

N° 7471<sup>5</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

**PROJET DE LOI**

**portant modification de la loi du 27 juillet 1997  
portant organisation de la Cour Constitutionnelle**

\* \* \*

## SOMMAIRE:

	<i>page</i>
<i>Avis des autorités judiciaires</i>	
1) Avis de la Cour supérieure de justice (14.10.2019).....	1
2) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.....	3
3) Avis du Parquet Général (10.10.2019) .....	3

\*

**AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE**

(14.10.2019)

Par courrier du 21 août 2019, Madame le Procureur Général d'État a requis de Monsieur le Président de la Cour Supérieure de Justice un avis sur le projet de loi portant modification de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

Le texte proposé du projet de loi, un exposé des motifs, un commentaire des articles et un texte coordonné de la future loi, avec mise en évidence des modifications, étaient joints audit courrier.

Le projet de loi a pour objet de transposer législativement la révision de l'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution au niveau de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle. Afin de garantir l'entrée en vigueur simultanée de la révision constitutionnelle et de l'adaptation législative, le Gouvernement propose d'introduire d'ores et déjà le projet de loi en question dans la procédure législative.

Les auteurs du projet poursuivent deux buts, dans un souci, comme ils l'exposent, de garantir le fonctionnement régulier de la justice constitutionnelle.

D'une part, ils proposent d'introduire un dispositif de suppléance au niveau de la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle est confrontée à une impossibilité de se composer utilement au moyen de ses titulaires. Le projet de loi précise non seulement la procédure de désignation de suppléants, mais également les hypothèses et les procédures dans lesquelles les suppléants remplacent les titulaires.

D'autre part, ils prévoient la faculté, pour la Cour Constitutionnelle, de siéger en formation plénière de neuf magistrats pour les affaires d'une importance particulière.

Les deux modifications sont fortement appuyées par la Cour Supérieure de Justice. Ce n'est pas un secret qu'elles répondent à un souci que les membres de cette Cour qui sont également membres de la Cour Constitutionnelle ont exprimé depuis plusieurs années. La Cour Supérieure de Justice a d'ailleurs avisé le projet de révision de la Constitution dans le même sens.

Quant à la première proposition, à savoir la création de postes de conseillers suppléants, il convient de relever que le risque que la Cour Constitutionnelle ne puisse pas se composer, en raison de l'impossibilité pour certains de ses membres de siéger, existe depuis un certain temps, vu que les questions préjudicielles sont susceptibles d'être posées par des juridictions – Cour de cassation, Cour d'appel ou Cour administrative – qui sont composées, pour partie, de magistrats qui font également partie de la

Cour Constitutionnelle. Ce risque a augmenté au moment où la Cour de cassation s'est vu compléter par un cinquième conseiller, le 16 septembre 2018. Effectivement, il n'a pas pris plus de deux mois pour qu'une première question préjudicielle ait été posée par la Cour de cassation à la Cour Constitutionnelle. Les cinq magistrats de la Cour de cassation n'ayant pas pu faire partie de la Cour Constitutionnelle saisie de la question préjudicielle, les quatre magistrats restants de cette dernière n'ont pas pu composer utilement la Cour, à défaut de suppléance.

Le présent projet de loi entend donc remédier à ce blocage qui, tel qu'il vient d'être exposé, était loin d'être théorique.

La Cour Supérieure de Justice n'a pas d'objections quant à la procédure de désignation des suppléants, qui correspond à celle de la désignation des membres effectifs qui ne sont pas membres de droit de la Cour Constitutionnelle, à savoir la nomination par le Grand-Duc après un avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative.

Il en est de même du nombre des membres suppléants, à savoir sept, qui est approprié, un nombre moins élevé risquant, à nouveau, de poser des problèmes de composition, dès lors que la Cour Constitutionnelle entendra siéger en formation plénière.

Il en est également de même de la désignation, par le président de la Cour Constitutionnelle, du ou des conseiller(s) suppléant(s) devant siéger dans une affaire déterminée. Le principe de rotation, qui est d'ores et déjà respecté pour la désignation des conseillers effectifs pour composer la chambre, sera respecté également pour les conseillers suppléants.

Il en est encore de même du critère pour déterminer, parmi les quatre conseillers à la Cour de cassation, ceux qui seront les membres de droit de la Cour Constitutionnelle, à savoir les deux conseillers les plus anciens en rang.

