment que plusieurs interprétations sont possibles. En revanche, si l'inconstitutionnalité telle que déclarée par la Cour constitutionnelle est fondée sur une interprétation incontestable, et que la Chambre des députés ne peut y opposer aucun argument juridique valable (c'est-à-dire aucune autre interprétation de la Constitution), la Chambre des députés doit agir : elle doit abroger la loi, car le refus reviendrait de sa part à nier tout simplement la Constitution.

Le relatif minimalisme de la solution luxembourgeoise de 1996-97 étant décrié en ses cinq éléments – la composition de la Cour, son champ de compétence, ses modes de saisine, la définition de la Constitution et l'effet relatif, quoiqu'extensible, des arrêts de la Cour –, il reste à présent à s'interroger sur ses raisons d'être.

## II. Le double sous-bassement culturel de ce minimalisme

Comment a été justifié, en 1996, lors du débat sur la révision, le minimalisme de la solution luxembourgeoise ? La réponse à cette question n'est pas sans soulever quelques problèmes de méthode. 1. Il s'agit d'une décision collective, à laquelle ont participé une pluralité d'acteurs (luxembourgeois et non-luxembourgeois<sup>165</sup>), et qui est le fruit d'une pluralité de facteurs, structurels, voire conjoncturels. 2. Il y a le problème des silences. Les procès-verbaux des réunions de la CIRCO sur les deux dossiers n° 4153 et n° 4218 n'ont pas été rendus accessibles sur le site internet de la Chambre des députés ; or, au Luxembourg, c'est dans les commissions qu'ont lieu la négociation et le polissage des solutions que la Chambre des députés, en formation plénière, se contentera d'avaliser. Comme la richesse des compétences des cours constitutionnelles à l'étranger a été étrangement absente des débats en 1996, les acteurs pouvaient en partie s'abstenir de justifier leur minimalisme. 3. Si l'on s'en tient aux diverses justifications axiologiques mises en avant dans les discours officiels, il est difficile rétrospectivement d'en évaluer le poids respectif réel. Ainsi, le minimalisme a été justifié, entre autres, et ce de manière explicite<sup>166</sup>, par le souci de préserver les finances de l'État dans un pays qui, pourtant, était loin, et est loin, d'être pauvre. Ce type d'argument financier, qu'on peut rencontrer aussi dans des pays étrangers dont la situation budgétaire est autrement plus délicate<sup>167</sup>, avait-il un impact décisif dans les choix d'ordre constitutionnel des élus luxembourgeois ? De même, il y avait une série de discussions balançant avantages et inconvénients de tel ou tel mode de contrôle (abstrait v. concret) pour, au final, aboutir à la solution que l'on connaît. Le contexte institutionnel luxembourgeois, en particulier le rôle attribué au Conseil d'État au titre de « gardien de la Constitution », a, visiblement, pesé dans le rejet de mécanismes de contrôle *a priori*. Le paradigme, si spécifique au Luxembourg, de la primauté du droit international sur tout le droit national, y compris la Constitution, a justifié l'exclusion de tout contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités<sup>168</sup> ; en revanche, il ne pouvait justifier l'exclusion de tout contrôle *a priori*. Au-delà de, et parfois derrière, ces arguments plus précis, d'allure technique, il y avait aussi des facteurs culturels, liés à la représentation que les acteurs politiques clés se faisaient de la chose publique. Ce sont ces arguments qui, à mon avis, ont le plus lourdement pesé.

L'analyse des débats politiques de l'époque permet d'identifier deux discours révélateurs d'une certaine culture politique luxembourgeoise qui est marquée, d'une part, par une extrême prudence en matière de révisions (A) et, d'autre part, par des réserves, parfois

<sup>165</sup> Je fais référence au professeur belge Francis Delpeete qui revendique une certaine paternité dans la création de la Cour constitutionnelle luxembourgeoise.

<sup>166</sup> Voir *supra* note 50.

<sup>167</sup> L'enjeu financier figure dans la typologie des causes établie par G. Tusseau, « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité... », *op. cit.*, p. 16. Il cite des exemples en Afrique.

<sup>168</sup> Voir doc parl. n° 4153, p. 4.

énoncées de manière frontale, à l'égard du nouveau discours axiologique de « l'État de droit », qui de l'Allemagne, et de l'UE, a également infiltré le débat public au Luxembourg (B). L'art. 95ter Const. est, pour l'essentiel, le résultat de cette double méfiance.

#### A. La méfiance vis-à-vis de toute révision vaste et ambitieuse

##### 1° La tradition luxembourgeoise : ne faire que les révisions « vraiment indispensables »

Dans le passé, au Luxembourg, dès qu'il s'agissait de réviser le texte de la Constitution, surgissait, comme une sorte de réflexe (non pas inné, mais socialement construit), une sourde opposition. Au sein d'une société globalement assez conservatrice, et d'un monde politique dominé de manière presque interrompte depuis 1919 par le parti conservateur, les voix les plus autorisées en matière de droit constitutionnel adoptaient de manière récurrente, face à des appels au changement, une posture de réticence, voire d'hostilité. Alors même que le texte de la Constitution luxembourgeoise de 1868 était l'un des plus vieux en Europe, toute modification était, de prime abord, vue par la majorité de l'élite luxembourgeoise avec suspicion, comme si, par nature, un changement en droit constitutionnel (mais non dans d'autres branches du droit bien plus évolutives : droit bancaire, droit fiscal, etc.) était voué à nuire davantage à la communauté politique qu'à lui apporter des bénéfices.

Ainsi, la banalisation à la fois des déclarations de révisabilité et des lois de révision à partir des années 1970 a été perçue par Pierre Mejerus non pas comme le signe – en soi peu surprenant dirions-nous aujourd'hui – d'un retard accumulé depuis des décennies en matière de réécriture du texte de 1868, et donc comme un signal positif, mais, au contraire, comme une menace qu'il fallait conjurer. Selon cet auteur, proche du CSV, et auteur d'un manuel qualifié par d'autres de « bible » du droit public luxembourgeois, il fallait « *approcher* tous ces problèmes. Les défis nouveaux posés aux organes de révision ont un maximum de *circospection* »<sup>168</sup>. Selon le groupe de réflexion sur la révision de la Constitution établi au sein du parti chrétien-social en 1994, il ne convenait d'apporter au texte de 1868 que les modifications qui étaient « *vraiment indispensables* »<sup>170</sup>. En 1994, le Conseil d'État réitérait « *avec insistance* » un propos déjà tenu en 1956, à savoir qu'il était recommandé « *de limiter la réforme constitutionnelle à un minimum, inspiré en cela par la prudence traditionnelle qui n'a cessé de guider nos Constitutions. (...) Il est inopportun de s'aventurer dans l'inconnu en consacrant par des textes formels des dispositions qui ne se sont pas imposées par d'irréductibles nécessités ou qui, issues de théories controversées, voire de contingences particulières, n'ont pas subi l'épreuve du temps suffisant pour être dotées de la rigidité constitutionnelle* »<sup>171</sup>. Même un auteur libéral comme Alex Bonn, pourtant favorable au progrès en matière de droit constitutionnel, mettait en garde devant une « *Charte futuriste, présentant des institutions inédites et dont l'expérience resterait à faire* »<sup>172</sup>.

Avec un tel degré d'exigence, en particulier si l'expérience nécessaire doit être nationale et non étrangère, il est, par définition, impossible d'innover en droit constitutionnel : car, avant de pouvoir créer au Luxembourg une cour constitutionnelle, il faudrait déjà disposer, au Luxembourg, d'une telle cour, et en avoir éprouvé les mérites et les défauts... « Il vaut mieux en faire moins, qu'en faire trop » : voilà comment, en langage familier, l'on pourrait résumer la quintessence de cet état d'esprit conservateur, sceptique, dubitatif, qui, certainement, était aussi lié au fait que, jusqu'en 2003, toute révision impliquait en principe, en vertu de l'ancien art. 114 Const., une « dissolution de plein droit » de la Chambre des députés (ce qui, évidemment, n'encourageait guère les députés à adapter régulièrement le texte de la Constitution). À cela s'ajoutait le fait que les acteurs politiques, jusque-là, s'accommodaient

<sup>168</sup> P. Mejerus, *L'Etat luxembourgeois*, 6<sup>e</sup> éd., Esch, Editpress, 1990, p. 42. Lire les longs développements sur les révisions, p. 40 ss.

<sup>169</sup> Doc. parl. n° 3881-1, propositions du CSV de 1994 en vue de la révision de la Const. p. 2.

<sup>170</sup> Avis du Conseil d'État, 6 mai 1994, entre autre sur les projets n° 9685, 9686 et 391-4, p. 2.

<sup>172</sup> A. Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, op. cit., p. 51 (Conclusion). À mettre en balance avec le propos tenu en introduction, *ibid.*, p. 6 : « Les idées nouvelles, en droit public comme dans tout autre domaine, doivent être saluées et appréciées selon leurs mérites ».

fort bien du jeu complexe dû à l'écart entre, d'un côté, un texte constitutionnel figé et, de l'autre, une pratique politique et législative évolutive.

Une telle posture archi-classiciste, en matière de révision, ne se retrouve point chez nos voisins proches, que ce soit en France (où, au contraire, prévaut la tendance inverse à vouloir tout remettre en cause, selon le leitmotiv : Vive la V<sup>e</sup> République !) ou en République fédérale d'Allemagne (au niveau fédéral, la *Grundgesetz* de 1949 est modifiée en général, une fois par an : en 2018, nous en sommes à la 62<sup>e</sup> loi de révision, celle du 13 juillet 2017)<sup>174</sup>. Cet état d'esprit luxembourgeois autorisait tout au plus à créer une cour constitutionnelle à *minimum*, en réaction à des exigences impérieuses, pour ensuite, éventuellement, en élargir le rôle. Or quelle était la contrainte majeure à la fin des années 1990 ?

##### 2° La contrainte impérieuse en 1996 : réagir au *spillover* effect de la jurisprudence Paganì

Qu'est ce qui, en 1996, appelait de manière impérieuse, de la part des organes de révision, une action ou plutôt : une réaction ? À cet égard, une donnée me paraît cruciale : alors même que le système juridique luxembourgeois est connu pour son ouverture à l'égard d'emprunts de modèles étrangers, la révision de 1996 n'est pas, pour l'essentiel, une réaction à l'évolution étrangère voyant l'écllosion, dans un nombre croissant de pays, voisins ou lointains, de cours constitutionnelles<sup>175</sup>. Car, il est frappant de voir qu'à cette époque, mis à part quelques références furtives et partielles, les acteurs politiques luxembourgeois se sont assez peu intéressés aux cours constitutionnelles étrangères et à ce qui en constitue un trait saillant, à savoir la grande pluralité de leurs fonctions, pluralité que même l'expert étranger, le professeur belge Francis Delpèrre, de façon assez surprenante, avait presque entièrement éclipsées dans son avis. La Cour constitutionnelle est, pour l'essentiel – c'est la thèse que je voudrais défendre ici –, un produit *« fait maison »* : sa création s'inscrit dans le sillage d'une certaine évolution jurisprudentielle luxembourgeoise telle que perçue, à l'époque, par les acteurs politiques. Pour le dire de manière encore plus nette et concise : le nouvel art. 95ter Const. est la réponse à *minimum*, et assez tardive, de la coalition CSV-LASAP par rapport aux effets collatéraux de la célèbre « jurisprudence Paganì ». Celle-ci, comme chacun sait, a fondé le contrôle de la conventionnalité des lois par toutes les juridictions : or ce raisonnement judiciaire commençait à développer un *spillover* effect, en débordant sur la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Revenons en effet, rapidement, à la préhistoire de la révision de 1996. Alors que, au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le débat doctrinal et politique portant directement, et officiellement, sur l'instauration d'un éventuel contrôle de la constitutionnalité des lois ne se développait que de manière lente et saccadée<sup>176</sup>, la jurisprudence dite « Paganì » a constitué, dès le début des années 1950, en sous-main, un puissant facteur favorable au contrôle de constitutionnalité, même si la plupart des acteurs n'en ont pas eu immédiatement conscience

<sup>173</sup> <https://www.burdestatg.de/dokumentier/parlamentsarchiv/datehandbuch/13>

<sup>174</sup> On retrouve un tel conservatisme en matière de révision, en revanche, en Norvège, où le texte de 1815, du fait de son lien intime avec la proclamation de l'indépendance du pays (la Constitution de 1815 est l'acte de naissance juridique de l'État norvégien, jusqu'à être abrogé dans le Royaume de Danemark), a pris une telle valeur symbolique qu'il serait quasiment sacrilège d'y toucher. Voir K. Gammeliang, E. Holmoyvik (dir.), *Writing Democracy. The Norwegian Constitution 1814-2014*, Bergahn, New York, 2015.

<sup>175</sup> Ce facteur est parfois cité comme l'une des causes de création de cours constitutionnelles. Voir A. Harding, P. Leyland, T. Groppel, « Constitutional Courts... », op. cit., p. 14.

