



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Dossier consolidé

Projet de révision de la Constitution 3923

Projet de révision de l'article 11 de la Constitution

Date de dépôt : 19-04-1994

Date de l'avis du Conseil d'État : 06-05-1994

Liste des documents

Date	Description	Nom du document	Page
19-04-1994	Déposé	3923/00	<u>3</u>
06-05-1994	Avis du Conseil d'Etat (6.5.1994)	3895/01, 3896/01, 3897/01, 3898/01, 3899/01, 3900/01, 3901/01, 3902/01, 3903/01, 3904/01, 3905/01, 3906/01, 3907/01, 3908/01, 3909/01, 3910/01, 3911/01, 3912/01, 3913/01, 3685/01, 3686/01, 3914/01, 3922/01, 3923/01, 3924/01, 3925/01	<u>8</u>
20-10-1998	1) Amendements adoptés par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle - Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (10.7.1998) 2) Ais [...]	3923/02	<u>37</u>
18-11-1998	Avis de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine (18.11.1998)	3923/03	<u>42</u>

3923/00

N° 3923

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 1993 - 1994

PROJET DE REVISION

de l'article 11 de la Constitution

* * *

(Dépôt M. Georges Margue, Président de la Commission des Institutions
et de la Révision constitutionnelle: le 19.4.1994)

*

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Texte du projet de révision	1
2) Exposé des motifs	1

*

TEXTE DU PROJET DE REVISION

1) Le § (1) de l'art. 11 de la Constitution est biffé.

2) Le § (2) devenant le § (1) est libellé comme suit:

„(1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. Ils sont admissibles aux emplois civils et militaires. Les étrangers sont admissibles à ces emplois dans les conditions fixées par la loi.”

3) Le § (3) devenant le § (2) est libellé comme suit:

„(2) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

Dans l'exercice des droits et libertés prévus au présent chapitre, nul ne peut être désavantagé ni favorisé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa nationalité, de ses origines ou de ses conceptions philosophiques, religieuses ou politiques.”

4) Les § (4), (5) et (6) deviennent les § (3), (4) et (5).

5) Il est ajouté un § (6) nouveau libellé comme suit:

„(6) Dans l'intérêt du bien-être des générations actuelles et futures, l'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel.”

*

EXPOSE DES MOTIFS

ad 1)

Le § (1) de l'art. 11 de la Constitution prévoit qu'„il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres”.

Déjà la Constitution des Etats de 1841 disposait en son article 14 que „Jusqu'à ce que le Roi Grand-Duc en ait autrement disposé, les Etats du Grand-Duché sont formés sans distinction d'ordres”. En effet, jusqu'alors, la loi fondamentale néerlandaise du 14 août 1815 avait organisé les états des

provinces selon trois ordres (chevaliers, villes, pays). L'article 41 de la Constitution de 1841 corroborait d'ailleurs l'article 14 en disposant qu'„*Aucune disposition ne peut être prise qui soit contraire 1° A l'égalité des Luxembourgeois devant la Loi, sans distinction de croyance religieuse, de rang, ni de naissance*“. L'article 11, alinéa 1er acquit sa formulation actuelle dès la Constitution de 1848 (il s'agissait alors de l'alinéa 1er de l'article 12).

Cette disposition correspond d'ailleurs à l'article 6, alinéa 1er de la Constitution belge.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose de supprimer le § (1) actuel de l'art. 11 de la Constitution alors qu'en démocratie il est inutile de faire allusion à l'inexistence de distinctions d'ordres.

ad 2)

Le § (2) actuel de l'art. 11 de la Constitution dispose que „Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers“.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle pense qu'il y a lieu de tenir compte des évolutions en matière d'égalité devant la loi, notamment en ce qui concerne le droit communautaire.

En effet, l'article 48 du Traité CE dispose en son paragraphe 4 que „*les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique*“. Or, la Cour de Justice des Communautés européennes, notamment dans ses arrêts du 17-12-1980 et du 26-5-1982 dans l'affaire 149-79 (Commission c/ Belgique) a consacré une interprétation restrictive de la notion d'„*administration publique*“. Elle a précisé que les emplois visés par la disposition sont ceux qui ont un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique, c'est-à-dire lorsque celle-ci est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat respectivement des collectivités publiques, telles que les administrations municipales.

Sur base de cette jurisprudence, la Commission européenne a lancé un plan d'action (88/C 72/02, JO C 72 du 18-3-1988) qui l'a finalement amenée à intenter une action en manquement contre les Etats membres, y compris bien entendu le Luxembourg.

La Commission européenne entend porter cette action en priorité sur les secteurs suivants:

- les organismes chargés de gérer un service commercial (p. ex.: transports publics, distribution d'électricité ou de gaz, compagnies de navigation aérienne ou maritime, postes et télécommunications, organismes de radio-télédiffusion),
- les services opérationnels de santé publique,
- l'enseignement dans les établissements publics,
- la recherche à des fins civiles dans les établissements publics.

Comme la jurisprudence de la CJCE exclut de toute façon la discrimination en raison de la nationalité en ce qui concerne l'accès aux emplois subalternes de l'administration publique, les seules fonctions couvertes par l'exception de l'article 48,4 CEE seraient celles des forces armées, de la police et des autres forces de l'ordre, de la magistrature, de l'administration fiscale et de la diplomatie tout comme les fonctions à responsabilité spécifique (exercice d'une parcelle de la puissance publique) dans les administrations centrales de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public.

Eu égard à la jurisprudence constante de la CJCE, les Etats membres risquent de se voir condamner par la Cour.

Le texte proposé par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle pare à une éventuelle modification constitutionnelle imposée par la CJCE, sans pour autant préjuger aucunement le fond d'une ouverture partielle de la fonction publique à des non-Luxembourgeois.

ad 3)

Le § (3) actuel de l'art. 11 de la Constitution est rédigé comme suit: „L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.“

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose de compléter ce texte par un alinéa 2 nouveau comprenant une définition aussi précise que possible du principe de non-discrimination, en s'inspirant des conventions internationales ratifiées par le Grand-Duché.

ad 5)

Afin de concrétiser un engagement pris de longue date de consacrer le respect de l'environnement dans la Charte fondamentale, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose d'ajouter à l'art. 11 de la Constitution un § (6) nouveau prévoyant que „dans l'intérêt du bien-être des générations actuelles et futures, l'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel“. Ce texte s'inspire de la Constitution bavaroise.