La Cour Supérieure de Justice se pose simplement la question de l'utilité de la précision aux articles 3, paragraphe 6, 4, alinéa 1, 5, alinéa 1, 17, alinéa 1, et 21, alinéa 1, des « membres effectifs et suppléants », vu que l'article 3, paragraphe 1, dispose que la Cour Constitutionnelle est composée de membres effectifs (a)) et de membres suppléants (b)).

Quant à la seconde proposition de modification, à savoir la possibilité donnée à la Cour Constitutionnelle de siéger en formation plénière, à neuf juges, la Cour approuve les auteurs du projet qui exposent que le système actuel d'une chambre à cinq magistrats est susceptible de créer une divergence de jurisprudence au sein de la Cour Constitutionnelle, qui est actuellement composée de neuf membres. En effet, il n'est pas exclu que des décisions, qui se prennent à la majorité des voix exprimées, soient prises par trois membres que les six autres membres de la Cour Constitutionnelle, le cas échéant, n'approuvent pas.

Le risque est réel et a, d'ailleurs, été évoqué par les membres de la Cour Constitutionnelle à d'itératives reprises.

Etant donné que le principe de rotation dont question ci-dessus est toujours respecté, le risque de divergences de jurisprudence n'est jamais exclu. Il appartiendra à la Cour Constitutionnelle elle-même de décider, au vu de l'importance particulière de l'affaire dont elle est saisie, si elle va siéger en chambre de cinq magistrats ou en formation plénière de neuf magistrats. Des précisions à ce sujet, quant à la manière de procéder, pourraient, le cas échéant, être fournies dans le règlement d'ordre intérieur de la Cour Constitutionnelle qui n'a pas été modifié depuis 1997.

La Cour Supérieure de Justice approuve également la suppression, à l'article 6 de la loi, de la référence aux juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, ce d'autant plus que la Cour Constitutionnelle a déjà été saisie de questions préjudicielles par les juridictions sociales.

Les autres modifications introduites par le projet dans la loi organique du 27 juillet 1997, à savoir, notamment, la suppression de la notification aux parties de la question préjudicielle par voie de lettre recommandée, la notification au Ministre de la Justice, ou, le cas échéant au Président du gouvernement, tel que le suggère le Conseil d'État dans son avis du 24 septembre 2019, la suspension des délais de procédure, la liste de rang de tous les membres de la Cour Constitutionnelle et l'indemnité de vacation des conseillers suppléants, bien qu'elles soient pertinentes et nécessaires, sont de moindre importance et sont approuvées dans leur ensemble.

Il n'est pas besoin de préciser qu'il en est de même de tout ce qu'on peut qualifier de « toilettage » du texte de 1997 ( par exemple l'introduction des notions « Nouveau code de procédure civile », « Journal officiel »).

Par ailleurs, la Cour Supérieure de la Justice se rallie aux modifications suggérées par le Conseil d'État, dans son avis précité, quant à l'uniformisation des libellés (« siéger », « délibérer », « décider », « rendre un arrêt », « prendre part aux délibérations », à remplacer par « siéger »), l'ajout à l'article 5, alinéa 1, des partenaires au titre de la loi modifiée du 9 juillet 2004, la possibilité de désigner un conseiller suppléant comme rapporteur et l'omission (« l'abstraction ») des données à caractère personnel des parties lors de la publication de l'arrêt au Journal officiel.

Luxembourg, le 14 octobre 2019

*Le Président de la Cour  
Supérieure de Justice,*  
Jean-Claude WIWINIUS

\*

### **AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG**

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg est amené à donner un avis relatif à la modification projetée de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

La modification projetée a pour objet essentiel de transposer législativement la révision de l'article 95ter de la Constitution au niveau de la loi du 27 juillet 1997 en précisant la procédure de désignation des membres suppléants à la Cour Constitutionnelle ainsi que les hypothèses et la procédure de remplacement des titulaires.

Elle reprend la faculté pour la Cour Constitutionnelle de siéger en formation plénière de neuf magistrats si elle estime qu'une affaire revêt une importance particulière.

La modification projetée n'appelle pas d'observations particulières de la part du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

\*

### **AVIS DU PARQUET GENERAL** (10.10.2019)

Par courrier du 20 août 2019 adressé à Madame le Procureur général d'État, Monsieur le Ministre de la Justice a demandé l'avis des autorités judiciaires sur un projet de loi portant modification de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle (ci-après « *la loi de 1997* »).