<sup>176</sup> Dans la littérature scientifique, voir notamment : A. Huss, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois, travaux des V<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 145 ss ; A. Bonn, « La révision de la constitutionnalité des lois », *Pasicrisie*, t. 22, 1973, p. 1-23 ; A. Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, imprimure centrale, Luxembourg, 1978 ; les actes du colloque « Révisions nous vers le contrôle de la constitutionnalité des lois ? » de 1978 publiés dans le n° 44, 1979, de la *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, p. 7-41 ; L. Frieden, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Luxembourg, Bil, 1987, p. 44 s ; Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques (Id), *Réflexions sur la réforme de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, 1988 ; J.L. Gonner, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 72, 1989, p. 25 ss ; G. Ravarani, « La responsabilité civile de l'Etat et des collectivités publiques », *Pasicrisie*, vol. 28, 1992, p. 212 ss ; Institut grand-ducal, Section des sciences morales et politiques (Id), *Le traité de l'Union européenne et la Constitution du G.D. de Luxembourg*, Luxembourg, IGD, 1993 (contributions de E. Waegner, L. Frieden, H. Etienne, R. Schaeckl ; C. Sauer, *Le contrôle juridictionnel de conventionnalité et de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, thèse dectyl, en droit, Université du Luxembourg, 2018, p. 153 ss.

ou, à tout le moins, n'en ont pas tiré des conséquences<sup>177</sup>. Ce n'était pas un « coup de pied dans la fourmière », aux effets brutaux et visibles par tout le monde. La digue n'a pas, aussitôt, cédé. Il s'agissait plutôt d'un phénomène subversif lent et invisible, mais aux effets corrosifs redoutables qui, un jour, allaient transparente au grand jour. C'était une évolution (mentale) en profondeur, c'était les fondations de la digue qui étaient attaquées. Pour utiliser encore d'autres métaphores : à partir du début des années 1950, le ver était dans la pomme, les termites étaient dans la maison... À l'instar de ce qui est arrivé dans certains pays étrangers, l'auto-reconnaissance par les juges luxembourgeois ordinaires du contrôle de la conventionnalité des lois a joué le rôle de « catalyseur » dans la déconstruction (la dissolution intellectuelle) d'une jurisprudence traditionnelle qui, depuis 1877<sup>178</sup>, dans le silence du texte constitutionnel de 1868 et de ses ancêtres, rejetait tout contrôle de la constitutionnalité des lois. Car une fois que toutes les juridictions, judiciaires et administratives, de tous les niveaux, se reconnaissent, et ce dans le silence du texte de la Constitution, la compétence de vérifier *in concreto* la conformité des lois aux traités – ce qui confère aux juges un tout nouveau rôle au sein de la Cité<sup>179</sup> –, la traditionnelle « norme » du refus du contrôle de constitutionnalité avait du plomb dans l'aile. Cette « norme » n'était que le résultat d'une simple jurisprudence, i.e. d'une certaine interprétation de la Constitution. Elle était fragilisée de deux manières, *in crescendo*. Soit, au mieux, cette « norme » (i.e. habitude d'interprétation) était maintenue par les juges dans leurs arrêts et décisions, mais elle semblait de plus en plus « bizarre »<sup>179</sup>, absurde et schizophrène (car ce qui était autorisé au juge au titre du contrôle de conventionnalité, lui était interdit sur la plan de la constitutionnalité, alors que les traités et la Constitution pouvaient avoir le même contenu normatif). Soit, au pire, cette « norme » (qui n'était qu'une simple habitude sociale, la jurisprudence n'étant pas, au Luxembourg, une source de normes juridiques générales) était tout simplement abandonnée : les juristes et juges ordinaires sautaient le pas, en réinterprétant les non-dits du texte de la Constitution, en particulier de son article 95.

Du côté de la doctrine, plusieurs figures éminentes ouvraient la voie<sup>180</sup>. Du côté des juges, la digue du refus traditionnel de tout contrôle de constitutionnalité des lois a tenu assez longtemps. Théorisé en 1877 par la Cour de cassation, afin d'ailleurs – détail piquant – de protéger (immuniser) en l'espace un traité et le droit dérivé de ce traité (rangés au même niveau qu'une loi, du fait de l'existence de la loi autorisant la ratification du traité<sup>181</sup>), le refus du contrôle de constitutionnalité des lois s'est perpétué au Luxembourg jusqu'à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Un premier inflexionnement, marginal et sans effet juridique, était apparu en 1955, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant admis, à titre de simple *obiter dictum*, la

<sup>177</sup> La même Cour de cassation qui a jugé l'affaire Paganì a réaffirmé dans les années 1950, à plusieurs reprises, sa position traditionnelle de refus d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. V. les arrêts cités par A. Bonn, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 11 note 29. En même temps, en 1955, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dans l'affaire *Limpach c. Eregendence* (n° 6925, 23.12.1955, publié dans la *Feuille de liaison de la Conférence St. Yves*, n° 44, 1979, p. 37 ss. ; à noter : l'avocat du demandeur était Georges Marique, qui, par la suite, deviendra l'éménageur grise du CSV en matière de droit constitutionnel et présidera la CIRCO, à bien sûr le pas dans un *obiter dictum*, en s'appuyant notamment sur le basculement opéré par Paganì. Du côté de la doctrine, Tony Bleier, dès 1957 (« De l'irresponsabilité de l'État législateur », *Conseil d'État 1856-1956. Lure jubilaire*, Luxembourg, 1957, p. 459 s), estimait que le revirement Paganì avait ouvert la voie à un revirement en matière de contrôle de constitutionnalité. Idem, en 1973, A. Bonn, « Le contrôle... », *op. cit.*, p. 13. « Dans nos pays, c'est surtout l'évolution jurisprudentielle sur l'effet des traités internationaux qui a incité les juges à repenser le problème de la constitutionnalité des lois ». On notera toutefois que Bonn ne va pas, comme Bleier, jusqu'à arguer que les juges eux-mêmes pourraient opérer ce basculement. Il faudrait, selon lui, une loi, voire idéalement une révision de la Constitution (*ibid.*, p. 25). En revanche, Alphonse Huss, ancien procureur général d'État, s'opposait en 1973 à un *arrangement* entre les deux questions de la conventionnalité et de la constitutionnalité des lois (*op. cit.*, p. 154 s).

<sup>178</sup> Cour de cassation, arrêt du 14 août 1877, *Kirsch c. Direction générale impériale des chemins de vers d'Alsace-Lorraine*, *Pascriste lux.*, t. 1 (1874-1880), p. 373 ss.

<sup>179</sup> L'adjectif est d'Alex. Bonn, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>180</sup> Voir les auteurs cités dans la note 177 et aussi, plus tard, P. Bennis, « Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire », *Feuille de liaison de la Conférence St. Yves*, 1979, n° 44, p. 20 ss. et *ibid.*, p. 30 s, 33 et 37. Les interventions dans le débat de G. Marique, E. Arent et P. Pascatore, J.L. Gommer, *op. cit.*, p. 31 s. F. Schockweiler, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Letzeburger Land*, 24 septembre 1993, p. 8 s, obs. A. Weizel, observations sous Tribunal de paix de Luxembourg, 4 octobre 1993, sous C. Administration communale de Stensel, *Bulletin des droits de l'homme*, vol. 1, 1993, p. 120 s. Pour la jurisprudence, voir *infra*.

<sup>181</sup> Voir L. Heuschling, « Les origines au 19<sup>e</sup> siècle du rang supra-constitutionnel des traités... », *op. cit.*, p. 178 s.

possibilité d'un tel contrôle<sup>182</sup>. Mais, à partir des années 1980, des fissures plus nombreuses et sérieuses apparaurent.

À ce moment, la plupart des pays voisins qui avaient admis le contrôle de conventionnalité des lois avaient également prévu une solution, plus ou moins satisfaisante, en matière de contrôle de constitutionnalité des lois : en France, le Conseil constitutionnel existait depuis 1958 et voyait son rôle se renforcer à partir de 1974 (en 1975, le contrôle de conventionnalité devenait opérationnel du côté des juridictions judiciaires) ; en Belgique, le contrôle de conventionnalité avait débuté avec l'affaire Le Ski (1971) ; en 1974, dans le fameux arrêt *Lecompte* du 3 mai 1974, la Cour de cassation belge esquissait un petit pas vers un contrôle de constitutionnalité diffus ; en 1980/89, la Cour d'arbitrage voyait le jour dans le cadre, aussi et surtout, de la fédéralisation de la Belgique<sup>183</sup>. Dans ces pays, la pression qu'exerçait l'admission du contrôle de conventionnalité sur la question du contrôle de la constitutionnalité des lois était évacuée, au moins en partie. Ce n'était qu'aux Pays-Bas, en Suisse, et au Luxembourg qu'une telle « soupape de sécurité » faisait totalement défaut. Au Grand-Duché, à partir des années 80 et surtout 90, certaines juridictions judiciaires et le Conseil d'État, en tant que juge administratif, ont sauté le pas et ont admis, par voie d'exception, de contrôler une loi, tantôt au regard d'une norme de référence ancrée à la fois dans la Constitution et dans un traité, tantôt au regard d'une seule disposition de la Constitution<sup>184</sup>. Dans certains cas d'espèce, elles sont allées jusqu'à refuser d'appliquer, en l'espèce, la loi contrôlée. Une première décision de non-application d'une disposition légale a été rendue en 1986<sup>185</sup>, mais c'est une décision du juge de paix de Luxembourg de 1993<sup>186</sup>, refusant d'appliquer l'article 9 de la loi électorale modifiée de 1924, contraire à la fois à la Constitution (art. 11) et à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, qui a le plus marqué l'esprit des acteurs politiques. La décision a été citée à diverses reprises dans les débats à la Chambre des députés.

Les élus qui restaient irréductiblement et ouvertement sceptiques à l'égard d'un tel contrôle juridictionnel – à ce moment, ils se comptaient surtout au sein du parti socialiste<sup>187</sup> – ont dû se rendre à l'évidence : la bataille de la « souveraineté du parlement » était perdue ou en train de l'être. La Chambre des députés ne pouvait plus, sur ce point, laisser traîner le dossier de la révision, sauf à se faire dépasser par les juridictions. Du côté des socialistes, ce basculement ressort de manière frappante de la comparaison de deux discours tenus par Jean Asselborn, chef de la fraction du LSAP à la Chambre des députés, à trois années de distance. Dans son discours à la Chambre des députés du 3 mars 1993, J. Asselborn défendait de manière vigoureuse la vision ancienne de la démocratie représentative, où le député, soumis au contrôle du peuple, échappe à tout contrôle juridictionnel ; il s'opposait ainsi, de manière nette, aux propositions de J.-P. Rippinger quant à la création d'une cour

<sup>182</sup> Voir *supra* note 177.

<sup>183</sup> P. Vandermacht, J.M. Hengen, A. Bodry, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Luxembourg, Cahier socialiste européen n° 6, 1983, p. 183ss.

<sup>184</sup> Voir, par ex., le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 11 juillet 1994, *Poos c. État, Pascatore, 27.65 et Feuille de liaison St. Yves*, n° 59, p. 46 ss. Un premier moyen invoqué à l'encontre de l'application de la loi introduisant une limite d'âge pour l'exercice de la profession de notaire était fondé sur le seul art. 11 al. 6 Const. ; le second combinait l'art. 16 Const. et l'art. 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la CEDH. Pour d'autres décisions de justice similaires, voir G. Ravarani, *op. cit.*, p. 225 ss. ; P. Kirsch, « La technique du contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg : réalité et perspectives », *Feuille de liaison*, n° 91, 1998, p. 6 note 5.

<sup>185</sup> Trib. arr. Luxembourg, 18 avril 1986, n° 37/86, non publié, cité par P. Kirsch, *op. cit.*, p. 10 s. ; G. Ravarani, *op. cit.*, p. 228.

<sup>186</sup> Tribunal de paix de Luxembourg, 4 octobre 1993, *Upe c. Administration communale de Stensel, Bulletin des droits de l'homme*, vol. 1, 1993, p. 118, obs. Weizel. Était en cause l'obligation légale d'inscrire les électrices mariées sous le nom de famille de leur mari.

<sup>187</sup> Apparemment, cette méfiance était également très marquée au sein des autres partis, que ce soit le CSV (voir le propos, dans les années 1980, du président de la Chambre, Léon Bollendorff, cité par L. Friedén, *La Constitution luxembourgeoise... op. cit.*, p. 44) ou même, dans les années 1970, au sein du parti libéral. Pour une brève esquisse historique des attitudes des partis, voir A. Bodry, « La Constitution dit-elle être protégée ? », in L. Er et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Luxembourg, Cahier socialiste européen n° 6, 1993, p. 31 ss.



constitutionnelle : il évoquait tout au plus, de façon très vague, la possible reconnaissance d'un contrôle juridictionnel *a posteriori* et diffus<sup>198</sup>. Avec ce premier discours tranché nettement celui tenu par le même Jean Asselborn le 9 juillet 1996, trois ans plus tard : il y admettait l'adoption du nouvel art. 95ter Const, non sans avoir rappelé longuement, au début, la loi des socialistes dans la démocratie électorale<sup>199</sup>. De cette acrobatisation de l'histoire témoigne aussi, et de manière encore plus nette, la proposition de révision n° 3914 déposée le 24 mars 1994 par Georges Marquie, député du CSV, et président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle. Dans l'exposé des motifs, G. Marquie non seulement prenait acte, comme tant d'autres, du jugement précité du juge de paix de Luxembourg de 1993, mais en outre, il admettait, de manière générale, que la « norme » du refus du contrôle de constitutionnalité n'existait plus. Plutôt que de défendre celle-ci à l'encontre de juges troubles, il écrivait : « Il résulte de l'évolution de la jurisprudence ci-avant résumée que le texte actuel de l'article 95 n'intervient pas aux juridictions ordinaires l'examen de la constitutionnalité des lois »<sup>200</sup>. Cette analyse du droit positif était également partagée par le Conseil d'Etat dans une note antérieure du 20 avril 1993<sup>201</sup>. Deux experts de poids en matière de droit constitutionnel – le président de la Commission des institutions et le Conseil d'Etat – affirmaient ainsi que la « dique » n'existait plus.

Dès lors, l'action des acteurs politiques s'inscrivait, en grande partie, dans le sillage de cet inflexionnement jurisprudentiel tel qu'identifié par eux : c'est par rapport à cette nouvelle approche judiciaire en éclipse qu'il fallait réagir, se positionner. Deux réactions étaient alors discutées (une troisième, celle d'interdire aux juridictions tout contrôle de constitutionnalité des lois, n'a jamais été évoquée publiquement). La première option consistait à valider cette nouvelle dynamique judiciaire en la transcrivant dans le texte de la Constitution. Cette option de la consécration du contrôle diffus était défendue, entre autres, par le Conseil d'Etat (en quelque sorte juge et partie)<sup>192</sup>, par le syndicat des juges<sup>193</sup> et, en doctrine, par Alex Bonn<sup>194</sup>. La deuxième option envisagée consistait à infléchir, plus ou moins, cette nouvelle dynamique juridictionnelle, en cherchant à la canaliser par le biais d'une obligation de renvoi préjudiciel à un organe spécial. Cette solution avait déjà été retenue en 1993/1994 par les groupes de réflexion du LSAP<sup>195</sup> et du CSV<sup>196</sup> ainsi que par la proposition n° 3914 de G. Marquie<sup>197</sup> : elle sera reprise, en 1996, dans la proposition de Luc Frieden, laquelle deviendra, comme l'on sait, la révision du 12 juillet 1996. L'option de « canaliser », i.e. de concentrer la décision déclarant l'inconstitutionnalité d'une loi entre les mains d'une seule instance, spéciale, était justifiée par « l'insécurité juridique »<sup>198</sup> qui naîtrait de divergences de vues entre les juridictions et les ordres de juridictions, et/ou par « l'importance de la mission »<sup>199</sup> en cause (en termes moins euphémiques : les juges ordinaires, du moins la grande partie d'entre eux, ne seraient pas fiables, n'étant pas à la hauteur d'une fonction aussi délicate). On notera en passant que, censurement, ces deux appréhensions n'ont jamais été avancées, au Luxembourg, en vue de centraliser le contrôle de la conventionnalité des lois, alors même que celui-ci pouvait susciter les mêmes craintes.

<sup>198</sup> C.R., 3 mars 1993, col. 2401 ss.

<sup>199</sup> C.R., 9 juillet 1996, col. 3187 ss.