Le Président de la Commission,

Georges MARGUE

3895/01, 3896/01, 3897/01, 3898/01,
3899/01, 3900/01, 3901/01, 3902/01,
3903/01, 3904/01, 3905/01, 3906/01,
3907/01, 3908/01, 3909/01, 3910/01,
3911/01, 3912/01, 3913/01, 3685/01,
3686/01, 3914/01, 3922/01, 3923/01,
3924/01, 3925/01

N^{os} 3895¹ – 3913¹3685¹ 3686¹ 3914¹3922¹ – 3925¹

CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Session ordinaire 1993 - 1994

PROJET DE REVISION DE LA CONSTITUTION

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(6.5.1994)

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
Considérations préalables	2
3895¹ Projet de révision de l'article 1er de la Constitution	3
3922¹ Projet de révision de l'article 4 de la Constitution	4
3896¹ Projet de révision tendant à insérer un chapitre II nouveau dans la Constitution	4
3897¹ Projet de révision tendant à insérer un chapitre III nouveau dans la Constitution	5
3923¹ Projet de révision de l'article 11 de la Constitution	5
3998¹ Projet de révision de l'article 12 de la Constitution	7
3899¹ Projet de révision de l'article 15 de la Constitution	9
3900¹ Projet de révision des articles 18 et 118 de la Constitution	12
3901¹ Projet de révision de l'article 19 de la Constitution	13
3902¹ Projet de révision de l'article 21 de la Constitution	13
3903¹ Projet de révision de l'article 23 de la Constitution	14
3924¹ Projet de révision de l'article 24 de la Constitution	15
3904¹ Projet de révision de l'article 25 de la Constitution	15
3905¹ Projet de révision de l'article 26 de la Constitution	16
3906¹ Projet de révision de l'article 27 de la Constitution	16
3907¹ Projet de révision des articles 28 et 111 de la Constitution	17
3908¹ Projet de révision de l'article 32, alinéas 2 et 3, de l'intitulé du § 1er du chapitre III et de l'article 33 de la Constitution ...	18
3909¹ Projet de révision de l'article 43 de la Constitution	20
3910¹ Projet de révision de l'article 47 de la Constitution	20
3911¹ Projet de révision de l'article 67 de la Constitution	21
3912¹ Projet de révision de l'article 73 de la Constitution	21
3913¹ Projet de révision de l'article 80 de la Constitution	21

3685¹	Proposition de révision de l'article 95 de la Constitution	22
3686¹	Proposition de loi relative à la création d'une Cour constitutionnelle	22
3914¹	Projet de révision de l'article 95 de la Constitution	22
3925¹	Projet de révision de l'article 115 de la Constitution	26

*

CONSIDERATIONS PREALABLES

Le Conseil d'Etat a été saisi le 1er avril 1994 des projets de loi portant révision des articles 1, 32, 33, 43, 47, 67, 73, 80, 95, 111, 118, 12, 15, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 27 et 28 de la Constitution.

Le 28 avril 1994, une deuxième série de projets concernant les articles 4, 115, 11 et 23 de la loi fondamentale lui est parvenue.

D'autres articles qui avaient également été déclarés révisables en 1989, le Conseil d'Etat n'a, jusqu'à ce jour, pas encore été saisi.

Il est demandé au Conseil d'Etat d'émettre son avis sur ces projets dans un délai qui devrait mettre la Chambre des députés en mesure de se prononcer sur la révision constitutionnelle encore avant la fin de la session qui devrait avoir lieu d'ici une quinzaine de jours.

Comme ces articles ont été déclarés révisables le 31 mai 1989, c'est-à-dire il y a plus de 5 ans, le Conseil d'Etat regrette qu'il ait fallu attendre aussi longtemps avant de présenter „in extremis“ les projets de modification qui traduisent la précipitation dans laquelle ils ont été élaborés.

Comme parmi les textes à amender, certains concernent des dispositions importantes qui touchent aux bases mêmes de nos institutions, la hâte dont il a été fait preuve dans la préparation des textes est difficilement acceptable.

La révision de la Constitution, il faut en être bien conscient, est l'acte le plus important que la Chambre des députés soit appelée à accomplir.

C'est pourquoi une révision constitutionnelle est entourée de formes et de garanties particulières qui traduisent l'importance qui s'attache à la loi fondamentale en tant que base de l'organisation de l'Etat et déterminant les droits fondamentaux de la communauté nationale.

De la procédure exigeante à laquelle est soumise la révision constitutionnelle découle aussi la nécessité d'entourer les bases institutionnelles de l'Etat de garanties de fixité et de durabilité en maintenant son équilibre et sa cohérence.

Pour éviter des changements trop fréquents, il serait donc indispensable de faire précéder toute révision constitutionnelle d'une réflexion globale et approfondie qui devrait au préalable porter sur l'examen et la constatation d'une insuffisance ou d'un défaut des textes constitutionnels de laquelle la nécessité d'une correction se dégagerait. Il est d'ailleurs hautement recommandable de solliciter au préalable l'avis de constitutionnalistes reconnus.

Dans son avis émis sur la révision de la Constitution de 1956, le Conseil d'Etat avait recommandé avec insistance de limiter la réforme constitutionnelle à un minimum, inspiré en cela par la prudence traditionnelle qui n'a cessé de guider nos Constituants. Ainsi que s'est exprimé le Conseil d'Etat, il est inopportun de s'aventurer dans l'inconnu en consacrant par des textes formels et des dispositions qui ne sont pas imposées par d'inéluctables 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.

Le Conseil d'Etat ne peut que confirmer la position prise en 1956.

Bien que pressé par le temps insuffisant par rapport à celui dont il aurait normalement dû disposer pour émettre son avis sur les articles de la Constitution dont il a été saisi et en dépit d'un exposé des motifs et de commentaires laconiques, voire inexistant, le Conseil d'Etat s'efforce néanmoins d'examiner toutes les dispositions constitutionnelles sujettes à révision dont il est saisi.

Toutefois, parmi celles-ci figurent certaines dispositions, notamment les articles 32 et 33 qui revêtent une importance primordiale par l'incidence que les modifications à ces articles auraient sur les règles de l'exercice du pouvoir.

Ces changements auraient de toute évidence nécessité une étude préparatoire approfondie. Le Conseil d'Etat ne pourra donc pour ces dispositions qu'attirer l'attention de la Chambre sur les difficultés et les conséquences que ces changements entraîneraient. Il s'efforcera néanmoins, sans être convaincu de la nécessité, voire de l'opportunité de toutes les modifications, de rechercher et de proposer des solutions, qui sans toucher au fonctionnement des institutions seraient en mesure de rencontrer les préoccupations qui animent les auteurs de ces textes.

Le Conseil d'Etat voudrait enfin insister sur le fait que la possibilité de contrôler la constitutionnalité des lois que la révision entend introduire dans la Constitution aura pour effet de transformer profondément le rôle et la lecture de celle-ci.

De charte fondamentale, sans sanction réelle, la Constitution deviendra dorénavant la règle de droit suprême permettant de sanctionner les lois qui s'écarteraient du cadre constitutionnel.

Pour pouvoir remplir efficacement ce rôle, les textes de la norme constitutionnelle devraient donc impérativement être élaborés et rédigés avec un maximum de concision et de clarté pour permettre d'y mesurer une loi.

Ce n'est qu'à ce prix qu'un contrôle constitutionnel des lois pourra se faire de façon satisfaisante.

Or, une révision constitutionnelle mal engagée n'est pas de nature à atteindre cet objectif.

Si la Chambre des députés partageait les appréhensions du Conseil d'Etat et reportait la présente révision de la Constitution à une date ultérieure, le Conseil d'Etat se réserve d'approfondir ses analyses et ses réflexions sur les articles faisant l'objet du présent avis.

*

3895¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 1er DE LA CONSTITUTION

Lors de la révision constitutionnelle de 1948, une proposition avait été faite de modifier l'article 1er de la Constitution à l'effet de dire que l'Etat est „constitué en démocratie parlementaire, sociale et économique“. Cette proposition n'avait pas été retenue par la Constituante, qui avait cependant ajouté à l'article 51 un alinéa 1er de la teneur suivante: „Le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire“, ce qui en somme pouvait apparaître comme une variante de la proposition de modification de l'article 1er de la Constitution. Il pourrait dans ces conditions paraître inutile d'accentuer encore le principe du régime démocratique, ancré depuis 1948 dans notre Constitution. Comme cependant un principe d'une portée aussi générale trouve mieux sa place à l'article 1er de la Constitution, le Conseil d'Etat peut se rallier au texte du projet de révision en ce qu'il entend préciser que le Grand-Duché de Luxembourg forme un Etat démocratique.