L'objet de ce projet est d'adapter la loi précitée à la révision de l'article 95ter de la Constitution telle qu'elle est actuellement en cours dans le cadre de la proposition de révision n° 7414A. Celle-ci, émanant de Monsieur le Député Alex BODRY, a pour objet de permettre à la Cour Constitutionnelle de se compléter par des suppléants. Elle fait suite à une impasse procédurale survenue à l'occasion d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation dans le cadre de laquelle la Cour Constitutionnelle ne peut pas se composer régulièrement<sup>1</sup>.

Elle a été approuvée en date du 10 juillet 2019 par le premier vote constitutionnel prévu par l'article 114, alinéa 1, de la Constitution, son adoption définitive supposant, conformément au même article, un second vote ne pouvant être effectué qu'au plus tôt trois mois après le premier.

<sup>1</sup> Question préjudicielle n° 145 du registre, posée par arrêt n° 115/2018 pénal, numéro 4041 du registre, de la Cour de cassation du 29 novembre 2018. L'arrêt paraît se départir d'une jurisprudence antérieure dans le cadre de laquelle la Cour de cassation, saisie de moyens reprochant aux juridictions de fond d'avoir appliqué des lois contraires à la Constitution, avait évité la difficulté (déjà présente) en soulevant d'office le moyen de pur droit de la violation de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle (ce qui permit à la Cour de cassation de casser l'arrêt attaqué et d'inviter la juridiction de renvoi de soulever elle-même la question préjudicielle) ou en procédant d'office à une substitution de motifs constatant le respect de cet article par les juges du fond. Elle évitait ainsi de poser elle-même une question préjudicielle (voir sur cette question : Georges WIVENES, Le rôle du Ministère public, dans : Les 20 ans de la Cour Constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ?, Les dossier de la Pasicrisie, n° 2, 2018, pages 41 et suivants, voir page 48, troisième alinéa).

Son adoption a pour effet de voir libeller l'article 95ter de la Constitution comme suit :

« **Art. 95ter.** (1) *La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.*

(2) *La Cour Constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.*

(3) *La Cour Constitutionnelle est composée :*

**1° de neuf membres effectifs :**

**a) du le** *Président de la Cour Supérieure de Justice, ~~du le~~ Président de la Cour administrative ;*

**b) de** *deux conseillers à la Cour de Cassation et ~~de~~ cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative ;*

**2° de sept membres suppléants nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative.**

*Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. ~~La Cour Constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats.~~*

**(4) La Cour Constitutionnelle siège en chambre de cinq membres.**

**Lorsque la Cour Constitutionnelle estime qu'une affaire, dont elle est saisie, revêt une importance particulière, elle siège en formation plénière de neuf membres.**

**(4) (5) L'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi. ».**

Dans le cadre des travaux préparatoires de cette réforme le Gouvernement avait proposé de doter la Cour Constitutionnelle d'un parquet, dont la mission devait être celle, similaire à celle assumée par les avocats généraux près de la Cour de justice de l'Union européenne ou du parquet près de la Cour Benelux, de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les questions préjudicielles dont la Cour est saisie<sup>2</sup>. Cette proposition, qui a été saluée par le Président de la Cour<sup>3</sup>, n'a en l'état pas encore été approuvée sans pour autant avoir été rejetée. Il résulte du compte-rendu des discussions de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des Députés que « *en l'état actuel, il existe des réticences concernant la création d'un parquet au sein de la Cour Constitutionnelle ; [mais que] la question pourra être étudiée de nouveau, une fois que la nouvelle Constitution sera entrée en vigueur, quand l'indépendance du parquet sera garantie* »<sup>4</sup>. Ces réticences provisoires, qui se fondent sur des arguments d'une pertinence

2 Procès-verbal de la réunion de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, du 17 mai 2019, Annexe 1.

3 Procès-verbal de la réunion de la Commission précitée, du 23 mai 2019, page 4.

4 Idem, page 6.

qui ne résiste pas toujours à toute épreuves<sup>5</sup>, sont surtout tirés du statut formel actuel des magistrats du Ministère public<sup>6</sup>. Or, ce dernier ne correspond depuis des décennies pas à la pratique<sup>7</sup>. Le contraire serait, au contraire, inquiétant, le statut formel actuel, à le prendre à la lettre, étant difficilement conciliable avec les exigences d'un État de droit<sup>8</sup>. Il est par ailleurs en conflit avec les obligations découlant