<sup>200</sup> Doc. parl. n° 3914, p. 4.

<sup>191</sup> Voir sa « Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'Etat » (non publiée) du 20 avril 1993, p. 17, 22 (annexe : « Le contrôle de constitutionnalité des lois »).

<sup>192</sup> Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'Etat » du 20 avril 1993, p. 22 s et avis du CE du 6 mai 1994, relatif notamment aux doc. parl. n° 3935-1, 3936-1, 3914-1, p. 22 ss.

<sup>193</sup> Voir la prise de position du Groupement des magistrats luxembourgeois, 1995, doc. parl. n° 3914-2, p. 1.

<sup>194</sup> A. Bonn, « Avec les moyens de bord », *Letzburger Land*, 6 octobre 1995, p. 4.

<sup>195</sup> Doc. n° 3881, 1993, p. 11 (la seule spécificité à noter : l'organe de renvoi aurait été la Cour supérieure de justice, ce qui revenait à exclure et à subordonner la juridiction administrative qu'était alors le Conseil d'Etat).

<sup>196</sup> Doc. n° 3881-1, 1994, p. 45 (spécifiquement : l'organe de renvoi aurait un « Comité du contentieux constitutionnel » dont les membres seraient désignés parmi les plus hauts magistrats du seul ordre judiciaire).

<sup>197</sup> Doc. n° 3914, p. 1 (l'organe de renvoi aurait été la Cour de cassation, donc, la encore, un organe composé exclusivement de juges de l'ordre judiciaire).

<sup>198</sup> Doc. n° 3914 (proposition de G. Marquie), p. 4 ; discours de L. Frieden, C.R., 9 juillet 1996, col. 3167.

<sup>199</sup> Doc. n° 3881-1, 1994 (propositions de révision du CSV), p. 45 ; L. Frieden, C.R., 9 juillet 1996, col. 3167 (« la spécificité du droit constitutionnalité »).

Fallait-il, en 1996, aller plus loin que la simple « canalisation » du contrôle diffus en éclipse et profiter de la création d'une cour constitutionnelle afin de lui attribuer d'autres compétences à l'instar, par ex., d'un contrôle *a priori* des traités et des lois, du contentieux de la validation des mandats de députés, des conflits entre organes politiques de l'Etat, de la délimitation des compétences entre les deux ordres juridictionnels, etc. ? Le préjuge conservateur, en matière de révision, s'y opposait, car, comme le dit le nombre de députés de la majorité, il existait déjà le contrôle *a priori* du Conseil d'Etat, contrôle qui, à leurs yeux, avait prouvé son efficacité (ce point peut être discuté). Certains arguments techniques étaient également avancés, censés prouver les mérites d'un contrôle concret *a posteriori* par rapport à un contrôle abstrait *a priori*. Quant à d'autres types de compétences (contentieux des validations de mandats, des incompatibilités, des conflits d'organes, etc.), ils ne sont pas même discutés par la majorité. C'était un non-sujet total<sup>200</sup> : l'esprit de méfiance à l'égard d'une trop grande juridictionnalisation et juridicisation de l'action politique s'y opposait.

On aborde ainsi le deuxième facteur culturel qui a informé la révision de 1996 : une certaine distance par rapport à ce nouveau mot et idéal phare – « fêliche » diront certains –, qu'est devenu dans les années 1990, au niveau européen et mondial, « l'Etat de droit » (en allemand : « Rechtsstaat »)<sup>201</sup>.

#### B. Les réticences vis-à-vis du nouvel idéal de « l'Etat de droit »

Si, par certains aspects, les Luxembourgeois sont proches de la culture allemande, sont-ils, en matière de droit – de droit constitutionnel –, des adeptes inconditionnels du « Rechtsstaat », surtout si « Rechtsstaat » rime avec « Karlsruhe » (i.e. le *Bundesverfassungsgericht*) ? Sur ce plan, la précaution est de mise. D'une part, le terme de « Rechtsstaat / Etat de droit », n'était pas pendant longtemps un terme usuel, et encore moins un terme clé, du langage juridico-politique au Grand-Duché. D'autre part, s'il a été question de Karlsruhe dans les débats parlementaires des années 1990, la référence au Tribunal constitutionnel fédéral servait le plus souvent, du moins dans la bouche des socialistes, de repoussoir, eu égard à la trop grande puissance de ses juges, recrutés du reste selon des critères politiques.

#### 1° La dimension corrosive du discours de l'Etat de droit importé d'Allemagne

C'est le débat sur le contrôle de constitutionnalité qui, au Luxembourg, comme d'ailleurs en France, a servi de tremplin et de terreau à l'introduction progressive de ce nouveau mot clé d'« Etat de droit ». Relayée en outre d'en haut par le droit de l'Union européenne, l'expression « Etat de droit » devint progressivement un nouveau point fixe dans le ciel des idéaux politico-juridiques du Luxembourg. Jusque-là, en effet, cette expression était peu présente dans le discours politique et sociétal luxembourgeois. Le texte, initial et modifié, du droit public luxembourgeois, représentée dans les célèbres manuels de P. Eyschen et de P. Malenus, ne s'en servait guère<sup>202</sup>. A l'inverse, tous les fervents défenseurs du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois plaçaient le débat sous les auspices de ce nouveau mot phare<sup>203</sup>, repris des Allemands, et doté du sens que les juristes allemands lui

<sup>200</sup> Voir, par ex., le rejet catégorique, et turtif, prononcé au nom du LSAP par son président Ben Fayot dans sa plénière à L. Eir et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 2 : « Le Parti ouvrier socialiste luxembourgeois, s'il entend s'opposer carrément à l'instauration d'une cour constitutionnelle qui serait l'arbiter entre les états et le gouvernement, ou entre la majorité et la minorité, comme d'ailleurs le proposent, est ouvert aux problèmes que pose l'évolution de la société et de l'Etat ».

<sup>201</sup> L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 ; id., « Etat de droit. Etude de linguistique, de théorie & de dogmatique juridiques comparées », in H. Bauer & C. Caillies (dir.), *Verfassungsgründungen in Europa – Constitutional Principles in Europe – Principes constitutionnelles en Europe*, Sakkoulis/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruyant, 2008, p. 103-155 ; id., « Le regard d'un comparatiste : L'Etat de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in SFDI (dir.), *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 41-57.

<sup>202</sup> Il n'apparaît nulle part dans l'index de ces manuels, dans leurs diverses éditions, ni, à ma connaissance, dans le corps du texte.

<sup>203</sup> Voici un petit aperçu, non exhaustif, de la percée de ce discours. Pour une invocation très précoce, mais qui resta marginale : A. Bonn, « Le contrôle... », op. cit., 1973, p. 22, où l'expression apparaît d'ailleurs en français

ont généralement donné à partir de 1945. Dans cette expression à la fois séduisante et ambiguë s'agrégeaient alors, dans le contexte allemand post-1945, une série de sens normatifs parmi lesquels il convient de relever, pour les besoins de notre discussion, trois strates : 1. l'idéal, en soi classique, car remontant au moins à Aristote, du règne du droit (il doit exister des normes juridiques générales qu'il convient de respecter dans les cas d'espèce) ; 2. l'idéal plus moderne des droits de l'homme (« droits fondamentaux » disent les Allemands) ; 3. l'idéal post-moderne (car dépassant l'esprit de 1789) d'un juge, gardien des valeurs/hommes suprêmes de la Cité et, à ce titre, contrôleur de la constitutionnalité des lois, voire d'autres normes juridiques.

C'est sur ce troisième niveau que la conceptualisation allemande du *Rechtsstaat* post-1945 a été la plus originale, osée et incisive. C'est cette spécificité qui, à l'étranger, a suscité tantôt l'admiration, tantôt le rejet, le *Rechtsstaat* étant parfois accusé de paver la voie au « *Fichterstaat* », au « gouvernement des juges ». Précisément, l'importation, que ce soit en France et dans nombre d'autres pays, de cette conceptualisation allemande permettrait de rompre avec l'héritage de la Révolution française de 1789 qui, elle, se revendiquait certes des idéaux n° 1 et n° 2, mais non de l'idéal n° 3. Au Luxembourg, les doutes qui ont été exprimés à l'égard de ce nouveau standard de l'« Etat de droit / *Rechtsstaat* » traduisent aussi, le plus souvent, des craintes par rapport à une excessive juridictionnalisation de la sphère politique : dans le débat luxembourgeois, l'exemple allemand du *Bundesverfassungsgericht* sert davantage de repoussoir<sup>204</sup> que de source d'inspiration. Mais, parfois, la critique est encore plus profonde, cherchant à relativiser l'idéal premier du règne du droit, et ce au nom des fameuses valeurs luxembourgeoises du « consensus » et du « pragmatisme ».

2° Les filiosités luxembourgeoises, ou les vertus d'une démocratie représentative consensuelle dans un petit pays

a) Les réticences à l'égard de l'emprise du juge

Les réticences à l'égard d'une plus grande subordination de l'action politique (en l'espèce, celle de la Chambre des députés) à un juge s'articulent à travers les arguments suivants :

- Il n'y a pas, ou très peu, de violations de la Constitution de la part de la Chambre des députés<sup>205</sup>. En l'absence d'abus, du moins à un niveau grave, il est possible de maintenir la confiance dans le système traditionnel de la démocratie représentative. Les élus sont intègres et respectueux du droit<sup>206</sup> ; à l'inverse des juges, ils sont responsables de leur action devant les électeurs lors des échéances électorales régulières<sup>207</sup>. À ces facteurs classiques, et communs à beaucoup de pays, s'ajoutent

et en allemand, marquant ainsi clairement, dans un Luxembourg pourtant particulièrement francophone et francophile après 1945, l'origine allemande du transfert culturel soustrait. En 1978, lors du colloque organisé par la Conférence St-Yves, le thème intègre encore très peu le débat. Voir, tout au plus, L. Schilz, « Attentes actuelles ou possibles à l'ordre constitutionnel et aux droits fondamentaux », *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 44, 1979, p. 14. Le discours prend de l'ampleur par la suite. Voir par ex. A. Bonn, « Der unvollkommene Rechtsstaat », *Letzburger Land*, 26 février 1986, p. 6 ; le n° 144 (mai 1993) de la revue *Forum* (Osser) : « Luxemburg, Rechtsstaat mit Grauzonen ? » ; G. Gavran, *op. cit.*, p. 229 ; F. Schockweiler, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Letzburger Land*, 24 septembre 1993, p. 8 ; P. Pescatore, « Cour constitutionnelle et démocratie... », *op. cit.*, p. 10. Voir encore, dès 1992, l'exposé des motifs des propositions n° 3685 (révision de l'art. 95 Const.) et 3686 (loi relative à la création d'une Cour constitutionnelle) déposés par le député libéral J.P. Ripinger, p. 1 et lors de la discussion en séance publique, particulièrement les discours de G. Marque (CSV), C.R., 3 mars 1993, col. 2400, et de Gast Gibéyen (ADP). Voir encore, vers la même époque, le doc. 3881-1 (propositions de révision du CSV), p. 37, 44, 46. Dans le débat de 1996, voir en particulier le rapport général de Luc Frieden qui, dès la première phrase, place tout le débat sous les auspices de l'idéal du « *Rechtsstaat* ». C.R., 1995-96, discours du 9 juillet 1996, col. 3164 ss. Voir aussi *ibid.*, les discours de François Bilgen (CSV), col. 3171 ss. de Jean-Paul Ripinger (DP), col. 3179 s. et de Jean Asselborn (après avoir mis en exemple d'abord les bienfaits de la démocratie représentative, col. 3188). Il est intéressant d'admettre le principe du contrôle juridictionnel des lois au nom de « l'Etat de droit ». col. 3189). Pour le débat de 1997, sur la loi portant organisation de la Cour constitutionnelle, voir doc. parl., n° 4218-9 (rapport de la CIRCO, rédigé par L. Frieden), p. 1-3.

<sup>204</sup> Deux illustrations : le discours de J. Asselborn, C.R., 9 juillet 1996, col. 3189 (« *homard politesch Befugnissen* » ; trad. pers. : « des attributions honorables politiques ») ; le discours de R. Goebbels (LSAP) du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, C.R., 1994-95, col. 2270 s. (le *Bundesverfassungsgericht* « *imflicke* » dans le travail législatif et, sous des dehors de jurisme, fait de la politique).

<sup>205</sup> J.M. Hengen, « Contre un contrôle judiciaire de la Constitution I », in L. Er et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 27.

<sup>206</sup> Discours de J. Asselborn, C.R., 9 juillet 1996, col. 3192.

trois spécificités luxembourgeoises. En premier lieu, il y a la taille du pays : « chacun connaissant chacun », selon un adage luxembourgeois bien connu (mais, en partie, faux), les élus sont bien plus proches des électeurs<sup>208</sup> ; aucun phénomène de découplage et de dérapage corporatistes n'est à craindre de la part de la classe politique. En second lieu, il y a la culture politique du consensus : loin de décider unilatéralement, et de manière tranchée, la coalition gouvernementale à la Chambre des députés cherche, pour les mesures politiques les plus importantes, le consensus avec les partenaires sociaux (tripartite, etc.), voire même avec l'opposition. Tout le monde (au moins toute l'élite, à l'exception des simples citoyens) étant ainsi associé au processus politique, comment se pourrait-il que le résultat soit mauvais, ou contraire à la Constitution ? En troisième lieu, il y a le rôle institutionnel du Conseil d'Etat, organe mi-juridique, mi-politique, qui, en sa fonction de « gardien de la Constitution », opère déjà, dans ses avis, un contrôle de constitutionnalité *a priori* de la législation, contrôle qui serait, globalement, efficace et suffisant.

- De l'avis des défenseurs du statu quo, si le système existant a prouvé ses mérites, nonobstant des déficiences ponctuelles, il serait impossible d'en dire autant du système allemand envisagé. Peut-on faire confiance aux juges, ordinaires ou spéciaux, chargés de contrôler la constitutionnalité des lois, tâche délicate à n'en point douter qui risque de déboucher sur la situation où les juges, manant les dispositions si vagues de la Constitution, se mêlent de politique et « gouvernement » en lieu et place des élus ? *Toute décision politique doit rester la prérogative d'un organe politique, comme le parlement*<sup>209</sup>. Sourde, et largement répandue, la crainte du « gouvernement des juges »<sup>210</sup> n'a jamais été empiriquement évincée par les hommes politiques luxembourgeois avec des exemples tirés de la pratique judiciaire luxembourgeoise. Mais, à travers cet anathème du « gouvernement des juges », expression forgée en 1921 par Edouard Lambert<sup>211</sup>, les contempteurs de la justice constitutionnelle au sein de la gauche luxembourgeoise se sont référés à l'expérience traumatique, pour toutes les forces progressistes en Europe, de la politique jurisprudentielle « anti-sociale » de la Cour suprême des Etats-Unis au début du XX<sup>e</sup> siècle, voire à quelques autres exemples étrangers<sup>212</sup>. De par leur origine, leur formation, leur habitus, les juges ne sont-ils pas, forcément, des conservateurs ?

b) Les réticences à l'égard de l'emprise du droit

Parfois, plus radicalement, les réticences de certains acteurs politiques à l'égard du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois traduisaient une prise de distance par rapport à l'idéal n° 1 de la subordination de la politique aux normes générales du droit positif.