Le Conseil d'Etat se prononce cependant contre la suppression du terme „indivisible“. D'un point de vue historique, l'indivisibilité consacrée par l'article 1er de la Constitution visait à rendre impossible le partage du territoire du Grand-Duché entre deux ou plusieurs membres de la dynastie. Si le texte a perdu toute utilité à cet égard, le Conseil d'Etat n'est cependant pas convaincu que la notion d'indivisibilité soit devenue absolument superflue. A une époque où il est de plus en plus question de l'Europe des régions, ce concept, en tant qu'il entend l'Etat aussi comme expression géographique, peut garder une utilité. Les dimensions réduites de notre pays ne devraient certes laisser envisager que l'adhésion de l'ensemble du territoire à une seule région de l'Europe. Néanmoins d'autres hypothèses ne peuvent pas être exclues. Même si l'Etat en tant que formation politique ne se trouvait pas dans l'immédiat affecté par une adhésion de parties du territoire à des régions de l'Europe différentes, à la longue une telle situation pourrait conduire à sa désintégration non seulement géographique mais aussi politique. Le Conseil d'Etat se prononce dès lors pour le maintien du terme „indivisible“, d'autant plus que le terme n'a jamais donné lieu à des difficultés.

*

3922¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 4 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle en proposant de biffer à l'article 4 de la Constitution le mot „sacré“ entend débarrasser le texte constitutionnel d'un archaïsme, qui n'a plus de sens aujourd'hui et qui risque d'être mal compris.

Tout en renvoyant aux considérations générales développées dans la partie générale de son avis, le Conseil d'Etat ne s'oppose cependant pas à la proposition de la Commission et marque son accord avec le texte proposé pour l'article 4.

*

3896¹

PROJET DE REVISION TENDANT A INSERER UN CHAPITRE II NOUVEAU DANS LA CONSTITUTION

Le projet de révision sous rubrique tend à insérer dans la Constitution un chapitre II nouveau intitulé „De la qualité de Luxembourgeois“, regroupant les articles 9 et 10.

Dans le texte actuel, le chapitre II de la Constitution intitulé „Des Luxembourgeois et de leurs droits“ comprend les articles 9 à 31.

Cette modification est motivée par la proposition de révision tendant à insérer un chapitre III nouveau intitulé „Des libertés publiques“, regroupant les articles 11 à 28, et s'appliquant tant aux Luxembourgeois qu'aux étrangers. Les articles 9 et 10 resteraient les seuls articles à concerner les seuls Luxembourgeois.

Or, le Conseil d'Etat constate que l'article 11 de la Constitution, également soumis à révision, maintient la disposition que „les Luxembourgeois sont égaux devant la loi“, et qu'ils „sont admissibles aux emplois civils et militaires“ alors que „les étrangers sont admissibles à ces emplois dans les conditions fixées par la loi“.

Comme l'article 11 maintient certains droits aux seuls Luxembourgeois, il serait indiqué de faire figurer cet article sous le chapitre II.

Par ailleurs le Conseil d'Etat est d'avis que toutes les dispositions regroupées actuellement sous le chapitre II doivent être vues à la lumière de l'article 111 actuel de la Constitution qui prévoit que „tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi“. Les libertés constitutionnelles sont acquises de plein droit aux étrangers comme aux Luxembourgeois, sous réserve d'exceptions à prévoir par la loi.

Une révision du chapitre n'est donc pas indispensable, même si les articles 12, 15, 18, 19, 21, 23, 25, 26 et 27 sont modifiés.

*

3897¹

PROJET DE REVISION TENDANT A INSERER UN CHAPITRE III NOUVEAU DANS LA CONSTITUTION

Le projet sous rubrique tend à inscrire dans la Constitution un chapitre III nouveau intitulé „Des libertés publiques“, regroupant les articles 11 à 28.

Dans le texte actuel les articles précités faisaient partie du chapitre II intitulé „Des Luxembourgeois et de leurs droits“.

La modification proposée est motivée par le fait que dorénavant les dispositions des articles 11 à 28 ne se limitent plus aux Luxembourgeois, mais s'appliquent également aux étrangers.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu de la nécessité de cette modification, alors que les droits des étrangers, actuellement prévus à l'article 111, seront déterminés par l'article 28 nouveau.

En outre, il convient de relever que l'article 11 continue à énoncer le principe que „les Luxembourgeois sont égaux devant la loi“ et qu'ils sont également admissibles aux emplois civils et militaires.

Enfin, les dispositions des articles 11 à 28 n'ont pas seulement trait aux libertés publiques, mais également à d'autres droits fondamentaux. Aussi, le Conseil d'Etat propose-t-il, en ordre principal, de maintenir l'intitulé actuel du chapitre II pour les articles 9 à 31.

En ordre subsidiaire, il propose, pour le présent chapitre, au lieu de l'intitulé „Des libertés publiques“, celui „Des droits fondamentaux“, alors que certains des articles de ce chapitre concernent d'autres droits que la liberté publique. Tel est notamment le cas des articles 13, 14, 15, 17, 18, 21 et 22.

*

3923¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 11 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose, à l'endroit de l'article 11, quatre modifications, à savoir:

- la suppression du premier paragraphe prévoyant qu'il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres;
- l'admissibilité aux emplois civils et militaires des étrangers dans les conditions à déterminer par la loi;
- la définition du principe de non-discrimination prévu au chapitre III nouveau de la Constitution;
- l'inscription dans la Constitution de la protection de l'environnement humain et naturel.

En ce qui concerne la suppression du premier paragraphe interdisant toute distinction d'ordres, le Conseil d'Etat constate que cette disposition n'a jamais donné lieu à difficulté. La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de supprimer ce paragraphe au motif „qu'en démocratie il est inutile de faire allusion à l'inexistence de distinctions d'ordres“.

Cette disposition, insérée dans la Constitution en 1848, s'explique par le souci de l'assemblée constituante d'alors d'empêcher un retour à l'organisation politique de l'Ancien Régime qui prévoyait la division de la nation en trois ordres: noblesse, clergé et tiers état. A l'heure actuelle, nul n'a l'intention de rétablir une telle division de la nation en ordres. Aussi le Conseil d'Etat marque-t-il son accord avec l'abrogation du paragraphe (1) de l'article 11.

Au paragraphe (2) de l'article 11 la deuxième partie de cette disposition libellée „seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers“ est remplacée par le texte „Ils (les Luxembourgeois) sont admissibles aux emplois civils et militaires. Les étrangers sont admissibles à ces emplois dans les conditions fixées par la loi“.

La modification est justifiée par l'évolution du droit communautaire et plus particulièrement de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes excluant de l'application de l'article 48, paragraphe 4 du traité sur l'Union européenne les fonctions qui n'impliquent pas une participation de leurs titulaires à l'exercice de la puissance publique.