5 Un premier argument est tiré de ce que, en l'état actuel du droit et dans l'attente de l'adoption de la nouvelle Constitution, les magistrats du ministère public agissent sous l'autorité du Ministre de la Justice, donc n'ont pas l'indépendance nécessaire pour figurer comme membres de la Cour Constitutionnelle. Or, cette autorité du Ministre, fondée sur l'article 70 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, ne s'applique aux magistrats du ministère public que lorsque ces derniers agissent devant les juridictions judiciaires (qui forment l'objet de la loi de 1980). En revanche, lorsque de tels magistrats exercent leurs fonctions devant la Cour Constitutionnelle sur base de l'article 95ter tel que proposé par le Gouvernement, ils n'agissent pas devant les juridictions judiciaires sur base de la loi de 1980, de sorte que le Ministre n'a pas d'autorité sur eux, mais leur mission et leur statut sont alors définis par la Constitution, à savoir l'article 95ter, paragraphe 4, tel que proposé par le Gouvernement, et consistent à « *présenter publiquement en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées* ». L'argument n'est donc pas fondé en droit. Il ne l'est pas non plus en fait. Il pourrait, en effet, être soutenu que des magistrats qui se trouvent dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions ordinaires, devant les juridictions judiciaires, sous l'autorité du Ministre, se trouvent en fait également sous cette autorité dans le cadre de leurs fonctions extraordinaires, devant la Cour Constitutionnelle, tant bien même qu'ils y bénéficient formellement d'une indépendance. Cet argument pourrait avoir une certaine pertinence si le Ministre exerçait réellement en fait une telle autorité en ce qui concerne les fonctions judiciaires du ministère public. En réalité cette autorité théorique n'est pas exercée en pratique depuis des décennies, le ministère public bénéficiant, nonobstant des textes contraires, d'une indépendance de fait en matière judiciaire. Il n'y a donc pas lieu de craindre sérieusement qu'en matière constitutionnelle le Ministre exerce en fait une autorité sur les magistrats du ministère public dont il ne dispose même pas en droit. Un deuxième argument est tiré de ce que les magistrats du ministère public ne présentent pas des garanties suffisantes d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions devant la Cour Constitutionnelle lorsque celle-ci est saisie d'une question préjudicielle dans le cadre d'une affaire dans laquelle le ministère public est partie, notamment en matière pénale. Or, le magistrat du ministère public qui conclut devant la Cour Constitutionnelle sur base de l'article 95ter tel que proposé n'agit pas en qualité de membre du ministère public près des juridictions judiciaires, donc auprès des juridictions qui ont saisi la Cour de la question préjudicielle, mais comme magistrat du ministère public près de la Cour Constitutionnelle, donc dans une qualité différente. Il s'ajoute que, sur base de l'article 5, alinéa 2, de la loi de 1997, un membre de la Cour Constitutionnelle, dont feraient également partie les magistrats de son parquet, ne peut agir dans les affaires dont il a déjà connu dans une autre qualité. Un troisième argument est tiré d'un risque de conclusions divergentes, en cas de questions préjudicielles posées par les juridictions administratives, du magistrat du ministère public et du délégué du Gouvernement. Or, le délégué du Gouvernement représente l'État tandis que le magistrat du ministère public a la mission différente d'un *amicus curiae*, donc celle de présenter, dans l'intérêt de la Cour Constitutionnelle, « *en toute impartialité et en toute indépendance* » des conclusions, qui peuvent ne pas épouser la position de l'État, qui est, par hypothèse, représenté. La même observation vaut pour des questions posées par les juridictions judiciaires dans le cadre de procédures dans lesquelles l'État est partie. Les intérêts de ce dernier sont alors représentés par un avocat et non par le ministère public, qui n'est ni un agent du Gouvernement ni un avocat de l'État. Un quatrième argument est tiré de l'absence de ministères publics auprès des Cours Constitutionnelles à l'étranger. Or, la principale Cour Constitutionnelle de l'Europe, à savoir la Cour de justice de l'Union européenne, est bien pourvue d'avocats généraux, dont la mission et le statut ont manifestement servi de modèle pour la proposition gouvernementale. Si les juridictions constitutionnelles de nombreux pays ne comportent pas des avocats généraux ou un ministère public, la raison plausible en est qu'elles constituent dans le cadre de leurs systèmes des juridictions d'exception, composées en partie de juges choisis en dehors des rangs de la magistrature. En droit luxembourgeois la Cour Constitutionnelle présente la particularité de constituer une juridiction ordinaire, définie au Chapitre constitutionnel consacré à la Justice et composé exclusivement de magistrats. Dans le cadre d'un tel système il se conçoit de reprendre l'institution, caractéristique des juridictions judiciaires, du ministère public, plus particulièrement du ministère public près de la Cour de cassation. En guise de conclusion, les réticences que rencontre l'introduction d'un tel organe d'avis se nourrissent en partie d'arguments qui reposent sur des malentendus ou une incompréhension du rôle, du statut et du fonctionnement du ministère public, qui ne sont, il est vrai, pas dépourvus de complexités. Elles procèdent sans doute également en partie du fait que la proposition gouvernementale vise à introduire auprès de la Cour Constitutionnelle, d'une façon très généreuse, un ministère public qui, de par sa dénomination, sa structure et sa composition, est la copie conforme de celui existant auprès de la Cour supérieure de justice. Une démarche alternative, éventuellement susceptible d'engendrer moins de malentendus, consisterait à renoncer à ce clonage, donc à reconsidérer la dénomination, la structure et la composition de cet organe d'avis, de façon à éviter cette confusion.