<sup>207</sup> *Ibid.*, col. 3188.

<sup>208</sup> B. Fayot, « Haro sur les partis ? », *Letzburger Land*, 12 avril 1996, p. 14 : « Ces élus, pendant ces cinq ans, ne sont pas stupides au point de ne pas écouter le peuple entre deux élections ! Ce qui justement rend pas mal de déclarations officielles et forums, surtout dans un petit pays où tout le monde voit ses députés tous les jours ». C'est ce à quoi se réfère aussi, implicitement, J. Asselborn à travers l'argument clé, selon lui, de la patillesse territoriale du pays, C.R., 3 mars 1993, col. 2401. Dans un tassel plus reculé : T. Biever, *op. cit.*, p. 469 (« ... par une structure administrative saine et stable... »).

<sup>209</sup> Doc. parl., n° 3881, propositions de révision du groupe de réflexion du LSAP dirigé par Jean Asselborn, 1993, p. 10.

<sup>210</sup> Pour deux exemples particulièrement clairs, voir J.M. Hengen, « Contre un contrôle judiciaire de la Constitution », in L. Er et alii, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, op. cit., p. 28 et aussi A. Body, « La Constitution doit-elle être protégée ? », *ibid.*, p. 34, 38 ; le discours de R. Goebbels (LSAP), ministre de l'économie, du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, C.R., 1994-95, col. 2270 s. La crainte que les juges substituent une interprétation conservatrice du texte de la Constitution à une interprétation dynamique, progressiste, de la Constitution défendue par les élus a été articulée également par des gens du sérail judiciaire, à l'instar de l'ancien procureur général de l'Etat, A. Huss. Voir son intervention dans le débat lors du colloque de 1978, *Feuille de liaison de la Conférence St-Yves*, n° 44, 1979, p. 29 s. et « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg », *op. cit.*, p. 158.

<sup>211</sup> E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, réprod. de l'écl. de 1921, avec une préface de F. Moderne, Paris, Daloz, 2005 ; compte rendu de L. Heuschling, *Revue Internationale de droit comparé*, 2007, n° 4, p. 958-961.

<sup>212</sup> Voir, par ex. le discours de R. Goebbels du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, C.R., 1994-95, col. 2270 s. (Etsats-Unis, FFA) ; le propos du député écologiste (GAP), Jean Geisbush, C.R., 3 mars 1993, col. 2404.

Une politique réussie n'a-t-elle pas besoin de flexibilité, surtout si cette « flexibilité » (comprenez : la violation du droit positif) sert à obtenir une meilleure solution pour l'intérêt général ? Le progrès doit-il être arrêté au nom de la Constitution, d'une Constitution datant du XIX<sup>e</sup> siècle, qui, de surcroît, avant 2003, à cause de l'exigence de la « dissolution de plein droit » (ancien art. 114 Const.), était particulièrement difficile à réviser ? Ou est-ce qui importe davantage pour une société, surtout si elle est pragmatique (une vertu régulièrement mise en avant au Luxembourg) : qu'en cas de problème l'État applique, strictement, une règle (constitutionnelle) préétablie ou qu'il opte pour une solution plus adaptée et meilleure car dérogée au vu des données précises du problème concret ?<sup>219</sup> Selon Jean Asselborn, si la Chambre des députés suit en général les avis du Conseil d'État relatifs à des griefs d'inconstitutionnalité dans un projet de loi, il existe toutefois des « cas limites (Grenzfall) » – il a pensé ici notamment à la célèbre affaire de la ratification du traité de Maastricht –, dans lesquels il est utile et légitime à ce que la Chambre des députés n'en tienne pas compte, ainsi que l'art. 59 de la Constitution le lui permet<sup>214</sup>. Plus explicite encore : en 1995, Robert Goebels (LSAP), alors ministre de l'économie, avouait qu'il préférerait un système dans lequel, le cas échéant, la Chambre des députés, responsable devant le peuple, pouvait même consciemment, après avertissement du Conseil d'État, violer la Constitution plutôt qu'un système où un juge, irresponsable, exercerait un contrôle de la constitutionnalité des lois : « *Ech hu léiweng Chamber, déi éventuell souguer eng Käier géint d'Verfassung verstéiss an da ka vum Souverain, vum Wäiler, sanktionnéiert gin, wéi wa mer dat Recht e puer Richter hwwélossen, déi vu kengem méi kenne sanktionnéiert gin* »<sup>215</sup>. Loin d'être sacralisée et adulée comme le réceptacle des valeurs les plus fondamentales de la société, à l'instar de ce qui se passe, en particulier, en Allemagne avec le « *Verfassungspatriotismus* », la Constitution luxembourgeoise de 1868 partage, en fin de compte, le même sort que le reste du droit au Luxembourg : le droit est un outil technique, pour réguler la société, outil qui a une certaine utilité et valeur, mais qui ne jouit pas d'une dignité supérieure incontestable. La Constitution risque ainsi, dans un contexte de pragmatisme, de se faire court-circuiter au nom de meilleurs résultats obtenus par d'autres moyens de régulation sociale.

Un tel modèle concédant au législateur une certaine « flexibilité » par rapport à la Constitution suppose évidemment que le caractère meilleur, et donc plus légitime, de la solution obtenue par voie inconstitutionnelle puisse être attesté selon une procédure indiscutable, qui ne fasse pas naître de nouveaux débats et clivages. Si la majorité gouvernementale (simple, ou même absolue) peut tout seule arguer de la meilleure qualité du résultat, des avis et disputes sont à craindre. Dans le contexte luxembourgeois, il est loisible de penser à deux procédures, qui, d'ailleurs, peuvent être cumulées. Soit, comme l'a défendu Robert Goebels, la plus grande légitimité de la solution inconstitutionnelle est certifiée par le corps électoral, « souverain », qui, en ne sanctionnant pas les élus concernés lors des élections suivantes, absout cette inconstitutionnalité. Soit cette violation de la Constitution est négociée et approuvée par les divers acteurs du milieu politique (partis, partenaires sociaux) au sein de la démocratie consensuelle luxembourgeoise. Au modèle du « règne du droit », du « gouvernement des lois » ou de « l'État de droit », qui implique un respect scrupuleux des normes générales préétablies<sup>216</sup>, s'oppose ainsi un modèle que l'on peut appeler le modèle des « palatros », ou, pour utiliser un autre terme plus familier, à connotation

<sup>219</sup> Dans son dialogue *Le politique* (lire à partir de 292b, spéc. 296b) Platon avait, lui, posé cette question en se servant de la métaphore du malade. L'individu atteint d'une maladie grave préfère-t-il qu'on lui applique les règles de l'art médical, telles que codifiées dans le passé (et qui, de ce fait, peuvent ne pas inclure les découvertes les plus récentes) ou préfère-t-il se faire administrer par le médecin qui est en pointe dans la recherche sur cette maladie, un remède qui n'est pas encore inclus dans les règles de l'art, mais qui pourra lui sauver la vie ? Ou est-ce qui lui importe davantage : sa vie ou les règles ?

<sup>214</sup> C.F., 9 juillet 1995, col. 3193. Même son de cloche chez le député socialiste Jean-Pierre Klein, C.F., 9 juillet 1996, col. 3209.

<sup>215</sup> R. Goebels, discours du 5 avril 1995 à la Chambre des députés, C.F., 1994-95, col. 2270. Trad. pers. : « Je préfère une Chambre, qui éventuellement, pourrait à l'occasion violer la Constitution, et, dans ce cas, pourrait se faire sanctionner, par le souverain, par l'électeur, que d'abandonner ce droit [d'exercer un contrôle] à quelques juges qui ne peuvent être sanctionnés par personne ».

<sup>216</sup> En ce sens, voir, par ex., les propos de Gast-Gibbeyen (ADR), C.F., 3 mars 1993, col. 2406. Évoquant les vives controverses relatives à l'adoption du traité de Maastricht et de la loi sur la création du pavillon maritime, il affirme de manière ferme : « *Als ADR vertriede mer d'Opdrassing, dass et keen, awer och quer keen Argument dierft gi wat enger Regierung oder engem Parlament et erhaben dierft, d'Verfassung ze violéieren* ». Trad. pers. :

tantôt positive tantôt négative, le modèle des « arrangements » : on se met d'accord entre soi, « en famille ». Or, introduire un juge reviendrait à gâcher ce modèle car, à première vue, de par son ethos professionnel (étant le gardien du droit, et non des arrangements pragmatiques), le juge sera plutôt amené à faire prévaloir le droit, et rien que le droit.

C'est à la lumière de ce double contexte culturel – le conservatisme en matière de révision, la méfiance vis-à-vis du juge, voire du droit – que s'explique surtout le minimalisme de l'art. 95ter Const. Il fallait canaliser et domestiquer les tendances de plus en plus fortes allant vers un contrôle diffus de la constitutionnalité des lois, en créant, par voie de révision, une Cour constitutionnelle ; mais il n'était pas question du tout, en 1996, de doter cet organe d'un large éventail de compétences, alors même que c'est la règle, à l'heure actuelle, pour toutes les cours constitutionnelles étrangères. Dans l'originalité de la Cour constitutionnelle se reflètent ainsi les spécificités de la culture politique luxembourgeoise qui, du reste, ont la vie longue. L'analyse des débats relatifs à la refonte de la Constitution (dossier parl. n° 6030) ne fait pas apparaître d'infléchissement majeur.

### III. Le maintien du minimalisme dans l'actuelle révision totale de la Constitution

Le dossier n° 6030 a connu, depuis ses débuts en 2009, des évolutions marquantes en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, passant d'un extrême à l'autre (A), avant que ne se cristallise la solution actuelle<sup>217</sup> caractérisée par un réformisme très timide (B).

#### A. Les premières positions extrêmes : immobilisme total v. suppression totale

La première version de la proposition n° 6030, déposée par Paul-Henri Meyers en 2009, ne contenait, en ce qui concerne la Cour constitutionnelle, aucun changement par rapport au droit actuel, que ce soit sur le plan de sa composition, de son organisation, de sa saisine ou de ses attributions<sup>218</sup>. Le plus souvent, cet immobilisme total n'a point suscité de critiques parmi les premiers commentateurs. Les experts internationaux de la Commission de Venise se sont contentés d'évoquer furtivement de possibles extensions du rôle de la Cour constitutionnelle, sans en faire un enjeu majeur<sup>219</sup>. L'avis du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Luxembourg de 2010 se tut entièrement sur la Cour constitutionnelle<sup>220</sup> et les divers avis des juridictions et parquets en 2009-10 furent également peu loquaces sur ce point<sup>221</sup>, si ce n'est qu'ils recommandaient trois changements comme toute assez marginaux : l'instauration de juges suppléants pour résoudre le problème déjà mentionné de composition de la Cour constitutionnelle, l'attribution au parquet de la mission de présenter systématiquement des conclusions<sup>222</sup>, enfin – il s'agissait d'une recommandation de la Cour administrative –, l'attribution à la Cour constitutionnelle de la compétence de trancher les conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions<sup>223</sup>. Globalement, la Cour

<sup>217</sup> « En tant que ADR, nous estimons qu'il ne saurait y avoir aucun argument, mais véritablement aucun, qui autoriserait le gouvernement ou le parlement à violer la Constitution ».

<sup>218</sup> Le présent texte ayant été finalisé en février 2018, les derniers documents du dossier n° 6030 à avoir été pris en considération ont été le doc. parl. n° 6030-23 (qui comporte aussi, en annexe, la version coordonnée la plus récente de la proposition modifiée n° 6030) et le procès-verbal de la réunion de la CRPC du 24 janvier 2018 (p. 110).

<sup>219</sup> Voir doc. parl. n° 6030-00, p. 7, p. 19. L'art. 120 de la proposition était la reprise de l'actuel art. 95ter Const.

<sup>220</sup> Voir l'avis de la Commission de Venise du 11-12 décembre 2009, doc. parl. n° 6030-7, p. 12 (la Cour pourrait être consultée en cas de proclamation de l'état d'exception, à l'image de ce qui se passe en France, p. 16 (évacuation contrainte, si non éteinte, d'un possible contrôle a priori), p. 17 (un possible contrôle des lois autorisant la ratification d'un traité)).

<sup>221</sup> Avis du 9.7.2010, doc. parl. n° 6030-3.

<sup>222</sup> Silence total dans l'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, non daté (2009 ou 2010), doc. parl. n° 6030-4, p. 15 ss et dans l'avis de la justice de paix d'Esch-sur-Alzette, doc. parl. n° 6030-4, p. 18 s.

<sup>223</sup> Avis commun de la Cour supérieure de justice ; du parquet général ; du parquet près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ; du tribunal d'arrondissement de Diekirch ; du parquet près le tribunal d'arrondissement de Diekirch et de la justice de paix de Diekirch, non daté (2009 ou 2010), doc. parl. n° 6030-4, p. 5.

<sup>224</sup> Avis de la Cour administrative, 24.9.2009, doc. parl. n° 6030-4, p. 12.



constitutionnelle fut un non-sujet de cette révision en sa phase initiale : les préoccupations des représentants politiques étaient clairement ailleurs (la réforme de la monarchie, etc.).

Or à partir de 2011, la Cour constitutionnelle s'est trouvée projetée au cœur du débat, à travers les propositions de François Biltgen (CSV), ministre de la justice de 2009 à 2013, de créer, d'une part, une Cour suprême chapeautant les deux ordres de juridictions ordinaires et, d'autre part, de remplacer le contrôle concentré de la constitutionnalité des lois par un contrôle diffus<sup>224</sup>, option qui avait déjà eu les faveurs de divers acteurs dans les années 1990. Une fois les propositions de F. Biltgen lancées, tout s'est passé comme si la seule question à discuter était celle de savoir si la compétence « unique » de la Cour constitutionnelle devait continuer à être exercée par celle-ci ou être confiée à tous les juges ordinaires. Le fait que, sur le plan conceptuel, la « justice constitutionnelle » renvoie à une multiplicité de compétences et qu'en droit luxembourgeois actuel, certains d'entre elles n'existent point – il suffit de penser au contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois, au contrôle des traités, à certains « *Organstreitigkeiten* / litiges entre organes de l'Etat » – n'était pas du tout thématique. Il ne s'agissait point d'étendre l'emprise des juges, quels qu'ils soient, à l'égard des élus politiques, il s'agissait « juste » de changer l'identité du juge.