Le Conseil d'Etat constate de prime abord que les termes employés à l'article 48, paragraphe 4: „Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux *emplois* dans l'administration publique“ ne diffèrent pas des termes actuels de l'article 11 de notre charte fondamentale prévoyant que „seuls ils (les Luxembourgeois) sont admissibles aux *emplois* civils et militaires“. Si l'article 48, paragraphe 4 doit être interprété dans un sens restrictif alors qu'il ne viserait que les emplois comportant une participation à l'exercice de la puissance publique, il ne semble pas que la Constitution prononce l'exclusion des étrangers des emplois publics d'une manière absolue. D'ailleurs certains auteurs belges ont admis que l'exclusion prononcée par cet article, qui est repris de la Constitution belge de 1831, „ne peut s'appliquer qu'aux fonctions publiques proprement dites, à celles qui supposent une délégation plus ou moins importante de la puissance publique“. (cf. Thonissen, La Constitution belge, 3ème édition No 31 de Gustave Beltjens, La Constitution belge, page 102) Par ailleurs ni la Belgique ni les Pays-Bas n'ont cru nécessaire de modifier jusqu'à présent leur loi fondamentale en matière d'admissibilité d'étrangers à la fonction publique, la Constitution belge prévoyant le même texte que la Constitution luxembourgeoise, alors que la Constitution du Royaume des Pays-Bas prévoit en son article 3 que „tous les Néerlandais sont également admissibles à la fonction publique“.

Il est vrai que dans le passé la dernière partie du paragraphe (2) actuel de l'article 11 a soulevé quelques problèmes en relation avec l'engagement d'étrangers à certaines fonctions limitativement énumérées dans la loi budgétaire à partir de 1989. En effet, le texte admet „les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers“.

Pour tenir compte des arguments développés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, il suffirait de supprimer les termes „pour des cas particuliers“. Le paragraphe (2) prendrait la teneur suivante, proposée en ordre principal par le Conseil d'Etat: „Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires sauf les exceptions prévues par la loi.“

Cette solution aurait l'avantage de ne pas aller au-delà de la jurisprudence de la CJCE, alors que le texte proposé par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle prévoit l'inscription dans la Constitution elle-même du principe de l'admissibilité des étrangers à la fonction publique en abandonnant à une loi la fixation des conditions. Ce texte va au-delà des exigences communautaires, d'une part, en prévoyant l'admission à la fonction publique de tous les étrangers, même les non-communautaires et, d'autre part, en n'excluant pas parmi les fonctions admissibles celles qui comportent une participation à l'exercice de la puissance publique. Une loi qui introduirait les critères ci-avant énumérés risquerait d'être considérée comme limitant la portée de l'article 11, paragraphe (2) tel qu'il est proposé dans le texte de la Commission, encourant le risque d'être considérée comme contraire à la loi fondamentale.

Enfin, en matière d'admission des étrangers à la fonction publique, il s'agit moins de fixer les conditions d'admissibilité, qui sont en principe les mêmes que pour les nationaux, mais de déterminer les emplois auxquels ils sont admissibles.

Si la Chambre des députés entend maintenir la dernière phrase du paragraphe (2) il convient pour les raisons ci-avant développées de la formuler comme suit:

„La loi détermine les emplois admissibles à des étrangers et elle fixe les conditions d'admission.“

Toutefois, ce texte n'est proposé par le Conseil d'Etat qu'à titre subsidiaire.

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de compléter le paragraphe (3) actuel par un alinéa 2 nouveau libellé comme suit:

„Dans l'exercice des droits et libertés prévus au présent chapitre, nul ne peut être désavantagé ni favorisé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa nationalité, de ses origines ou de ses conceptions philosophiques, religieuses ou politiques.“

Les auteurs du texte sous examen ont motivé cet ajout au paragraphe (3) de l'article 11 en indiquant qu'il échet de donner une définition aussi précise que possible du principe de non-discrimination, en s'inspirant des conventions internationales ratifiées par le Grand-Duché.

Si le Conseil d'Etat comprend le souci de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, il ne peut pas la suivre dans la démarche indiquée dans ce texte qui a un caractère général et s'applique ainsi indistinctement aux nationaux comme aux étrangers. Dans sa forme peu nuancée le texte est d'abord en contradiction avec d'autres dispositions du même chapitre, tel l'article 11 sur l'admissibilité aux emplois publics qui, dans sa forme proposée maintient encore une distinction entre

Luxembourgeois et étrangers, ou l'article 28 qui, en garantissant aux étrangers la jouissance des libertés publiques, les soumet aux réserves à prévoir par la loi. L'exercice des droits prévus au chapitre II actuel comporte également le droit au travail, la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale. L'adoption d'un texte qui exclut toute discrimination en raison de la nationalité obligerait les autorités luxembourgeoises à accorder indistinctement tous les droits aux étrangers non légalement admis à résider. Il ne serait pas concevable que l'on soit obligé de délivrer une autorisation de séjour, un permis de travail ou une autorisation d'établissement à un étranger non légalement admis mais remplissant par ailleurs les autres conditions requises par la loi. Dans les conditions données, une analyse minutieuse des suites que comporte cet article doit être effectuée. Aussi le Conseil d'Etat insiste-t-il à ce que cette disposition soit supprimée avant qu'il n'ait été procédé à un examen détaillé des conséquences juridiques de cette disposition.

La Commission propose enfin de compléter l'article 11 par un paragraphe (6) nouveau libellé comme suit:

„Dans l'intérêt du bien-être des générations actuelles et futures, l'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel.“

Le Conseil d'Etat peut partager le souci de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle en ce qui concerne le respect de l'environnement naturel. Toutefois, il est d'avis que le texte qui impose à l'Etat une obligation de résultat doit être remplacé par une obligation de moyens, l'Etat étant en vertu du texte à prévoir obligé de tout faire pour veiller à ce que l'environnement soit respecté. Il ne peut pas lui-même être rendu responsable de toute infraction en cette matière. Aussi le Conseil d'Etat, s'inspirant du texte de l'article 21 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas prévoyant que „les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie“, propose-t-il de rédiger le paragraphe (6) de l'article 11 comme suit:

„L'Etat veille à la protection de l'environnement humain et naturel.“

*

3898¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 12 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de compléter cet article qui délimite l'empiètement de l'Etat sur la liberté des citoyens par l'ajout de placements effectués pour des raisons de police sanitaire ou encore dans le cadre de procédures d'expulsion ou de refoulement.

La commission fait cette proposition après avoir constaté que tous les cas où une disposition légale permet de retenir une personne ne sont pas couverts par la disposition constitutionnelle dans sa formulation actuelle. La commission a relevé quatre dispositions légales qui ne semblent pas couvertes par la disposition constitutionnelle, à savoir

- celle prévue à la loi du 26 mai 1988 relative au placement des personnes atteintes de troubles mentaux dans des établissements ou services psychiatriques fermés,
- celle prévue à l'article 15 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers, 2) le contrôle médical des étrangers, 3) l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère,
- celle prévue à l'article 73 de la loi communale permettant de retenir des personnes mettant momentanément en danger autrui,
- celle prévue à la loi du 25 mars 1885 concernant les mesures à prendre pour parer à l'invasion et à la propagation des maladies contagieuses.

Partant de cette constatation la commission a estimé que ces quatre catégories de dispositions pouvaient être regroupées sous les notions de „placement pour des raisons de police sanitaire“ et de „placement en vue d'un refoulement ou d'une expulsion“.