6 Qui, au regard de l'article 70 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, exercent leurs fonctions sous l'autorité du Ministre de la Justice.

7 Voir à ce sujet : Robert BIEVER, *Considérations sur le Ministère public*, Pasirisie 35, pages 103 et suivantes.

8 Suivant ce statut, les fonctions du ministère public sont exercées, sans autre précision ni restriction, sous l'autorité du Ministre de la Justice, qui dispose par ailleurs, sur base de l'article 19 du Code de procédure pénale, du pouvoir d'enjoindre au ministère public « *d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes* ». Il est à observer que la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (dite « Commission de Venise ») a retenu dans son Rapport n° 494/2008 (CDL-AD(2010)040) du 3 janvier 2011 sur les normes relatives à l'indépendance du système judiciaire que « *en particulier, lorsque le ministère public est subordonné au pouvoir exécutif, [des] garanties [« contre les pressions extérieures »] sont nécessaires pour le protéger de toute influence politique induite de ce pouvoir* » (n° 85, page 16).

du Règlement relatif à la création du Parquet européen<sup>9</sup>. Il n'est donc que cohérent que la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des Députés a proposé d'inscrire dans la nouvelle Constitution que « *le ministère public [...] est indépendant dans l'exercice de [l'action publique et [de] l'application de la loi]* »<sup>10</sup>. L'approbation de cette réforme permettra de reconsidérer la proposition, non retenue à titre provisoire à ce stade.

Le projet de loi se propose de transposer dans la loi de 1997 la réforme de l'article 95ter de la Constitution.

*Sur le point 1) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Article 3 de la loi de 1997)*

L'article 3 de la loi de 1997, tel que proposé, reprend les règles de composition de la Cour Constitutionnelle, donc constitue de ce point de vue une redite. Le Conseil d'Etat a, dans son avis complémentaire du 2 juillet 2019, marqué sa préférence pour omettre dans la loi le dispositif qui reproduit la composition de la Cour<sup>11</sup>. Cette suggestion est à approuver.

Elle implique la suppression, dans l'article 3 de la loi de 1997, des paragraphes 1 et 2, ainsi que du premier alinéa du paragraphe 3. Les autres dispositions ayant des objets différents, il n'y a pas lieu de les supprimer.

S'il est néanmoins opté pour maintenir les dispositions visées dans la loi, il importe de veiller à ce que celles-ci soient conformes au texte constitutionnel.

Il est de ce point de vue à mettre en exergue que l'article 95ter, paragraphe 3, sous 1<sup>o</sup>, b), dispose que la Cour Constitutionnelle comporte à titre de membres effectifs « *deux conseillers à la Cour de cassation* », tandis que l'article 3, paragraphe 3, de la loi de 1997 tel que proposé prévoit que « *les deux conseillers à la Cour de cassation les plus anciens en rang sont de droit membres de la Cour Constitutionnelle* ». Cette précision est motivée par le fait que « *depuis le 16 septembre 2018, la Cour de cassation est composée de cinq magistrats à plein temps, à savoir le président et quatre conseillers à la Cour de cassation* »<sup>12</sup>. Son objet est donc de préciser que, parmi les quatre conseillers à la Cour de cassation, la qualité de membre de droit de la Cour Constitutionnelle revient aux deux conseillers les plus anciens en rang. Cette solution ne résulte toutefois pas formellement de l'article 95ter de la Constitution, qui confère cette qualité, sans autre précision, à « *deux conseillers à la Cour de cassation* ». Comme la qualité de membre de la Cour Constitutionnelle résulte en l'occurrence de droit de l'attribution de la fonction de conseiller à la Cour de cassation et ne suppose pas une nomination sur avis, il importe de savoir avec certitude lesquels des quatre conseillers à la Cour de cassation sont à considérer comme bénéficiant de droit de cette qualité. Dans le silence du texte constitutionnel il n'est que cohérent de supposer que cette qualité revient aux deux conseillers les plus anciens en rang. Le critère de l'ancienneté est objectif et ne subordonne pas l'attribution de la qualité de membre au recours à une procédure de nomination fondée sur des critères subjectifs. Le texte constitutionnel exclut précisément le recours à une telle procédure pour les membres de droit, contrairement aux autres membres. Il se pose cependant la question de savoir si le législateur est en droit d'interpréter le texte constitutionnel en subordonnant la mise en oeuvre de ce dernier à l'application d'un critère qu'il ne prévoit pas. Dans l'affirmative il se justifie de corriger l'oubli du texte constitutionnel en précisant dans la loi