Au tout début, les propositions de F. Biltgen n'avaient rencontré aucune résistance. S'il n'était pas forcément enthousiaste, l'accueil était néanmoins favorable. Nulle voix ne s'est levée pour défendre le maintien de la Cour constitutionnelle. Lors d'une première présentation et discussion de cette réforme au sein de la CIRC le 2 février 2011<sup>225</sup>, les diverses fractions présentes au sein de la commission (CSV, LSAP, DP, *déf. Gréng, déf. Lénel*), après débats internes, ont marqué leur accord de principe le 27 avril 2011<sup>226</sup>. À cette occasion, des réserves et réticences ont parfois été articulées – était-ce bien le bon moment ? ne fallait-il pas réserver le contrôle de constitutionnalité à la seule Cour suprême ? –, mais, en fin de compte, les représentants des diverses fractions ont exprimé leur accord ou, plutôt, ont signalé l'absence de toute volonté d'obstruction de leur part. Certaines fractions (les socialistes et les libéraux) liaient toutefois leur accord à l'existence d'un large consensus, en particulier au sein du pouvoir judiciaire<sup>227</sup>. Le projet Biltgen, relayé par le gouvernement, a été incorporé par la Commission des institutions dans la proposition n° 6030. À l'extérieur de la Chambre des députés, la suppression de la Cour constitutionnelle a été même saluée sans aucune hésitation – comme s'il s'agissait d'une évidence –, par le Conseil d'Etat (qui, dans les années 1990, avait déjà privilégié cette option)<sup>228</sup>, par la Cour supérieure de justice et le parquet général<sup>229</sup> par la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg<sup>230</sup> et, avec quelques retouches (sur lesquelles je revendrai), par la Chambre des salarés<sup>231</sup>. Seule la Cour administrative a émis une voix dissidente<sup>232</sup>. Le principal argument en faveur de la suppression de la Cour constitutionnelle était celui de l'incohérence

dans le système actuel entre, d'un côté, un contrôle de conventionnalité diffus et, de l'autre, un contrôle de constitutionnalité centralisé. Un autre avantage avancé était le gain de temps, la saine de la Cour constitutionnelle allongeant la durée des procédures de plusieurs mois<sup>233</sup>. Enfin, à travers le contrôle diffus pouvaient être évitées, d'une certaine manière, les situations où des juridictions ordinaires refusaient à tort de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle<sup>234</sup>.

Or, curieusement, alors que presque tout le monde avait embrassé la double proposition de F. Biltgen, le départ en 2013 de celui-ci à la Cour de justice de l'Union européenne a laissé le projet orphelin. Pendant longtemps, ni le nouveau gouvernement composé des libéraux, socialistes et écologistes, ni le nouveau ministre de la justice Félix Braz (les verts) n'ont pris une quelconque position. Dès lors, la double proposition de F. Biltgen a subsisté tel un chantier inachevé dans le texte modifié de la proposition n° 6030. Jusqu'à ce que, récemment, la CIRC décide de renoncer tant au projet de la Cour suprême qu'à celui de la suppression de la Cour constitutionnelle<sup>235</sup>.

#### B. La piste de la réforme de la Cour constitutionnelle : silences et avancées timides

##### 1° Les causes du manque d'ardeur réformiste

Nonobstant l'immobilisme total de la version initiale de la proposition n° 6030 et la captation des esprits par le projet Biltgen, des voix se sont élevées assez tôt afin de prôner la voie de la réforme de la Cour constitutionnelle. Or ce débat est resté très timide, pour ne pas dire chéti. Quoique stimulé par divers acteurs, il a végété à la marge de l'agenda rempli de la CIRC et n'a pas non plus été projeté – excepté, en partie, à travers le présent colloque –, sur les devant de la scène médiatique et publique. À l'heure actuelle, il n'est plus question de supprimer la Cour constitutionnelle, mais, à une exception et dernie près, il n'est pas non plus question d'élargir ses attributions. De même, la composition de la Cour reste, à deux éléments près, inchangée. L'accès à la Cour, en matière de contrôle de la loi, est toujours très limité, toute saisine par des acteurs politiques (donc, pour l'essentiel, par l'opposition) et par des individus ayant été récusée d'un revers de main par la CIRC. Le minimalisme de 1996 est somme toute, à quelques timides avancées près, contorté. La culture politique identifiée, en haut, à propos de 1996, est toujours en place.

Pourtant, les stimuli pour infécher cette situation n'ont pas manqué. Ce qui a manqué est non seulement, sur le plan théorique, une vision claire et approfondie du concept de justice constitutionnelle, mais aussi, et surtout, la volonté de la violence totale des partis politiques d'accroître le rôle de la Cour constitutionnelle. Le parti libéral d'aujourd'hui ne se souvient plus de ses critiques virulentes des années 1990 à l'égard du minimalisme de l'art. 95ter Const. Sur de sa position dominante sur l'échiquier politique et de sa très probable présence dans les futurs gouvernements, le parti chrétien social est resté réservé et prudent (Pourquoi vouloir se lier les mains, si l'on tient les rênes ?). Du côté des écologistes, aucune initiative n'a été prise alors même que l'un des leurs dirige le ministère de la justice. Quant à l'ADP, qui n'est pas représenté au sein de la CIRC, son apport à la discussion sur la réforme est, pour l'instant, inexistant. Du côté des socialistes, à l'époque les plus réticents à l'égard d'une Cour constitutionnelle, les avis semblent toujours divisés. Même Alex Bodry qui, en tant que

<sup>224</sup> Dans la longue prise de position du ministère de la justice sur la réforme de la justice datant de 2010, annexée au PV, IR 20, réunion de la CIRC du 6.10.2010, le ministre F. Biltgen avait encore maintenu la Cour constitutionnelle. Sa suppression est évoquée par lui, par la suite, dans ses échanges avec la CIRC (voir PV, IR 01, réunion du 20.10.2010; PV, IR 05, 2.2.2011), avant d'être officialisée dans la prise de position du Gouvernement du 22 juin 2011 (doc. parl. n° 6030-5, p. 45 s). Dans ce dernier document, cette réforme radicale est à peine justifiée (lire *ibid.*, p. 44). Pour une motivation circonstanciée, voir l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême, soumis par F. Biltgen et annexé à PV, IR 25, réunion de la CIRC du 27 février 2013, p. 11 ss.

<sup>225</sup> PV, IR 06, réunion de la CIRC du 2.2.2011, p. 2 s.

<sup>226</sup> PV, IR 10, réunion de la CIRC du 27.4.2011, p. 2 s.

<sup>227</sup> Voir aussi PV, IR 21, réunion de la CIRC du 23.1.2013, p. 9 où P.H. Meyers, président de la CIRC, fait état de ses réserves, mais sans avancer de raisons précises.

<sup>228</sup> Avis du Conseil d'Etat du 6.6.2012, doc. parl. n° 6030-6, p. 102, 112.

<sup>229</sup> Voir doc. parl. n° 6030-9, avis de la Cour supérieure de justice du 14.7.2011, avis du parquet général du 19.8.2011.

<sup>230</sup> L'accord est inconnu et immédiat : avis du 21.12.2012, doc. parl. n° 6030-10, p. 12.

<sup>231</sup> Avis de la Chambre des salarés, qui s'est auto-saisie de la proposition de révision n° 6030, du 6.2.2013, doc. parl. n° 6030-11, p. 27 ss. Quant à la Chambre des fonctionnaires et employés publics, qui s'est également auto-saisie, elle a réservé son jugement sur la réforme de la justice en général dans l'attente d'informations plus précises. Avis du 18.6.2013, doc. parl. n° 6030-12, p. 8 s.

<sup>232</sup> En s'opposant à la création de la Cour suprême à laquelle elle était très hostile, la Cour administrative, présidée par Georges Ravarini, a défendu le *statu quo* et, donc, aussi, indirectement, l'existence de la Cour constitutionnelle. Voir doc. parl. n° 6030-8, avis du 8 juillet 2011 de la Cour administrative.

<sup>233</sup> Selon les informations fournies par le greffe de la Cour constitutionnelle, la durée entre la transmission de la question préjudicielle et le prononcé de l'arrêt de la Cour varie entre 4 mois et, au maximum, 7 mois (longue instruction de l'affaire est suspendue du fait des vacances judiciaires s'étendant du 15 juillet au 16 septembre). On notera la durée exceptionnellement longue de la procédure du fait du renvoi d'une question préjudicielle par la Cour constitutionnelle à la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire des quotas d'émissions de gaz à effet de serre (voir les deux arrêts n° 119 du 19 juin 2015 et du 16 juin 2017 : une durée de deux ans et demi). Globalement, les délais fixés par la loi du 27 juillet 1997 (art. 10 et 13) sont respectés.

<sup>234</sup> Voir, sur ce point, les motifs de l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême, soumis par F. Biltgen, annexé à PV, IR 26, 27 février 2013, p. 15. Il est fait référence à l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2010 n° 11710, qui a cassé un arrêt de la Cour appel dans lequel celle-ci, après avoir longuement analysé présent volume, les contributions de Patrick Kirsch et de Nico Edou.

<sup>235</sup> L'abandon est acté formellement dans les amendements envoyés au Conseil d'Etat le 27 septembre 2017, doc. parl. n° 6030-20, amendements 12 et 18.

spécialiste de droit constitutionnel et président de la CIRFC, a joué et joue un rôle clé dans les avancées actuelles du dossier n° 6030, a tergiversé quant à un éventuel renforcement de la Cour constitutionnelle. De manière générale, les grands partis – ceux qui ont toutes les chances de se retrouver régulièrement au gouvernement – sont, dans ce débat, à la fois juge et partie, car c'est leur liberté de manœuvre, actuelle et future, qui est en cause dans ce débat. Sur ce point, il n'est pas certain que l'intérêt de ces partis et l'intérêt des citoyens convergent. Il n'y a que le parti de gauche *déi Léik* qui, clairement, a pris fait et cause pour une profonde réforme de la Cour constitutionnelle pour ce qui est de ses attributions et de ses modes de saisine ; mais la faible représentation de ce petit parti (2 députés sur 60) ne lui permet pas d'infléchir les rapports de pouvoir.

À cela s'ajoute que cet autre acteur crucial dans tout processus législatif et constituant qu'est le Conseil d'Etat est resté assez en retrait sur ce thème : d'un part, il a été, et continue à être, l'un des plus fervents défenseurs du contrôle diffus (et donc de la suppression de la Cour constitutionnelle)<sup>236</sup> ; d'autre part, étant lui-même « gardien de la Constitution » à travers ses avis et son droit de « veto » temporaire, il est, tout comme d'ailleurs les partis politiques à la Chambre des députés, à la fois juge et partie. Prôner un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois ou encore des traités par la Cour constitutionnelle – deux lacunes majeures du système actuel – reviendrait, de sa part, à saborder en partie son propre rôle et à mettre en doute sa propre crédibilité en tant qu'« expert juridique »<sup>237</sup>. Or le Conseil d'Etat, de par sa composition mixte (moitié juristes, moitié non-juristes), et *a fortiori* avec la politisation de plus en plus forte de sa procédure de nomination<sup>238</sup>, ne peut prétendre à la même expertise juridique que celle de la Cour constitutionnelle, qui, elle, est composée exclusivement de juristes. Ses avis peuvent mélangier des arguments d'opportunité et de juridicité, ce qui est, d'ailleurs, considéré comme un atout par les acteurs politiques qui, encore dans la récente réforme de 2017, ont refusé de réduire le Conseil d'Etat à un organe d'experts juridiques. Sur le plan juridique, si les analyses du Conseil d'Etat sont souvent de grande qualité, certains avis sont parfois discutables, faibles<sup>239</sup> ; lacunaires<sup>240</sup> voire – c'est rare, heureusement – complaisants (il suffit de penser à l'affaire du traité de Maasticht). Enfin, il convient de rappeler que ses avis ne sont pas dotés de l'autorité de chose décidée/jugée et que son « veto » n'est que temporaire. C'est dire que la Cour constitutionnelle pourrait jouer un rôle utile, sans du reste éclipser le Conseil d'Etat qui pourrait continuer à jouer son rôle, essentiel, dans la confection des lois et règlements.

En tout cas, les facteurs susmentionnés expliquent pourquoi les ambitions réformistes des principaux acteurs de la révision totale restent pour l'instant très modérées.

## 2° Sur le plan de la composition de la Cour : des retouches marginales

Pour ce qui est de la composition de la Cour constitutionnelle, il faut noter que les quatre traits marqués actuels, identifiés plus haut, n'ont quasiment jamais été discutés. Même la proposition alternative de Constitution proposée par *Déi Léik* restait assez traditionaliste et vague sur le plan de la composition de la Cour, mise à part sa proposition insistive de limiter le mandat de ses membres par un terme précis<sup>241</sup>.

<sup>236</sup> Lire encore son récent avis du 15 décembre 2017, doc. parl. n° 6030-21, p. 5.

<sup>237</sup> Le Conseil d'Etat a, certes, argué en faveur de la Cour constitutionnelle pour ce qui est du contrôle juridictionnel des mandats des députés. Mais, sur ce point, la réforme était sans incidence sur le rôle du Conseil d'Etat lui-même.

<sup>238</sup> L. Heuschling, « De la réforme du Conseil d'Etat. Un éclairage critique », *d'Leitzbuenger Land*, 10 février 2017, p. 11-12.

<sup>239</sup> Voir, par ex., son avis sur la dissolution à effet différé de 2013, avec, en particulier, son invocation d'une « coutume constitutionnelle ». Pour une analyse critique : L. Heuschling, « Un vieux bateau pris dans la tempête : la Constitution luxembourgeoise. Analyse scientifique de l'avis du Conseil d'Etat du 18 juillet 2013 », *Leitzbuenger Land*, 2 août 2013, p. 10-11 ; *id.*, « Le concept de dissolution, l'histoire des dissolutions de la Chambre des députés & la coutume », *Pastiches luxembourgeois*, 2014, n° 2, p. 469-547.

<sup>240</sup> De l'avis du Conseil d'Etat lui-même : voir sa « Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'Etat » (non publiée) du 20 avril 1993, p. 18 (garnex : « le contrôle de constitutionnalité des lois »). Il s'agit du problème, bien connu, qu'un contrôle préalable, de par son aspect abstrait, risque d'ignorer des inconstitutionnalités qui, au contraire, surgissent une fois la loi appliquée.