Le Conseil d'Etat est cependant amené à constater que notre législation comprend encore un certain nombre d'autres dispositions permettant de retenir une personne dans des conditions difficilement conciliables avec les dispositions constitutionnelles actuelles. Il en est ainsi

- de l'article 45 paragraphe (5) du code d'instruction criminelle qui permet la rétention d'une personne faisant l'objet d'une vérification d'identité pendant une période ne pouvant excéder quatre heures,

- des articles 14 et 23 du code pénal militaire du 31 décembre 1982, la notion d'un juge d'instruction pouvant ordonner la mise en détention n'existant pas en la matière où la Chambre du conseil est composée de l'auditeur militaire et de deux officiers;
- de l'article 28 de la loi du 16 avril 1979 ayant pour objet la discipline dans la Force Publique qui permet de prononcer sur-le-champ l'arrestation d'un membre de la force publique sur ordre d'un supérieur pour une durée ne pouvant excéder 48 heures;
- de l'article 75 du code disciplinaire et pénal pour la marine du 14 avril 1992 qui permet à un capitaine de faire provisoirement arrêter le suspect en cas de crime ou délit commis à bord d'un navire battant pavillon luxembourgeois;
- de la deuxième phrase du deuxième alinéa de l'article 25 de la loi du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse qui permet au procureur d'Etat de prendre à l'égard de mineurs des mesures de garde provisoire lorsque le juge de la jeunesse ne peut être utilement saisi. L'affirmation sur ce point de la Commission des institutions que „ainsi, par exemple tout placement de mineurs ne peut être décidé que sur ordonnance du juge“ est incomplète.

De même, la question de savoir si l'article 114 de la loi communale qui permet aux commissaires de district „de prendre immédiatement, en cas d'événements extraordinaires, telles mesures qu'il appartient“ autorise les commissaires de district à prendre des mesures coercitives à l'égard de fauteurs de troubles ne saurait recevoir trop rapidement une réponse négative, le contraire ayant d'ailleurs été décidé en Belgique à propos d'une disposition analogue.

Si le Conseil d'Etat admet que les dispositions indiquées ci-avant qui permettent de retenir une personne – l'énumération n'a d'ailleurs pas la prétention d'être complète – sont d'une importance inégale, il n'en reste pas moins qu'il s'agit de dispositions qui ont fait leurs preuves par le passé et qu'on ne saurait évidemment pas abroger purement et simplement. Il en est ainsi par exemple de la vérification d'identité, laquelle s'applique non seulement dans les cas énumérés de manière précise à l'article 45 du code d'instruction criminelle, mais encore en cas d'application des dispositions légales et réglementaires concernant les pièces d'identité, l'entrée et le séjour des étrangers et les contrôles aux frontières du territoire national (voir arrêt de la Cour de Cassation du 22 avril 1993 dans l'affaire Ministère public/Perreira). Cette disposition, qui doit certes être appliquée avec doigté, semble indispensable à une époque où la criminalité a tendance à augmenter et où l'on assiste à de véritables migrations.

Toutes les autres dispositions ont également leur justification objective. Il ne semble dès lors pas indiqué d'inscrire dans le corps même de la Constitution les situations dans lesquelles une personne peut être privée de sa liberté. Le Conseil d'Etat ne peut en effet pas marquer son accord avec l'observation de la Commission des institutions aux termes de laquelle la formulation par elle proposée de l'article 12 „tient compte des exceptions législatives. Elle n'en autorise cependant pas d'autres à l'avenir“.

En effet, le fait est qu'au fil du temps il s'est avéré nécessaire d'ajouter l'une ou l'autre disposition légale permettant de retenir une personne, bien que la Constitution ne le permette pas expressément. La question se pose dès lors s'il est bien prudent d'inscrire de manière précise dans la Constitution les situations dans lesquelles une personne peut être privée de sa liberté, surtout si l'on considère que toute disposition législative contraire risque d'être considérée par des juridictions comme anticonstitutionnelle, ce qui fait évidemment que l'on ne pourra plus avoir recours à ces mesures jugées pourtant par ailleurs utiles, voire indispensables.

La question gagne encore en importance si l'on considère qu'une fois que les dispositions légales en question auront été déclarées anticonstitutionnelles, le fait d'appliquer néanmoins la loi aura pour conséquence que la personne ayant retenu autrui sera passible des peines prévues du chef de détention arbitraire. Ainsi le membre des forces de l'ordre procédant à une vérification d'identité et retenant une personne se rendra coupable de l'infraction de détention arbitraire.

Dans les conditions données le Conseil d'Etat ne voit pas d'autre solution que de supprimer la troisième phrase de l'article 12 dans sa formulation actuelle et de la remplacer par une disposition prévoyant que nul ne peut être arrêté qu'en application d'une disposition légale, mais qu'il doit être informé immédiatement des moyens à mettre en oeuvre en vue de recouvrer sa liberté.

S'il est exact que la troisième phrase de l'article 12 prévoit de manière précise dans quelles conditions on peut être arrêté, il échet d'observer que la Commission des institutions prévoit également dans sa proposition de texte de s'en remettre au législateur pour fixer les conditions dans lesquelles un placement pour raisons de police sanitaire ou un placement en cas d'expulsion ou de refoulement peut intervenir.

Dans le même contexte, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 14 nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi. Si l'article 12 traite de l'arrestation l'article 14 traite des peines. Or, il y a également des peines privatives de liberté – limitées dans le temps, il est vrai – qui peuvent être prononcées par des organes non juridictionnels (voir loi sur la discipline dans la Force Publique, sur le code disciplinaire et pénal pour la marine). S'il y a évidemment une distinction entre une arrestation préalable à toute peine et une peine ordonnant une privation de liberté, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas évident pour quelles raisons l'on devrait énumérer dans le corps même de la Constitution les situations dans lesquelles on peut priver quelqu'un de sa liberté dans la première hypothèse et permettre dans la deuxième hypothèse au législateur de fixer des peines privatives de liberté.

Dans le même contexte, il convient de relever que tant la Constitution française que la Constitution néerlandaise réservent à la fois de fixer les cas et les conditions dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté.

Pour résumer toutes les considérations qui précèdent on peut donc retenir

- que l'article 12 dans sa formulation actuelle doit être modifié étant donné que d'une part certaines lois en vigueur actuellement sont d'une constitutionnalité douteuse sur ce point, mais que d'autre part il est indéniable que ces législations obéissent à des nécessités objectives certaines
- que la formulation proposée par la Commission des institutions est trop étroite et risquera d'entraîner des difficultés d'application très sérieuses.

En conséquence, les cas dans lesquels une personne peut être retenue doivent être fixés par la loi, la Constitution devant se borner à exprimer les principes en la matière.

Il semble par contre indispensable de retenir comme principe constitutionnel, qui liera donc le législateur, que lors de toute arrestation la personne concernée devra être informée des moyens dont elle dispose pour recouvrer sa liberté, ce qui oblige donc le législateur de prévoir en toute matière un droit de recours et donc également un droit de contrôle. Cette garantie complètera d'ailleurs les droits découlant de l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 12 pourrait dès lors être libellé comme suit:

„Art. 12.– La liberté individuelle est garantie. – Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. – Nul ne peut être arrêté que dans les cas et conditions prévus par la loi. – Toute personne arrêtée doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté.“

*

3899¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 15 DE LA CONSTITUTION

Le texte du projet de révision entend en premier lieu regrouper en un seul article les dispositions actuelles des articles 15 et 28 de la Constitution qui proclament, le premier, l'inviolabilité du domicile privé, le second, l'inviolabilité du secret des lettres.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés propose ensuite d'adapter la formulation du nouvel article 15:

- d'une part, il est proposé d'étendre la garantie constitutionnelle à l'ensemble des intérêts et activités propres à chaque individu et pour lesquels il peut prétendre à une protection contre toute immixtion. Aussi une protection plus générale de la vie privée est-elle envisagée au-delà des dispositions particulières figurant à l'heure actuelle dans la Constitution;
- d'autre part, il est proposé de renforcer la garantie constitutionnelle, en ajoutant la précision que les restrictions légales seront soumises au contrôle d'une instance judiciaire.