9 Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en oeuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (Journal officiel de l'Union européenne L 283 du 31.10.2017, page 1). Le Parquet européen est indépendant, mais doit en contrepartie rendre des comptes sur ses activités générales aux institutions (article 6 du Règlement). Il exerce des compétences partagées avec les autorités nationales dans le cadre de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (considérant n° 13 du Règlement). Ses enquêtes sont menées par des procureurs européens délégués dans les États membres (considérant n° 30 du Règlement), qui doivent être, pendant la durée de leur mandat, des membres du ministère public de leur État membre (considérant n° 34 et article 13, paragraphe 1, du Règlement). Comme le Parquet européen est indépendant, qu'il exerce ses fonctions en s'appuyant sur les ministères publics des États membres et que son objet est la poursuite de formes de criminalité susceptibles d'impliquer des organes et des responsables des États membres, il est difficile de concevoir, tant en théorie qu'en pratique, que l'indépendance du Parquet européen ne soit pas partagée par les ministères publics des États membres, par l'intermédiaire desquels il exerce ses fonctions (dans ce sens, à titre d'illustration : Haritini MATSOPOULOU, L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet, JCP, édition générale, 2018, page 51).

10 Article 99, paragraphe 2, de la nouvelle Constitution, tel que proposé par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (Rapport du 6 juin 2018, Document parlementaire n° 6030, page 90).

11 Avis complémentaire du Conseil d'État, du 2 juillet 2019, sur la Proposition de révision de l'article 95ter de la Constitution (Document parlementaire n° 7414-3, page 1 (observations sur le point 1<sup>o</sup>, second alinéa).

12 Commentaire du point 1 de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi.

de 1997 que les deux conseillers à la Cour de cassation visés à l'article 95<sup>ter</sup>, paragraphe 3, alinéa 1, point 1<sup>o</sup>, sous b), sont les deux conseillers les plus anciens en rang.

En revanche, dans ce même ordre d'idées, de la nécessaire conformité de la loi à la Constitution, il est à relever que le projet de loi respecte scrupuleusement le texte constitutionnel en faisant abstraction, dans l'article 3, paragraphe 4, premier alinéa, nouveau, de la loi de 1997, de la précision que les membres suppléants de la Cour Constitutionnelle « *doivent avoir la qualité de magistrat* ». L'article 95<sup>ter</sup> actuel de la Constitution dispose, dans son paragraphe 3, que la Cour Constitutionnelle est composée, outre les quatre membres de droit, de « *cinq magistrats* ». L'article 3, paragraphe 4, alinéa 1, du texte actuel de la loi de 1997 reprend cette disposition en rappelant que « *les cinq autres membres de la Cour Constitutionnelle [...] doivent avoir la qualité de magistrat* ». L'article 3, paragraphe 4, alinéa 1, du texte proposé de la loi fait abstraction de cette condition en ce qui concerne « *les cinq autres conseillers et les sept conseillers suppléants de la Cour Constitutionnelle* ». Cette modification n'est pas motivée dans l'Exposé des motifs ou le Commentaire des articles. Une explication plausible est la volonté de ne pas se mettre en contradiction avec le nouveau texte constitutionnel. Ce dernier prévoit certes toujours que les cinq membres effectifs nommés de la Cour Constitutionnelle siégeant à côté des membres effectifs de droit de celle-ci doivent être des magistrats<sup>13</sup>. Il ne reprend toutefois pas ce critère pour ce qui est des sept membres suppléants<sup>14</sup>. A prendre le texte constitutionnel, suggéré par le Conseil d'Etat<sup>15</sup>, à la lettre, les sept membres suppléants pourraient ne pas avoir la qualité de magistrats. Le défaut de mention de ce critère résulte sans doute, en l'absence d'explications en sens contraire, de la considération que la qualité nécessaire de magistrat des membres de droit et des cinq membres effectifs nommés implique celle des membres suppléants, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de rappeler ce qui est évident. Le fait que l'exigence de la qualité de magistrat à titre de condition de nomination de membre de la Cour n'est pas dépourvue d'incertitude est illustré par le fait que le commentaire du texte constitutionnel par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle renseigne que « *il est entendu qu'aucun membre du parquet ne pourra figurer parmi les membres composant la Cour Constitutionnelle* »<sup>16</sup>. S'il existe des raisons justifiant cette solution<sup>17</sup>, il reste que le texte constitutionnel se limite à exiger à titre d'unique condition de postuler à la nomination de membre effectif, et sans doute également de membre suppléant, de la Cour la qualité de magistrat. Or, tout « *membre du parquet* » est magistrat, partant, respecte cette condition, de sorte que le postulat précité ne se traduit pas dans le texte.