Les deux seules modifications actées pour l'instant sont, d'une part, celle de rayer de la Constitution l'actuel art. 95ter, § 3, dernière phrase (la Cour siège en chambre de cinq membres) de manière à ce que la loi puisse prévoir, pour le contrôle des lois, des réunions de la Cour constitutionnelle en formation plénière et, d'autre part, celle d'autoriser le législateur à prévoir l'adjonction de suppléants selon des modalités qui restent entièrement à définir<sup>242</sup>. Comme si souvent, la nouvelle Constitution se contente de confier la tâche de régler des points importants de la matière à la loi ordinaire, plutôt que de poser elle-même les normes de fond. Ainsi, on ne sait pas encore qui choisira, selon quelle procédure, combien de suppléants parmi quelles personnes.

On notera que la solution proposée sur ce point en 2012 consistait à investir le président de la Cour constitutionnelle du choix, pour telle affaire précise, d'« un ou plusieurs » suppléants parmi les juges de la Cour d'appel et de la Cour administrative<sup>243</sup>. Si cette solution de 2012 était reprise dans l'avenir, elle serait remarquable à trois égards : 1. elle confirmerait et renforcerait, de manière éclatante, le paradigme actuel de la dépolitisation du recrutement des membres de la Cour constitutionnelle ; 2. elle resterait dans la logique du minimalisme : après la non permanence de la Cour, voici, à présent, des membres *ad hoc* ; 3. cette solution serait très originale, car unique dans le monde : elle serait assimilable ni au système autrichien, liechtensteinois ou bolivien de la suppléance, où des membres suppléants sont, *dès le départ*, désignés selon les règles usuelles de nomination des membres de la cour constitutionnelle<sup>244</sup>, ni au système portugais où trois membres titulaires de la Cour sont désignés par voie de coopération par tous les juges déjà en place de la Cour (et non par le seul président)<sup>245</sup>. Unique, la solution serait aussi très contestable, en ce qu'elle permettrait au seul président de la Cour constitutionnelle de désigner un ou plusieurs membres suppléants. Sa discrétion, pour la composition de la chambre de cinq juges de la Cour (art. 9 loi 1997), est déjà quasiment sans limites : elle le serait encore plus à travers la désignation solitaire de suppléants dont le nombre n'est d'ailleurs pas limité. Des reproches de partialité risqueraient de surgir. La voix des juges administratifs, et donc du droit public, risquera, aussi, de ne pas être écoutée suffisamment. Aussi serait-il souhaitable de confier la désignation des suppléants à l'ensemble de la Cour (coopération).

## 3° Sur le plan des attributions et de la saisine : la persistance de la méfiance

Sur le plan du champ de compétences et aussi du mode de saisine, l'absence de volonté politique de dépasser le statu quo est nette et sans appel. Pour s'en rendre compte, il suffit de faire la liste des diverses voix – provenant, le plus souvent, d'acteurs à la marge du jeu politique – qui ont demandé le renforcement du rôle de la Cour constitutionnelle, mais qui n'ont rencontré aucun succès.

a) Les quelques suggestions en la matière émises par les experts étrangers de la Commission de Venise<sup>246</sup> ont été ignorées par la CIRFC.

<sup>242</sup> Voir la proposition alternative de révision totale de la Constitution du parti *Déi Léik*, présentée à l'opinion publique le 16 avril 2015 (voir le site dédié au projet : <http://verfassung.dei-leik.lu/>) et déposée à la Chambre par le député Serge Urbany le 24 février 2016, dossier parl. n° 68566. Lire l'art. 155 du doc. parl. n° 6856-00 : « Les membres de la Cour constitutionnelle sont pour moitié des magistrats nommés par le Président de la République sur proposition de la Cour suprême. L'autre moitié sont des magistrats nommés par la Chambre des Députés à la majorité absolue. Les nominations se font pour une durée de 6 ans, renouvelable une fois ». L'article restait assez vague sur la permanence de la Cour : la répolitisation de la procédure de recrutement, à travers l'introduction de la Chambre des députés, restait assez limitée car, à première vue, seuls des « magistrats » pouvaient devenir membres de la Cour.

<sup>243</sup> Voir le texte coordonné de la proposition n° 6030 annexé au doc. parl. n° 6030-23 (7 février 2016), art. 104. En particulier l'art. 104 § 4 énoncé : « Lorsque la Cour constitutionnelle ne peut se composer utilement, elle est complétée par des suppléants ».

<sup>244</sup> Voir doc. parl. n° 6403B-5 (amendements du gouvernement au projet de loi sur les attachés de justice, 27 janvier 2012), p. 27.

<sup>245</sup> Autriche : art. 147 LCF ; Liechtenstein : art. 1 et 3 de la loi du 27 novembre 2003 sur la Staatsgerichtshof ; Bolivie : voir supra note 39.

<sup>246</sup> Const. Portugal 1974, art. 222.

<sup>247</sup> Voir supra note 219.

b) Dans son avis de 2009 sur la refonte de la Constitution, la Cour administrative avait prôné d'attribuer les conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions à la Cour constitutionnelle, en lieu et place de la Cour supérieure de Justice<sup>247</sup>. Cette dernière proposition avait d'ailleurs reçu un soutien de taille puisque le ministre de la Justice F. Biligen l'avait reprise à son compte en 2010<sup>248</sup>. Cette proposition s'inscrivait ni dans une réflexion d'ensemble sur la justice constitutionnelle, ni dans une analyse comparative des cours constitutionnelles ; elle était née du souci de la Cour administrative – suite déjà à la vive controverse de 1997, avec la Cour supérieure de Justice, sur la présidence et le siège de la Cour constitutionnelle – de revendiquer l'égalité de dignité des juridictions administratives par rapport aux juridictions judiciaires. En effet, la Cour constitutionnelle se prêtait à cette possible compétence, précisément parce que, au Luxembourg, elle est composée, bien que de façon non paritaire, de juges issus des deux ordres et qu'à l'inverse d'un hypothétique tribunal des conflits à créer, elle a l'avantage d'exister. Une telle solution, développée d'abord en Autriche, et présente aussi en Grèce, est d'ailleurs reprise dans un nombre croissant de pays.<sup>249</sup> Mais, la CIRC, n'a jamais prêté attention à cette proposition. Le gouvernement de l'époque, dirigé par J.C. Juncker, ne l'a plus reprise une fois qu'il défendait, à l'instigation de son ministre de la Justice, l'idée de créer une cour suprême<sup>250</sup>. Cet abandon était logique, dans ce contexte. Or, avec l'abandon du projet de cour suprême, la question d'un « juge des conflits » dont la composition soit davantage équilibrée revient sur la table.

c) Dans la prise de position du ministère de la Justice de 2010, F. Biligen avait également proposé d'attribuer encore une autre compétence à la Cour constitutionnelle : celle de juge d'appel des décisions en matière disciplinaire rendus, d'une part, par la Cour supérieure de Justice à l'égard des Juges judiciaires et, d'autre part, par la Cour administrative à l'égard des juges administratifs. Le but était de garantir un double degré de juridiction<sup>251</sup>. Or cette proposition, très originale en droits comparés, a connu le même sort que celle, précédente, en matière de conflits d'attribution entre ordres de juridictions : le gouvernement l'a abandonnée dans sa prise de position de 2011<sup>252</sup>.

d) Dans son avis du 6 février 2013, la Chambre des salariés (donc les syndicats), tout en marquant son accord avec la suppression de la Cour constitutionnelle, avait tenu toutefois à élargir le débat. Demandant à ce que le contrôle de la constitutionnalité des lois, quel qu'en fût le titulaire, soit amplifié, elle proposait ainsi : 1. l'introduction d'un contrôle *a priori* de toutes les lois, y compris des lois autorisant la ratification d'un traité, contrôle qui serait déclenché sur saisine de 10 députés, du chef de l'Etat, du Conseil d'Etat ou d'une chambre professionnelle ; 2. l'introduction d'un contrôle abstrait *a posteriori* sur saisine du Conseil d'Etat ou d'une chambre professionnelle ; 3. l'élargissement des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre du contrôle différé *a posteriori*, en ce que la Chambre des députés serait obligée d'abroger les dispositions législatives inconstitutionnelles<sup>253</sup>. Cet avis, à travers lequel la Chambre des salariés s'est autosaissi de la refonte de la Constitution, a, certes, obtenu le statut de « document parlementaire », et donc de document officiel, publiée sur le site de la Chambre des députés – certains acteurs de la société civile qui, à leur tour, se sont « autosaissés » de la refonte et ont envoyé un avis n'ont pas obtenu ce résultat –, mais, sur le fond, à en juger d'après les procès-verbaux de la CIRC, cet avis n'a jamais été discuté par la commission. En particulier, la CIRC, n'a jamais pris note de son plaidoyer en faveur d'une vision plus riche de la Justice constitutionnelle.

e) Une autre voix qui a plaidé dans le désert la cause de la Cour constitutionnelle était, comme déjà indiqué, le parti de la gauche *Dei Léng*. Son projet alternatif de Constitution datant de 2015, qui se positionnait en nette rupture avec la proposition n° 6030 (l'instauration

<sup>247</sup> Avis de la Cour administrative, 24.9.2009, doc. parl. n° 6030-4, p. 12.

<sup>248</sup> Voir la prise de position du ministère de la Justice, annexe au PV, IR 20 (réunion du 6.10.2010), p. 5.

<sup>249</sup> Voir supra la liste des compétences Juridictionnelles des cours constitutionnelles, n° 95.

<sup>250</sup> Prise de position du Gouvernement, doc. n° 6030-5, 22 juin 2011, p. 45 s.

<sup>251</sup> Voir la prise de position du ministère de la Justice, annexe au PV, IR 20 (réunion du 8 octobre 2010), p. 6 s.

<sup>252</sup> Prise de position du Gouvernement, doc. n° 6030-5, 22 juin 2011, p. 45 s.

<sup>253</sup> Doc. parl. n° 6030-11, p. 27 ss.

d'une République, l'accent mis sur les droits sociaux, l'approfondissement de la démocratie, etc.), se voulait également très ambitieux et incisif par rapport à la Cour constitutionnelle. S'inspirant de l'avis de la Chambre des salariés et de certains modèles étrangers, spécialement du *Bundesverfassungsgericht* allemand, du Conseil constitutionnel français et des modèles autrichien et centre-européen (pour ce qui est du contrôle des règlements), le parti *Dei Léng* proposait de démultiplier de manière massive, et parfois incohérente, les compétences et modes de saisine de la Cour constitutionnelle. La batterie des innovations proposées incluait pas moins de 10 mesures, d'ampleur souvent radicale<sup>254</sup> : 1. la consultation obligatoire, par la Chambre des députés, de la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de tout traité international avant sa ratification ; 2. la création d'un contrôle abstrait de la constitutionnalité des traités sur saisine de cinq députés (*a priori* ou *a posteriori*), du Conseil d'Etat (*a posteriori*), d'une chambre professionnelle (*a posteriori*) ou d'une commune (*a posteriori*) ; 3. l'extension de l'actuelle obligation de renvoi à la Cour constitutionnelle de toute question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'un traité ; 4. la création d'un contrôle abstrait et *a priori* de la constitutionnalité des lois sur saisine de cinq députés (donc, surtout, de l'opposition) ; 5. la création d'un contrôle abstrait et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois sur saisine du Conseil d'Etat, d'une chambre professionnelle ou d'une commune ; 6. l'attribution du contrôle de la constitutionnalité de tous les règlements à la Cour constitutionnelle, sur saisine soit de cinq députés (*a priori* et *a posteriori*), soit du Conseil d'Etat (*a posteriori*), soit d'une commune (*a posteriori*) ; 7. la création d'une obligation de renvoi à la Cour constitutionnelle de toute question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'un règlement ; 8. la création, au profit des particuliers et personnes morales victimes d'une violation de leurs droits fondamentaux, d'une *Verfassungsbeschwerde* auprès de la Cour constitutionnelle, après épuisement des voies de recours ordinaires ; 9. l'attribution à la Cour constitutionnelle du contrôle préalable de la constitutionnalité des mandats de ses membres. Le projet avait sans doute quelques faiblesses (au niveau de la cohérence) et opérait des césures radicales, et à mon avis discutables, par rapport à la tradition, en ce qui concerne à la fois les traités (ceux-ci sont placés sous la Constitution, du fait du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*) et les règlements (les juridictions ordinaires sont spoliées de toute compétence à leur égard, sans que cela ne soit justifié). En même temps, il esquissait des solutions intéressantes sur d'autres points. Quoiqu'il en soit, ce projet alternatif a été à peine discuté. Dans sa prise de position, le gouvernement actuel (DP-LAP-Vents) a refusé de discuter la proposition et s'est contenté d'affirmer sa préférence pour la proposition n° 6030<sup>255</sup>. Le Conseil d'Etat, dans son avis<sup>256</sup>, a fait de même, ce qui montre d'ailleurs, à nouveau, le caractère en partie politique de l'organe (un véritable expert, ou conseiller, ne peut pas se permettre de refuser de s'exprimer sur un texte soumis ; il doit l'analyser). La CIRC, certes, laissé au député Marc Baum (*Dei Léng*) le soin de présenter le projet alternatif dans son ensemble ; mais le compte-rendu montre les très fortes réserves des autres partis, en particulier sur la composition de la Cour constitutionnelle<sup>257</sup>. Au riche éventail des compétences a été opposé le plus souvent un silence réprobateur (ce qui exotère les députés de tout discours rationnel de justification). C'est d'ailleurs ce même silence qui a été opposé aux citoyens, pourtant érigés régulièrement en « souverain »...

¶ Lors de la consultation du public sur la proposition n° 6030 organisée en 2015 par la CIRC, trois propositions sur un total de 107 propositions soumises par des citoyens avaient trait à la Cour constitutionnelle<sup>258</sup>. Elles réclamaient non seulement le maintien de la Cour constitutionnelle – sa suppression est qualifiée de « *gromdatsch* », archi-faux –, mais encore son renforcement. Les trois options réclamaient à ce que des particuliers puissent saisir directement la Cour constitutionnelle. La troisième proposition soultrait même donner le

<sup>254</sup> Voir doc. parl. n° 6956-00, les articles 95, 98, 121, 151 à 154, 202.

<sup>255</sup> Doc. parl. n° 6956-1, 22 avril 2016.

<sup>256</sup> Doc. parl. n° 6956-2, 10 octobre 2017.

<sup>257</sup> Procès-verbal de la réunion de la CIRC du 29 novembre 2017, PV, IR 06.