a) Sous l'empire de l'article 28 actuel de la Constitution, le secret des lettres est inviolable, et la Constitution ne prévoit pas expressément la possibilité d'y déroger. Il est pourtant un fait que des dérogations existent: le droit du curateur d'ouvrir les lettres adressées au failli (article 478 du Code de commerce), le droit d'ouvrir et de contrôler la correspondance des détenus (article 223 du règlement grand-ducal concernant l'administration et le régime interne des établissements pénitentiaires), le droit

pour le juge d'instruction de saisir tous papiers, documents et de prendre connaissance de ces papiers ou documents avant de procéder à leur saisie (articles 33 et 65 du Code d'instruction criminelle). Le droit à l'inviolabilité du secret des lettres n'a donc jamais été considéré ni dans la législation ni dans la pratique judiciaire comme un droit absolu ne pouvant souffrir aucune exception. La question avait été évoquée par le Conseil d'Etat dans son avis du 26 avril 1979 relatif au projet de révision de l'article 28 de la Constitution.

Le nouvel article 15, dans la teneur proposée, entend préciser que le secret à garantir n'est pas un droit absolu. A cet effet il prévoit expressément que des dérogations peuvent être apportées à ce droit, et la phrase afférente semble devoir être interprétée comme visant aussi bien l'inviolabilité de la vie privée que le secret de toutes les formes de communication. Le Conseil d'Etat s'était déjà dans un avis du 12 février 1989 relatif à une proposition de révision de l'article 28 de la Constitution prononcé en faveur d'une telle précision. Toutefois, du fait que ces restrictions ne peuvent être que l'oeuvre du législateur, il résultera p.ex. que le contrôle du courrier des détenus ne sera plus possible, alors que cette dérogation à l'inviolabilité du secret des lettres a été instituée par le pouvoir exécutif dans le cadre d'un règlement grand-ducal. Une telle conséquence dépasse manifestement le but recherché par le texte proposé et il importerait de légiférer en la matière.

b) Force est de constater que la notion de vie privée est une notion extensible à souhait, à tel point que la Cour de cassation de Belgique avait dans deux hypothèses mettant en cause la conformité de dispositions légales de droit interne décidé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit au respect de la vie privée, n'était pas suffisamment précis et concret pour pouvoir être appliqué directement aux cas d'espèce dont s'agissait (Cass. b. 10 mai 1985 et 6 mars 1986, Rev. crit. de jurispr. belge 1987, page 5). L'énoncé d'un principe aussi général rendra d'autant plus difficile la tâche d'en circonscrire les termes. Le droit au respect de la vie privée couvre en effet un domaine juridique très vaste, et il est difficile, voire impossible, d'en donner une définition qui soit utilisable au plan juridique (Velu J. et Ergec R., La Convention européenne des droits de l'homme, No 652). Il faut par ailleurs se rendre à l'évidence que l'énoncé d'un tel principe dans la Constitution n'aura pas seulement pour effet de protéger la sphère privée par rapport aux pouvoirs publics. A cet engagement plutôt négatif des pouvoirs publics peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée.

Face à ces difficultés d'application du nouveau texte proposé, la question peut se poser s'il convient de consacrer le droit au respect de la vie privée au titre des droits et libertés garantis par la Constitution. Par ailleurs et eu égard au fait que le Grand-Duché de Luxembourg est déjà à l'heure actuelle astreint au respect du droit à la vie privée, sur base des dispositions de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dispositions qui par ailleurs ont primauté sur les normes de droit interne, la consécration dans le texte constitutionnel de libertés fondamentales au respect desquelles le Luxembourg s'est obligé, peut paraître comme faisant double emploi avec ladite Convention.

Une telle consécration pourrait même paraître contre-indiquée sur base de considérations sur lesquelles le Conseil d'Etat aura l'occasion de revenir dans le cadre de la révision proposée de l'article 95 de la Constitution. En effet, dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la loi, telle que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés propose de l'introduire, le contrôle de la conformité des dispositions légales avec la Constitution devra faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. Le contrôle de la conformité de ces mêmes dispositions légales avec la Convention européenne des droits de l'homme appartiendra par contre aux juridictions devant lesquelles l'exception sera soulevée, alors même que les textes fondamentaux en cause seraient libellés de manière identique dans la Convention européenne et dans la Constitution.

Aux yeux du Conseil d'Etat il y a lieu d'éviter le risque d'une dérive entre les décisions sur la constitutionnalité d'une loi et les décisions sur la conformité de cette même loi avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, ces décisions relevant en premier lieu de la compétence des juridictions saisies du fond et droit habilitées à juger elles-mêmes de la conformité avec la norme de droit international, et le cas échéant encore de la compétence de la Commission des droits de l'homme, du Comité des ministres et de la Cour des droits de l'homme. Cette question revêt une importance considérable notamment en matière pénale, dans la mesure où l'article 443 du Code d'instruction criminelle prévoit que la révision peut être demandée au bénéfice de toute personne reconnue auteur d'un crime ou d'un délit par une décision définitive rendue en premier ou en dernier

ressort, notamment lorsqu'il résulte d'une décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendus en application de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'une condamnation pénale a été prononcée en violation de cette convention, cette hypothèse incluant l'hypothèse d'une condamnation intervenue sur base d'un texte légal jugé non conforme à la Convention. Le fait de vouloir inscrire dans la Constitution des libertés qui se trouvent actuellement déjà ancrées dans la Convention européenne des droits de l'homme pourrait conduire à la situation que la constitutionnalité de la loi dépendrait en définitive de la conformité de cette même loi avec la Convention européenne des droits de l'homme. A signaler encore dans ce contexte, que d'éminents auteurs belges plaident en faveur d'une primauté de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Constitution (Velu, *mercuriale* du 1er septembre 1992, *Journal des Tribunaux*, 1992, page 729).

Le Conseil d'Etat doit dans ces conditions émettre de nettes réserves à l'encontre de la révision proposée.

Si néanmoins la Chambre des députés estimait devoir consacrer le droit au respect de la vie privée, le Conseil d'Etat propose de reprendre les termes de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à savoir que „toute personne a droit au respect de sa vie privée“. Le terme „inviolabilité“ semble en effet au Conseil d'Etat par trop absolu. Ce terme devrait cependant être repris pour les aspects particuliers de la sphère privée qui étaient jusqu'ici consacrés par la Constitution, à savoir l'inviolabilité du domicile et de secret des lettres. En ce qui concerne plus particulièrement l'inviolabilité du domicile privé, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de l'absorber dans la notion générale de droit au respect de la vie privée, alors que, en pareil cas, on pourrait aussi y englober le secret des lettres. Aux yeux du Conseil d'Etat, le nouvel article 15 devrait, de par sa formulation, clairement dénoter qu'il entend élargir le champ d'application de la norme constitutionnelle au-delà des aspects particuliers qui restent par ailleurs consacrés dans la Constitution.

Le Conseil d'Etat est encore d'avis que l'exigence d'un contrôle des restrictions légales par une instance judiciaire ne devrait pas être consacrée par la Constitution. L'énoncé d'un principe par la Constitution doit trouver son prolongement et son plein développement dans la loi. Le législateur devra, même en l'absence d'exigences précises à lui imposées par la Constitution, tenir compte de la prééminence de la règle constitutionnelle en prévoyant, à propos des restrictions légales que la Constitution autorise, des garanties adéquates et suffisantes contre les abus. Aux yeux du Conseil d'Etat, il n'y a donc pas lieu d'imposer au législateur des impératifs qui seraient fixés par la Constitution elle-même.