*Sur le point 2) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Article 4 de la loi de 1997)*

L'article 4 de la loi de 1997, tel que proposé par le projet de loi, reprend l'article 95<sup>ter</sup>, paragraphe 4, nouveau de la Constitution, partant, constitue une redite. Conformément à la suggestion faite par le Conseil d'Etat dans son avis complémentaire du 2 juillet 2019 il est proposé de supprimer le texte sous examen<sup>18</sup>.

La seule pertinence de l'article consiste à préciser que la Cour Constitutionnelle ne se limite pas à siéger dans ses différentes formations, mais que, en outre, elle délibère et rend ses arrêts dans ces mêmes formations. Cette précision est reprise de l'article 4 du texte original de la loi de 1997. Elle n'est cependant que d'une faible utilité dès lors que l'exigence constitutionnelle de siéger dans telle formation implique celle de tenir audience, de délibérer et de rendre ses arrêts dans celle-ci. Il suffirait sans doute de justifier la suppression par ce motif pour prévenir tout équivoque y relatif. Par ailleurs, si le texte précise que les arrêts sont rendus dans telle formation, il y a lieu d'en distinguer le prononcé des arrêts, l'article 14, alinéa 1, de la loi disposant, depuis 1997, que « *l'arrêt est lu en audience*

13 Article 95<sup>ter</sup>, paragraphe 3, alinéa 1, point 1<sup>o</sup>, sous b), tel que proposé par la proposition de révision n° 7414A.

14 Article 95<sup>ter</sup>, paragraphe 3, alinéa 1, point 2<sup>o</sup>, sous b), tel que proposé par la proposition de révision n° 7414A.

15 Avis du Conseil d'Etat sur la proposition de révision de l'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution, du 5 avril 2019 (Document parlementaire n° 7414-1), page 2, quatrième et cinquième alinéas.

16 Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des Députés sur la proposition de révision de l'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution, du 5 juillet 2019 (Document parlementaire n° 7414A-2), page 4, sous V, *Ad 1<sup>o</sup>*, deuxième alinéa, dernière phrase.

17 La Cour Constitutionnelle est conçue par la Constitution comme une juridiction de droit commun, relevant à ce titre du Chapitre consacré à la Justice. Elle est composée de juges exerçant leurs fonctions auprès des autres juridictions de droit commun, donc de juges judiciaires et administratifs. Le « *membre* » de la Cour, qui ne comporte en l'état actuel du droit ni parquet ni avocats généraux, est donc forcément un juge judiciaire ou administratif, partant, un magistrat du siège.

18 Avis complémentaire, précité, du Conseil d'Etat, du 2 juillet 2019, (Document parlementaire n° 7414-3, page 1 (observations sur le point 1<sup>o</sup>, second alinéa).

*publique par le président ou un autre membre de la Cour [Constitutionnelle], délégué à cette fin, sans que la présence des autres membres de la Cour soit requise ».*

Si l'article 4 reprend donc le paragraphe 4, nouveau, de l'article 95ter de la Constitution et rappelle notamment, dans son alinéa 2, que la Cour peut siéger en formation plénière de neuf membres effectifs et suppléants si elle estime qu'une affaire, dont elle est saisie, revêt une importance particulière, donc rappelle le critère justifiant de recourir à la formation plénière, il ne précise pas qui au sein de la Cour peut proposer ce renvoi et qui en décidera.