<sup>258</sup> La liste véritablement complète des propositions du grand public est annexée aux procès-verbaux de la CIRC, à partir du 27 janvier 2016. Voir, par ex., PV, IR 14, séance de la CIRC du 27.1.2016. Pour les trois propositions relatives à la Cour constitutionnelle, lire p. 66, p. 68-69 et p. 72.



droit de saisine à des députés, à des « instances publiques » (sans précision) et à des « acteurs de la société civile à déterminer » et invitait la Chambre des députés à s'inspirer du modèle du *Bundestversammlungsgesetz*. Or celui-ci est, comme déjà dit, pour la plupart des députés des grands partis un véritable repoussoir ! Lors d'un premier examen de ces trois propositions le 20 janvier 2016, avant l'organisation du *hearing* public, la CIRCO n'en a pas du tout analysé le fond (il n'y a eu aucune discussion) ; elle s'est contentée de suspendre son jugement, jusqu'à ce que le gouvernement précise ses intentions quant à l'introduction d'une Cour suprême<sup>265</sup>. Reporté encore une fois le 23 septembre 2016<sup>266</sup>, le débat annoncé a eu lieu finalement le 14 juin 2017, mais seulement sous une forme escamotée. Car, alors que les trois propositions exigeaient, de manière unanime, le droit de saisine des *particuliers*, la CIRCO a esquivé ce point, le président Alex Bodry se contentant de soulever seulement la question d'un éventuel droit de saisine d'un certain nombre de députés pour faire contrôler une loi. Simple lapsus ? Voilà une manière quelque peu cavalière de traiter le « souverain »... Selon le compte-rendu, « les membres de la Commission semblaient partagés sur la question »<sup>267</sup>. Le « partage » semble particulièrement déséquilibré, car les seuls à surger en faveur d'une telle mesure (donc l'octroi du droit de saisine à cinq députés, à l'opposition) étaient le représentant du parti *Die Link* et, jusqu'à un certain point, Alex Bodry. Les objections, provenant à la fois du LSAP, du DP et du CSV, étaient variées et nombreuses : l'inutilité d'un tel contrôle au regard du rôle joué par le Conseil d'Etat, le risque de divergence de vue entre la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat (risque qui existe, en réalité, déjà à l'heure actuelle...), le risque de politisation de la Cour constitutionnelle (le contrôle a posteriori serait-il moins « politique », parce que son effet est retardé ?), l'interférence du pouvoir judiciaire dans le pouvoir législatif (un argument digne du XIX<sup>e</sup> siècle...), la possibilité pour la Cour d'imposer son interprétation de la Constitution au détriment de celle défendue par la Chambre des députés (argument en soi crédible, s'il existe, du côté de la Cour dans son véritable « interprétation » articulée et justifiée), la surcharge de travail pour la Cour dans son actuelle configuration de juridiction non permanente et, enfin, le risque que l'opposition ne s'en serve systématiquement afin d'obstruer le processus législatif (or c'est la Constitution qui est l'enjeu...). À lire le procès-verbal, qui n'est pas un *verbatim*, le rejet du droit de saisine de la Cour constitutionnelle par quelques députés est massif. Même après 20 ans d'expérience de la Cour constitutionnelle (où, peut-être, à cause de cette expérience), la méfiance des élus, y compris au sein des grands partis susceptibles de siéger, par intervalles, sur les bancs de l'opposition (DP, LSAP, Verts), reste vive à l'égard de la juridictionnalisation de la sphère politique.

Les seules évolutions à noter, au niveau du champ de compétence de la Cour constitutionnelle, se situent à deux niveaux.

Un point de réforme qui a été soulevé très tôt et qui, chemin faisant, a été intégré dans la version modifiée actuelle de la proposition n° 6030 est l'élargissement des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle : lorsque la Cour constitutionnelle, saisie par renvoi d'une question préjudicielle, constate qu'une disposition législative est contraire à la Constitution, l'arrêt aurait un effet général. Mais lequel exactement ?

La disposition concernée de l'actuelle proposition n° 6030<sup>268</sup> est l'art. 104 § 6 qui énonce : « Les dispositions des lois déclarées non conformes à la Constitution par un arrêt de la Cour constitutionnelle cessent d'avoir un effet juridique le lendemain de la publication de cet arrêt dans les formes prévues pour la loi, à moins que la Cour constitutionnelle n'ait ordonné un autre délai. Ce délai ne peut pas excéder douze mois. » Le bout de phrase « cessent d'avoir un effet juridique » n'est pas parfaitement clair : il peut, et a été compris au cours des débats, de deux manières ! Soit cette formule vague signifie non pas que la loi est abrogée par la Cour constitutionnelle, mais qu'elle ne doit plus être appliquée par personne. Elle reste valide, mais est inapplicable. C'est un système d'inapplicabilité généralisée, le Conseil d'Etat a parlé

de « désapplication générale »<sup>269</sup>. La disposition législative reste dans le système juridique – concrètement, l'article de la loi reste inscrit dans le texte de la loi et les publications officielles et officielles doivent continuer à l'intégrer –, mais elle y subsiste telle une scorie d'un autre âge, car elle ne doit plus être appliquée, ni par les juridictions ordinaires, ni (surtout !), en amont, par les organes administratifs chargés de l'application et par les personnes physiques et morales de droit privé. Le cas échéant, si la norme constitutionnelle qui empêche l'application de la disposition légalisée venait à disparaître, la disposition redeviendrait applicable, sans que cela ne soit visible à l'œil nu. Voilà un système qui ne facilite pas la tâche de connaître le droit en vigueur, ni aux communs des mortels, ni même aux juristes ! Sur ce point, l'abrogation aurait été plus satisfaisante, car plus visible, simple et pratique. Soit il y a l'autre manière de comprendre la formule vague de « cesser ses effets juridiques » : la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle semble, en effet, l'entendre dans le sens d'une abrogation, pure et simple<sup>270</sup>, ce qui serait, effectivement, une solution plus satisfaisante. Sur ce point, une réécriture et clarification du texte serait hautement souhaitable.

Quoi qu'il en soit, pour ce qui est du nombre de compétences de la Cour constitutionnelle, on peut estimer que ce changement (inapplication générale ou abrogation) constitue davantage une transformation de la compétence actuellement déjà détenue par la Cour constitutionnelle que l'ajout d'une compétence entièrement nouvelle.

Le véritable ajout d'une nouvelle compétence a trait à la validation des mandats des élus à la Chambre des députés. Mais la cause était loin d'être gagnée d'avance pour la Cour constitutionnelle.

L'art. 71 de la version initiale de la proposition n° 6030, déposée par PH. Meyers, se contentait de reprendre le droit actuel. Mais, assez vite, les membres de la CIRCO ont été convaincus de la nécessité d'une réforme. Faute d'un véritable examen de fond, cette validation par les élus eux-mêmes n'est, en effet, comme l'a dit crûment Alex Bodry, qu'un « simulacre »<sup>271</sup> qui prête le flanc à des critiques de partialité, les élus étant jugés et parties le précédent, en 1934, de l'annulation de la liste communiste par la Chambre des députés. Sur ce point, la nécessité d'un changement « ne restait plus à démontrer » selon la CIRCO<sup>272</sup>, d'autant que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut être interprétée comme obligeant le Luxembourg à instaurer un contrôle juridictionnel. Dès juin 2010 était envisagée la piste d'un contrôle par la Cour constitutionnelle<sup>273</sup>, à l'instar de nombre de droits étrangers.

Or, matinalisée par les discussions sur les réformes souhaitées par F. Biltgen (Conseil national de la justice, Cour suprême), la problématique n'était plus discutée jusqu'en 2014, lorsque le sujet revient sur le tapis, sur insistance du nouveau président de la CIRCO A. Bodry<sup>274</sup>. Dans un premier temps, il a pu sembler que la CIRCO s'orientait effectivement vers un contrôle par la Cour constitutionnelle, défendue par un député du CSV (P.-H. Meyers ?) en référence au modèle allemand (art. 41 Loi fondamentale)<sup>275</sup>. Or, cette solution s'est effilochée par la suite. A. Bodry a soumis à la CIRCO trois options (contrôle par la Cour constitutionnelle,

<sup>265</sup> Avis du Conseil d'Etat, 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 27. Son affirmation que l'effet, en pratique, serait « proche d'une véritable annulation » est inexacte. Une norme abrogée est définitivement morte ; une norme qui ne doit plus être appliquée est toujours valide (i.e. fait partie du système juridique) et peut redevenir applicable un jour. C'est une norme non pas morte, mais en quelque sorte « endormie », car « anesthésiée ». Il y a aussi une différence nette, en pratique, du point de vue de la visibilité et clarté des textes du droit : un article de loi grevé d'une obligation d'inapplicabilité (norme « endormie ») apparaît toujours dans les textes régulièrement mis à jour sur *Legiflex* ; une norme « morte » (abrogée) ne doit plus figurer dans les textes mis à jours, l'article en question doit être biffé.

<sup>266</sup> En ce sens : doc. parl. n° 6030-20, p. 8. Peu clair : PV, IR 07, réunion de la CIRCO du 3 janvier 2018, p. 9 s. ; PV, IR 09, réunion de la CIRCO du 17 janvier 2018, p. 3.

<sup>267</sup> A. Bodry, président de la CIRCO, PV, IR 22, réunion de la CIRCO du 2.7.2014, p. 5.

<sup>268</sup> PV, IR 14, réunion du 2 juin 2010, p. 5.

<sup>269</sup> PV, IR 16, séance de la CIRCO du 9 juin 2010, p. 5.

<sup>270</sup> Voir PV, IR 22, réunion de la CIRCO du 2.7.2014, p. 5.

<sup>271</sup> PV, IR 27, réunion de la CIRCO du 23.9.2014, p. 8 s.

<sup>268</sup> PV, IR 13, séance de la CIRCO du 20.1.2016, p. 10 s.

<sup>269</sup> PV, IR 45, séance du 23.9.2016, p. 5 ss.

<sup>270</sup> PV, IR 29, réunion de la CIRCO du 14 juin 2017, p. 6

<sup>271</sup> Voir le texte coordonné de la proposition n° 6030 joint au doc parl. n° 6030-23 (7 février 2018).

par la Cour administrative ou par un organe spécial à l'instar de ce qui se passe en Suède), avec, visiblement, une certaine attirance pour le droit suédois qui, par ailleurs, a servi souvent de modèle à la CIRFC en matière de monarchie<sup>270</sup>. Or, une fois que la solution suédoise s'est avérée peu satisfaisante, la CIRFC, sur instigation de son président, a décidé de renfermer la solution originale, mais non dépourvue de sens<sup>271</sup>, d'un contrôle par la Cour administrative, et ce à l'encontre de l'option d'un contrôle par la Cour constitutionnelle défendue par le député de la gauche radicale, Serge Urbany<sup>272</sup>. Il est intéressant de noter que, face à cette alternative, les quatre partis dominants au sein de la CIRFC (LSAP, DP, Verts, CSV) se sont braqués, refusant non seulement de faire de la Cour constitutionnelle un juge électoral, mais même d'engager un débat sur son rôle en général.

Deux propos incisis, énoncés ce 11 février 2015, méritent d'être relevés. Selon un représentant du CSV dont l'identité n'est pas indiquée – s'agissait-il de Paul-Henri Meyers, jusqu'en 2013, l'expert incontesté au sein du CSV pour le droit constitutionnel, ou plutôt de Claude Wiseler qui, en tant que nouveau chef de fraction, prenait de plus en plus la main sur ce dossier ? –, introduire, en matière de contentieux électoral, un droit de saisine des particuliers devant la Cour constitutionnelle provoquerait « une discussion sur la place que la Cour constitutionnelle occupe dans notre système juridique, discussion qui, à ce stade, ne serait pas très opportune »<sup>273</sup>. Voilà qui en dit long : alors qu'ailleurs, dans nombre de pays étrangers, la question de l'existence et du rôle d'une cour constitutionnelle est primordiale dans l'élaboration d'une nouvelle Constitution, au Luxembourg, en ce XXI<sup>e</sup> siècle, elle peut être négligée, marginalisée. Non moins éclairant est le propos du président Alex Bodry : celui-ci a mis en garde contre la solution de la Cour constitutionnelle, en arguant que, « vu sa composition [...], notre Cour constitutionnelle ne peut pas être comparée aux Cours constitutionnelles des autres pays européens »<sup>274</sup>. L'argument de la composition peut, en l'espèce, être compris de deux manières : 1. vu l'absence de juges choisis par les organes politiques, la Cour constitutionnelle luxembourgeoise n'est pas aussi digne de confiance que ses homologues étrangers pour régler des questions qui touchent, intimement, à la carrière des élus politiques ; 2. eu égard à la prédominance numérique au sein de la Cour constitutionnelle des juges judiciaires, peu au fait des questions de droit public, il vaut mieux se fier, si contrôle juridictionnel il y a, aux juges administratifs.

Coulee dans la proposition n° 6030, cette solution s'est attiré toutefois les critiques du Conseil d'État, lequel a plaidé la cause de la Cour constitutionnelle<sup>275</sup>, comme le faisait également une note préparée par les services du secrétaire général de la Chambre des députés. Aussi, le 5 juillet 2017<sup>276</sup>, la CIRFC est-elle revenue sur sa décision et a opté, en fin de compte, pour un contrôle par la Cour constitutionnelle, alors même que, comme l'a précisé A. Bodry, « la Commission est traditionnellement réticente à attribuer des missions supplémentaires à la Cour constitutionnelle »<sup>277</sup>.

<sup>270</sup> P.V. IR 03, réunion de la CIRFC du 12 novembre 2014, p. 7 s.

<sup>271</sup> Ce type de contentieux est en effet un contentieux concret qui mobilise non seulement la Constitution, mais aussi, et surtout, toutes les autres sources de droit. En outre, il s'agit d'un contentieux de droit public. Contra : l'avis du Conseil d'État du 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 19 (« ce type de recours... ne saurait être assimilé à un contentieux administratif ordinaire »).

<sup>272</sup> P.V. IR 12, réunion de la CIRFC du 11 février 2015, p. 5.

<sup>273</sup> P.V. IR 12, réunion de la CIRFC du 11 février 2015, p. 6.

<sup>274</sup> P.V. IR 12, réunion de la CIRFC du 11 février 2015, p. 6.

<sup>275</sup> Avis du Conseil d'État du 14 mars 2017, doc. parl. n° 6030-19, p. 18 ss.

<sup>276</sup> P.V. IR 33, réunion de la CIRFC du 5 juillet 2017, p. 3 ss. Voir, dans la version consolidée (doc. parl. n° 6030-23), l'art. 69 : « (1) La Chambre des députés se réunit en séance publique de plein droit le troisième mardi suivant la date des élections pour vérifier les pouvoirs de ses membres. (2) Il appartient à la Chambre des députés de constater que l'un de ses membres a perdu la qualité de député en raison de la survenance, en cours de mandat, d'une cause d'inéligibilité au sens de l'article 66 ou d'une incompatibilité au sens de l'article 67. (3) Un recours contre ces décisions [aux] du §1<sup>er</sup> et du §2<sup>e</sup> est ouvert devant la Cour constitutionnelle. Les modalités de ce recours sont réglées par la loi. »

<sup>277</sup> P.V. IR 33, réunion de la CIRFC du 5 juillet 2017, p. 4.