Le Conseil d'Etat relève d'ailleurs que le texte proposé peut prêter à équivoque. Le contrôle peut en effet intervenir à plusieurs stades: il peut intervenir avant la mise en oeuvre des restrictions légales, il peut intervenir pendant que ces restrictions s'opèrent, il peut enfin intervenir une fois que ces restrictions auront pris fin. L'article 478 du Code de commerce, pour ne citer que cet exemple, prévoit que les lettres adressées au failli seront remises aux curateurs, qui les ouvriront. Le fait que les curateurs soient placés sous la surveillance, d'une manière générale, du tribunal de commerce, et d'une manière spéciale, du juge-commissaire est-il de nature à satisfaire aux exigences d'un contrôle par une instance judiciaire? Si le pouvoir constituant entend imposer des impératifs au pouvoir législatif, il faudrait pour le moins qu'ils soient clairs et précis. Le Conseil d'Etat relève encore que le terme instance judiciaire peut lui aussi prêter à discussion: est-ce que le juge judiciaire est seul visé par ces termes, ou faut-il y englober le juge administratif? Le terme „instance judiciaire“ couvre-t-il des instances, telle que la commission prévue à l'article 88-3 du Code d'instruction criminelle?

Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le Conseil d'Etat ne peut pas se prononcer en faveur de la révision proposée.

Le Conseil reconnaît par contre l'utilité de la révision des articles 15 et 28 actuels et ce à un double titre:

- en ce qu'elle tend à étendre le champ d'application du texte, en particulier de l'article 28,
- en ce qu'elle tend à préciser que le secret des lettres peut comporter des dérogations.

D'après le texte du projet de révision la Constitution serait appelée à garantir le secret de toutes les formes de communication. Les termes „toutes les formes de communication“ se retrouvent actuellement dans l'article 88-1 du Code d'instruction criminelle. Ces termes n'avaient pas au moment de l'introduction de cet article dans le Code d'instruction criminelle fait l'unanimité. Le Conseil d'Etat avait proposé dans son premier avis du 30 juin 1981 relatif au projet de loi portant introduction au code d'instruction criminelle des articles 88-1, 88-2 et 88-3, d'écrire „de toutes les télécommunications ainsi

que des correspondances confiées à la poste”, termes qui se retrouvent actuellement à l’article 88-2 du Code d’instruction criminelle. La Commission spéciale de la Chambre pour le projet de loi en question avait cependant estimé que les termes „toutes les formes de communication” étaient à maintenir, alors qu’elle a estimé qu’il pouvait y avoir d’autres modes de communication que les correspondances postales et les télécommunications. Il y a lieu de relever que ce qui importait à l’époque au législateur c’était de rendre possible l’utilisation de moyens techniques de surveillance, telles que l’utilisation d’appareils d’écoute à distance ou encore la pose de détecteurs. C’est donc essentiellement par rapport aux moyens techniques susceptibles d’être mis en oeuvre pour surveiller une personne déterminée que les termes „toutes les formes de communication” ont été employés.

Il convient par ailleurs de rapprocher des termes „toutes les formes de communication” la notion de „correspondance” au sens de l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme, laquelle est considérée comme couvrant toutes les communications, quelle qu’en soit la nature: téléphonique, télégraphique, électrique, radioélectrique, pneumatique, informatique, etc. Il a par ailleurs été décidé que la communication par émissions privées de radiodiffusion (citizen-band) constitue une „correspondance” (Velu et Ergec, La Convention européenne des droits de l’homme, No 682).

S’il y a donc des arguments susceptibles de militer en faveur du texte dans sa teneur proposée, le Conseil d’Etat est toutefois à se demander si la garantie constitutionnelle ainsi entendue ne va pas au-delà du but recherché. En garantissant le secret de toutes les formes de communication, le nouveau texte pourrait être interprété comme reconnaissant la légitimité, du moins en principe, de toutes les formes de communication existantes et futures, et comme imposant de ce fait le cas échéant aux pouvoirs publics l’obligation d’assurer une mise en oeuvre en garantissant d’une manière effective le secret.

Compte tenu du caractère actuellement imprévisible de toutes les répercussions qu’un tel texte pourrait avoir, le Conseil d’Etat est à se demander s’il ne conviendrait pas de se limiter à consacrer le respect de toute communication dans la mesure où son contenu est réservé à certaines personnes.

Le texte de l’article 15 pourrait alors se lire comme suit:

„Toute personne a droit à l’inviolabilité de son domicile et de ses communications à caractère personnel sous toutes leurs formes.

Aucune restriction ne peut être apportée à ces droits, si ce n’est dans les cas prévus par la loi et sous les conditions qu’elle détermine.”

*

3900¹

PROJET DE REVISION DES ARTICLES 18 ET 118 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle ne préconise pas une abrogation pure et simple de l’article 18 puisqu’elle estime qu’il échet d’aller un pas plus loin et de prévoir expressément à l’article 18 nouveau que la Constitution interdit la peine de mort. En cas d’abrogation pure et simple de l’article 18 le silence de la Constitution sur la question aurait pu être interprété comme permettant au législateur de réintroduire la peine de mort.

Le Conseil d’Etat peut marquer son accord avec le texte proposé qui se justifie d’ailleurs également après l’adoption de la loi du 21 novembre 1984 approuvant le Protocole No 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales concernant l’abolition de la peine de mort et de celle de la loi du 4 décembre 1991 portant approbation du Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort adopté par l’Assemblée Générale des Nations Unies, le 15 décembre 1989, lois d’après lesquelles les données de base sont fondamentalement modifiées, les traités internationaux ayant force supérieure à la loi. En effet, suite à la ratification de ces conventions, la peine de mort ne peut plus être réintroduite par la loi, ainsi que les auteurs du commentaire du texte sous examen le font observer à juste titre.

La modification proposée de l’article 18 permettra la suppression de l’article 118 de la Constitution.

*

3901¹**PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 19 DE LA CONSTITUTION**

Le projet sous rubrique tend à ajouter à la liberté des cultes et à leur exercice public et à la liberté de manifester ses opinions religieuses, celle de manifester ses opinions „philosophiques“.

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle entend ainsi compléter le texte „sur la liberté d'opinion de façon que celle-ci soit entière“. La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle n'a pas donné de définition des „opinions philosophiques“.

L'article 19 de la Constitution est identique à l'article 20 de la première Constitution démocratique de notre pays du 9 juillet 1848. Cet article ne semble pas avoir donné lieu à difficultés dans le passé au point qu'il faille le compléter dans le sens proposé.

Le Conseil d'Etat constate que les termes „opinions philosophiques“ ne figurent

- ni dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789,
- ni dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948,
- ni dans la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 29 août 1953.

Ces termes ne sont mentionnés dans aucune des Constitutions française, belge ou hollandaise.

Le Conseil d'Etat craint que la notion proposée d'„opinions philosophiques“, nullement définie par une loi, aux contours des plus flous, au lieu de compléter le texte sur la liberté d'opinion, risque d'introduire dans notre loi suprême une matière à discussion et à difficultés.

Le Conseil d'Etat recommande dès lors vivement de ne pas procéder à la révision de l'article 19 de la Constitution.