A titre d'analogie, devant la Cour de justice de l'Union européenne, il appartient au juge rapporteur de proposer devant quelle formation de jugement il convient de renvoyer l'affaire<sup>19</sup> et la formation de jugement devant laquelle l'affaire a été renvoyée peut à son tour, à tout stade de la procédure, demander à la Cour de renvoyer cette affaire à une formation de jugement plus importante<sup>20</sup>. La décision y relative est prise par la Cour lors de sa réunion générale à laquelle participent, avec voix délibérative, l'ensemble des juges et avocats généraux<sup>21</sup>.

L'article 9, alinéa 1, de la loi de 1997 tel que proposé par le projet de loi dispose que le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire. Il pourrait donc être éventuellement soutenu qu'il appartient au seul président de décider d'un renvoi. Une telle lecture pourrait cependant, le cas échéant, donner lieu à des difficultés de conciliation avec l'article 95ter, paragraphe 4, second alinéa, nouveau, de la Constitution, qui confère la compétence de renvoi à la Cour Constitutionnelle. L'article 9, alinéa 1, précité dispose encore que le président désigne dans chaque affaire un conseiller-rapporteur. Il se concevrait donc éventuellement de considérer qu'il appartient à ce dernier de proposer un renvoi. Dans ce dernier cas de figure il se pose la question de savoir qui décidera de ce renvoi, ce pouvoir décisionnel étant susceptible d'être exercé par le président, la formation réduite de cinq membres saisie de l'affaire ou la formation plénière. Cette dernière serait alors à désigner à cette fin pour l'affaire considérée par le président sur base de l'article 9, premier alinéa, en ayant, le cas échéant, au regard d'éventuels problèmes de composition, recours, sur base de l'article 9, dernier alinéa, à des conseillers suppléants.

Il serait souhaitable de préciser dans la loi ces questions nullement anodines.

*Sur les points 3) et 4) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Articles 5 et 6 de la loi de 1997)*

Sans observations.

*Sur le point 5) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Article 7 de la loi de 1997)*

Le projet de loi propose, dans l'article 7, paragraphe 2, second alinéa, nouveau, de la loi de 1997, une obligation de notification de la décision de renvoi préjudiciel au Ministre de la Justice dans tous les cas où l'État est partie devant la juridiction qui a posé la question préjudicielle. Le Commentaire des articles ne précise pas les motifs rendant cette information pertinente. L'État est, en principe, assisté d'un agent ou d'un avocat devant la juridiction de renvoi, de sorte qu'il est par ce biais informé de l'existence de la question préjudicielle et dispose, en sa qualité de partie au litige, conformément à l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi de 1997, du droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites et de devenir ainsi partie à la procédure devant la Cour. Il est donc susceptible de s'interroger sur la pertinence de cette notification, à laquelle, parmi toutes les parties potentielles, seul l'État a droit.

*Sur le point 6) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Article 9 de la loi de 1997)*

Dans son avis sur la proposition de révision de l'article 95ter de la Constitution, le Conseil d'Etat a rendu attentif à ce que la Commission européenne pour la démocratie par le droit, dite Commission de Venise, a, dans son avis du 18 mars 2019 relatif à la proposition de révision n° 6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution, suggéré de préciser les cas dans lesquels les membres suppléants de la Cour Constitutionnelle sont invités à compléter celle-ci ainsi que la procédure à respecter à ce

<sup>19</sup> Article 59, paragraphe 2, du Règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne.

<sup>20</sup> Article 60, paragraphe 3, du Règlement précité.

<sup>21</sup> Article 25, premier alinéa, du Règlement précité.

sujet<sup>22</sup>. Ces précisions ont été apportées d'une façon raisonnablement suffisante par le dernier alinéa de l'article 9, nouveau, de la loi de 1997, tel que proposé.

*Sur les point 7) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Article 14 de la loi de 1997)*

Il y a, dans l'alinéa 2 de l'article 14, lieu de biffer les termes « *Mémorial, Recueil de législation* », donc d'adapter la terminologie à celle proposée dans l'article 28, nouveau (point 12) de l'article 1<sup>er</sup>).

*Sur les points 8) à 13) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (Articles 17 à 19, 21, 28 et 29 de la loi de 1997)*

Sans observations.

*Sur l'article 2*

Sans observations.

*Pour le Procureur général d'État,  
Le Procureur général d'État adjoint,  
John PETRY*

---

<sup>22</sup> Avis précité du Conseil d'État du 5 avril 2019 (Document parlementaire n° 7414-1), page 2, septième alinéa. Il est fait référence à l'Avis de la Commission de Venise n° 934/2018 du 18 mars 2019 (CDL-AD(2019)003) sur la proposition de révision de la Constitution, n° 112, page 22.