Faut-il en rester là au niveau de la proposition n° 6030 ? Faut-il se féliciter du maintien, avec quelques retouches marginales, du minimalisme luxembourgeois ?

### Conclusion sous forme d'un bref plaidoyer

Mis à part l'hypothèse où une norme supérieure de droit positif (droit international ou européen) exige une certaine réforme de la Constitution, il ne revient pas aux scientifiques du droit d'indiquer, *ex cathedra*, avec l'autorité (relative) qui s'attache au mot de « science », la solution à reprendre telle quelle par les décideurs politiques. Le choix politique, revient en démocratie aux élus et aux citoyens. Ce que la science du droit peut toutefois faire, sans perdre sa prétention à une certaine objectivité, c'est de clarifier le débat politique, afin que la décision politique finale soit prise en connaissance de cause. La science peut – et c'est ce que la présente recherche a fait jusqu'ici – cartographier le débat politique : Quels problèmes sont identifiés, quelles solutions sont envisagées ? Quels sont les angles morts et non-dits de la discussion : quelles options ne sont pas ou peu évoquées, alors que, en soi, en pure théorie, elles sont possibles (parce qu'elles existent à l'étranger ou que, même, elles sont imaginables) ? Le scientifique peut-il aller plus loin et plaider en faveur de la mise en œuvre de telle ou telle solution ? Pour ma part, je le pense, à condition, comme l'avait déjà relevé Max Weber<sup>278</sup>, de faire preuve de transparence, i.e. d'auto-réflexion critique : au scientifique d'afficher les idéaux politiques qui informent son appréciation de la situation et sa conclusion normative. Pour ma part, je plaiderai en faveur de l'extension des compétences et modes de saisine de la Cour constitutionnelle est fondé, d'un côté, sur une prise en compte plus stricte de l'idéal contemporain de l'État de droit et, de l'autre, sur une certaine prise de distance par rapport aux bienfaits (parfois réels, j'en conviens) de l'esprit d'arrangement inhérent au modèle traditionnel de la démocratie luxembourgeoise. Cela m'amène à regarder avec un peu plus de sévérité certaines pratiques du passé ou, à tout le moins – même en l'absence de dysfonctionnements avérés – de regarder avec plus d'appréhensions l'avènement de tels abus dans l'avenir.

Au-delà de quelques imperfections d'ordre rédactionnel – la clarification souhaitable des expressions « magistrat »<sup>279</sup> et « oessent d'avoir un effet juridique »<sup>280</sup> –, la proposition n° 6030, en sa version actuelle<sup>281</sup>, mériterait d'être revue surtout sur le plan des attributions et modes de saisine de la Cour constitutionnelle.

- Pour ce qui est de la composition de la Cour constitutionnelle, il serait recommandable d'inscrire dans le texte de la Constitution l'idée d'une certaine représentation équilibrée des deux ordres de juridictions. Le ratio actuel de 2/9 n'est que le fruit d'un usage, qui, en droit, ne lie pas l'assemblée générale conjointe ; les moyens du Grand-Duc, pour contrecarrer un déséquilibre criant, sont limités ainsi qu'il a été vu<sup>282</sup> ; en outre, si, dans l'avenir, la Cour constitutionnelle devait exercer le contrôle de constitutionnalité des lois en formation plénière (donc à 9 juges), la voix du droit public risquera d'être marginalisée à plus forte mesure. Il serait donc souhaitable de prévoir, en droit, un quota d'au moins 3 sur 9, ou 4 sur 9, en faveur des juges administratifs.

- Ma première recommandation concernant les compétences de la Cour constitutionnelle a trait au régime des traités internationaux. Sur ce point, les dérives sont connues : Luc Frieden, en 1996, avec l'appui de la Commission des Institutions et de la révision constitutionnelle de l'époque, en a dressé le bilan, y compris à l'attention du Conseil d'État,

<sup>278</sup> L. Heuschling, « Le relativisme des valeurs : la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », *Jus politicum*, n° 8 (juillet 2012), [www.juspoliticum.com](http://www.juspoliticum.com)

<sup>279</sup> Voir supra le texte lié aux notes 54 et suivantes. La réécriture est d'autant plus souhaitable que, dans le texte de la nouvelle Constitution, l'expression « magistrat » est davantage présente et peut être comprise comme englobant à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet. Surtout, ce dernier se voit accorder un statut d'indépendance par rapport au gouvernement. Voir chapitre 7 (De la justice), articles 94 et suivants de la proposition n° 6030 (doc. parl. n° 6030-23, 7 février 2018).

<sup>280</sup> Voir supra le texte lié aux notes 282 et suivantes.

<sup>281</sup> Voir le texte coordonné joint au doc. parl. n° 6030-23 (7 février 2018).

<sup>282</sup> Voir supra le texte lié aux notes 85 et suivantes.

en concluant de manière cinglante que « *les Parlements successifs ont, à plusieurs reprises, avec l'accord du Conseil d'État, contourné les règles prévues par la Constitution pour sa révision* »<sup>263</sup>. Il n'est nul besoin, à l'heure du « village global » et de l'intégration européenne, d'insister sur l'importance de ces sources de droit que sont les traités et l'éventuel droit qui en dérive. Il ne s'agit pas ici de plaider l'abandon de la tradition luxembourgeoise situant les traités au-dessus de la Constitution, en prônant la création d'un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des traités et du droit dérivé. Eu égard à l'importance actuelle du droit international et de son rang suprême dans l'ordre juridique luxembourgeois, il convient, en revanche, de créer un recours abstrait et *a priori* devant la Cour constitutionnelle, au profit à la fois d'acteurs politiques (en particulier l'opposition) et de simples citoyens, afin que la Cour constitutionnelle puisse dégaier, de manière fiable et avec l'autorité de la chose jugée, si tel projet de traité contredit la Constitution, ce qui obligerait la Chambre des députés à réviser la Constitution, avant de pouvoir autoriser le Grand-Duc à ratifier ledit traité. La Cour pourrait aussi statuer sur le point de savoir si tel traité tombe dans le registre des traités visés actuellement dans les articles 49bis et 37 al. 2 Const.<sup>264</sup> De cette manière, les implications sur la Constitution luxembourgeoise découlant d'un traité sont, au maximum, clarifiées avant la ratification dudit traité et les contenus des deux strates (traités-Constitution) sont harmonisés au mieux. Pour l'instant, le Conseil d'État est censé effectuer un tel examen, mais, pour les raisons déjà indiquées<sup>265</sup>, son contrôle, nécessaire et utile, est insuffisant, ne serait-ce qu'en raison de certaines faiblesses structurelles (son avis ne lie pas ; sa composition mixte).

- Les modalités de l'actuel contrôle par renvoi préjudiciel (donc un contrôle *a posteriori* et, surtout, concret) sont trop restrictives par rapport à l'objectif de l'élimination des lois inconstitutionnelles de l'ordre juridique luxembourgeois. Il est admis, de tous, qu'un système juridique qui prend l'idée de la hiérarchie des normes au sérieux doit, dès le départ, et donc de manière abstraite avec effet général, prévenir l'entrée en vigueur de lois inconstitutionnelles. Or, si le contrôle *a priori* exercé par le Conseil d'État est utile et précieux, et devrait continuer à exister, il n'est pas suffisant. Il serait souhaitable que la constitutionnalité de projets législatifs controversés (du type « séparation de l'État et des Églises », « changement de programme des écoles », « réforme de la fiscalité et/ou du financement des communes », « interdiction de la dissimulation du visage », etc.) puisse être confirmée, ou infirmée, très rapidement. À quoi bon laisser entrer en vigueur des lois aux effets incertains, qui, par la suite, seront déclarées inconstitutionnelles ? Le mal est fait et il sera difficile, voire impossible, de le réparer. L'argument de la « politisation » de la Cour constitutionnelle, par le biais d'un contrôle intervenant *a priori* ou juste après la promulgation (par ex., dans un délai de quelques mois après la publication de la loi) n'est pas sérieux, sans quoi il faudrait supprimer aussitôt le contrôle *a priori* exercé par le Conseil d'État... Le prétoire de la Cour constitutionnelle devrait donc être ouvert à une contestation « rapide » : soit déjà *a priori* (entre le vote et la promulgation), soit dans un court délai après la promulgation, avec possibilité pour la Cour constitutionnelle de suspendre à titre provisoire l'application de la loi contestée. Ce contrôle abstrait, visant les lois ordinaires et les lois de révision, devrait pouvoir être déclenché, d'une part, par certains acteurs de la scène politique, qui ont l'intérêt et les ressources nécessaires pour lancer avec succès un tel procès (en particulier, l'opposition, voire le grand-duc agissant sans contresseing ministériel<sup>266</sup> ; le Conseil

<sup>263</sup> Doc. parl. n° 4154-2, Rapport de la CFCO du 13 juin 1996 portant sur la proposition de révision de l'art. 114 Const., rédigé par L. Frieden, président-rapporteur, p. 1. Lire aussi l'exposé des motifs contenu dans le doc. parl. n° 4154.

<sup>264</sup> Dans la proposition n° 6030, dans sa version coordonnée la plus récente (doc. parl. n° 6030-23), le régime de ces deux articles actuels est repris dans l'art. 5 al. 2.

<sup>265</sup> Voir supra le texte lié aux notes 239 et suivantes.

<sup>266</sup> Il est probable qu'en pratique, par souci de neutralité, le grand-duc ne se servira que très rarement, voire jamais, de son éventuel droit de saisine. Pourtant, il est utile, et même nécessaire, de le prévoir car, selon la proposition n° 6030, le grand-duc, individu, peut désormais être rendu politiquement responsable, et contrairement à l'application par la Chambre des députés, « s'il ne remplit pas ses attributions constitutionnelles » (art. 60 de la Constitution n° 6030, doc. parl. n° 6030-23). Or, il doit respecter la Constitution dans tous ses actes de chef de l'État. Si l'estime, personnellement, qu'une future loi est contraire à la Constitution, il serait cohérent qu'il puisse saisir la Cour constitutionnelle de ses scrupules d'ordre constitutionnel. Son droit de saisine devrait être délié de l'obligation du contresseing ministériel car, d'une part, c'est la responsabilité personnelle du grand-duc qui

d'État<sup>267</sup>, les chambres professionnelles, l'ordre des avocats, les communes, etc.) et, d'autre part, à l'instar de ce qui se fait en Belgique à travers le recours en annulation devant la Cour constitutionnelle belge, par les « particuliers » (personnes physiques et morales de droit privé) dont les intérêts, voire droits sont mis en cause.

- Divers débats dans le passé – celui de 2008 sur la dissolution à effet différé de la Chambre des députés, celui de 2013 sur le refus d'Henri de Nassau de signer la future loi sur l'euthanasie, ceux des années 1990 sur les modalités de ratification de certains traités, etc. – montrent que, même dans le système politique luxembourgeois si « consensuel », il existe parfois d'importants litiges entre acteurs politiques, conflits qui mobilisent des normes juridiques, et qui, à ce titre, dans un État de droit tel qu'entendu de nos jours, mériteraient d'être tranchés par un juge, et de préférence par une juridiction travaillant spécialement sur le droit constitutionnel. Je plaide donc à ce que, à l'instar de ce qui se fait dans tant d'autres pays, la Cour constitutionnelle puisse être saisie des litiges relatifs à la répartition des compétences entre les divers organes politiques de l'État (« Grand-Duc », « Chambre des députés », « Conseil de gouvernement », « Conseil d'État », etc.).

- La solution actuelle de l'attribution du rôle de juge des conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions à la Cour supérieure de Justice n'est pas cohérente avec l'absence d'hierarchie entre les deux ordres de juridictions. Ni la Constitution actuelle ni la proposition n° 6030 ne prévoient de dignité supérieure, ou prééminente, en faveur des juridictions judiciaires, sauf, précisément, à travers l'actuel art. 95, 2<sup>e</sup> phrase, Const. Les anciennes rivalités datant du XIX<sup>e</sup> siècle, entre juridictions judiciaires (les « vraies » juridictions) et un Conseil d'État homni en tant qu'organe juridictionnel « à la solde du pouvoir exécutif », ne sont plus d'actualité. Autant tirer un trait sur ce passé et attribuer le rôle de départage des compétences à la Cour constitutionnelle, dont la composition actuelle et future, si elle n'est pas parfaite, permet au moins la présence de quelques juges administratifs.

- Faut-il aller encore plus loin et instaurer, à l'instar du droit allemand, une « *Verfassungsbeschwerde* » (plainte constitutionnelle), sous la forme d'une « *Urtelverfassungsbeschwerde* » ? Il est certain que certaines pratiques des juridictions ordinaires luxembourgeoises – le refus, parfois discutable, de saisir la Cour constitutionnelle ; le refus, inadmissible, de la part du juge de renvoi (en l'espèce, la Cour de cassation) d'obéir à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle<sup>268</sup> – soulèvent des interrogations. La solution d'un recours constitutionnel individuel dirigé contre une décision d'une juridiction suprême (Cour de cassation, Cour administrative) violant les droits fondamentaux de ce justiciable permettrait, certes, d'assoir l'emprise de la Cour constitutionnelle sur les juridictions ordinaires. Mais elle n'est pas sans présenter des inconvénients : l'arrêt de la Cour constitutionnelle interviendrait à la fin d'un long parcours judiciaire ; à la lumière des expériences étrangères, par ex. en Allemagne, il apparaît que les chances de réussite pour les justiciables sont très minces ; la Cour constitutionnelle risquera fortement d'être confrontée à une surcharge de travail, eu égard à la popularité de ce type de recours ; il faudrait, également, revoir substantiellement la composition actuelle de la Cour constitutionnelle, en particulier le régime du cumul). Pour ma part, je ne suis pas entièrement convaincu des bienfaits d'une telle réforme : pour les individus, il me semble que le recours en annulation, de nature abstraite, et intervenant juste après la promulgation de la loi, est plus utile.

<sup>267</sup> Son rôle de « gardien de la Constitution » le prédestine à obtenir et à exercer le droit de saisine, mais, en même temps, il n'est pas certain que le Conseil d'État s'en servira effectivement, par peur de se faire désavouer par la Cour constitutionnelle et à cause d'éventuelles susceptibilités institutionnelles. Il serait néanmoins utile de lui conférer le droit de saisine.

<sup>268</sup> J. Gerkrath, « L'obligation du juge "a quo" de se conformer à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour Constitutionnelle », *Passivité luxembourgeoise*, 2012, p. 479-511.