*

3902¹**PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 21 DE LA CONSTITUTION**

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de réviser l'article 21 de la Constitution qui prévoit que le mariage civil doit toujours précéder le mariage religieux, par la disposition suivante: „Seul le mariage civil est reconnu par la loi.“

Selon l'exposé des motifs, l'article 21 impose une certaine contrainte au mariage religieux du fait qu'il doit toujours être précédé du mariage civil. Après avoir décrit les raisons historiques de l'actuelle disposition de l'article 21, les auteurs estiment que le but de l'article 21 est tout simplement d'ignorer le mariage religieux en lui enlevant tout effet juridique qu'il avait auparavant, c'est-à-dire avant 1790. Ils conviennent néanmoins que la question d'attribuer un quelconque effet juridique civil au mariage religieux ne se pose plus aujourd'hui et que le seul effet concret que produit actuellement l'article 21 est celui d'obliger les personnes voulant vivre en communauté de vie, selon les règles religieuses, à contracter préalablement un mariage civil. Ils en concluent que „la compatibilité d'une telle contrainte avec la Convention des Droits de l'Homme n'est effectivement pas évidente“. Cette conclusion n'est pas autrement motivée.

L'article 12 de la Convention de la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 29 août 1953, a la teneur suivante: „A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.“

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il est difficilement soutenable, au vu de l'article 12 ci-avant cité, que la compatibilité de la contrainte de la conclusion d'un mariage civil avant la célébration d'un mariage religieux ne serait pas évidente avec la Convention de la Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. Au contraire, d'après cette Convention, ce sont précisément les lois nationales qui règlent l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille.

Cette situation existe dans notre pays depuis 1790, à l'exclusion de la période du 17 mars 1815 au 10 janvier 1817 (Eyschen, Das Staatsrecht, éd. 1890, page 181).

Le même principe est inscrit à l'article 16 de la Constitution belge.

Le Conseil d'Etat n'a pas connaissance que l'article 21 actuel ait donné lieu à des discriminations.

L'article 21 dans la teneur proposée ne mentionne plus le mariage religieux, mais le but avoué de la réforme est précisément de rendre possibles, sans mariage civil préalable, les mariages conclus et célébrés selon les règles de toutes les religions, peut-être aussi des diverses sectes. Ces mariages religieux créent entre mari et femme une situation de fait, laquelle n'est pas sans conséquences dans de nombreux domaines: tel l'article 300, 3e alinéa du code civil, qui évoque la „communauté de vie avec un tiers“ ou encore la loi du 26 juillet 1986 portant création du droit à un revenu minimum garanti qui détermine le niveau du RMG en fonction de la composition de la „communauté domestique“ dont font partie les ayants droit.

En ce qui concerne nos tribunaux, ceux-ci reconnaissent des droits aux concubins, à titre d'exemple, celui à réparation en cas d'accident mortel du partenaire.

Le Conseil d'Etat renvoie à l'excellente étude „L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait“ du professeur Jacqueline Rubellin-Devichi de l'Université Jean Moulin de Lyon, parue dans la Revue trimestrielle de droit civil No 3 de 1984, page 389. Ce texte a été établi à partir d'un rapport présenté lors de la session de l'Institut universitaire international de Luxembourg, consacrée à la „Famille de fait“ (1982).

La réforme proposée est de nature à bouleverser les normes juridiques existantes.

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle ne semble pas avoir pu approfondir la question de savoir, quelles seraient les conséquences – positives et négatives – du point de vue juridique, social, fiscal et pénal – d'un mariage religieux non précédé d'un mariage civil.

Avant de procéder à une réforme aussi profonde, il échet de faire étudier toutes les répercussions que la révision proposée est susceptible d'avoir sur les lois et règlements. Le Conseil d'Etat recommande avec insistance de ne pas procéder actuellement à la réforme envisagée.

Le texte actuel date de deux siècles. Le Conseil d'Etat admet que les termes „bénédiction nuptiale“ devraient être remplacés par ceux de „mariage religieux“. Le texte de l'article 21 pourrait avoir la teneur suivante:

„Le mariage civil devra précéder le mariage religieux.“

Dans l'hypothèse où la Chambre des députés devrait néanmoins procéder à un changement dans le sens proposé, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il serait préférable d'abroger l'article 21 actuel.

*

3903¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de ne plus viser dans l'article 23 qui concerne l'instruction publique les seuls Luxembourgeois, mais de préciser dans le texte que cette disposition s'applique à toute personne habitant le Grand-Duché.

Lors de la révision constitutionnelle de 1989 la Commission était déjà d'avis que le droit à l'enseignement et à la gratuité de l'enseignement devait être garanti non seulement aux ressortissants nationaux mais à tous les résidents sur le territoire luxembourgeois. Il est vrai que ce droit était toujours assuré dans les faits et, de façon indirecte, par l'article 111 de la Constitution, interprété à la lumière d'un arrêt du Conseil d'Etat du 4 février 1984 qui avait énoncé que: „Les étrangers jouissent au Grand-Duché de tous les droits qui ne leur sont pas spécialement refusés. A défaut de texte contraire, ils sont assimilés aux nationaux. Aucun droit ne peut être refusé à l'étranger, à moins que le législateur n'en ait expressément décidé ainsi.“

La Commission avait cependant estimé en 1989 qu'il fallait aller plus loin et consacrer dans la Constitution de façon formelle le droit à l'enseignement et à la gratuité de l'enseignement en faveur de tous les résidents, de sorte que le législateur ne pût plus y déroger.

La raison pour laquelle l'inscription de l'extension de ces droits aux résidents ne fut finalement pas réalisée par la loi du 13 juin 1989 portant révision de l'article 23 de la Constitution réside dans le fait que la Commission estimait ne pas pouvoir y procéder alors que tous les articles relatifs aux droits individuels n'étaient pas soumis à révision à l'époque. En accord avec le Conseil d'Etat la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle redoutait que la reconnaissance de tels droits dans les seuls articles déclarés révisables en 1984 aboutirait à un texte constitutionnel déséquilibré.

Comme tous les articles de la charte fondamentale concernant les droits individuels sont actuellement soumis à la procédure de la révision constitutionnelle, plus rien ne s'oppose à la modification de l'article 23 dans le sens de la proposition de texte déposée au nom de la Commission compétente de la Chambre des députés le 19 juillet 1988.

Le Conseil d'Etat approuve partant la démarche adoptée par les auteurs du texte du projet, tout en proposant une modification rédactionnelle du libellé de la première phrase de l'alinéa premier de l'article 23 qui prendra la teneur suivante:

„L'Etat veille à l'organisation de l'instruction primaire, qui sera obligatoire et gratuite et dont l'accès doit être garanti à toute personne habitant le Grand-Duché.“

Le texte proposé gagnera en clarté sans pour autant trahir les intentions des auteurs du texte du projet de révision sous examen.

*

3924¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 24 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose d'omettre dans la phrase finale de l'article 24 la référence à la qualité de Luxembourgeois.

Elle estime que ce privilège d'impunité réservé jusqu'à présent aux seuls Luxembourgeois devrait être supprimé.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition de texte de la Commission de la Chambre.

*

3904¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 25 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle est d'avis que le libellé en soi de l'article 25 est clair et qu'il échet de supprimer uniquement la référence aux Luxembourgeois.

Quant au fond, le Conseil d'Etat marque son accord avec la modification proposée.

Quant à la forme, il ne suffit pas de remplacer les termes „les Luxembourgeois“ par les termes „la Constitution“, alors que l'article impose aux Luxembourgeois de se conformer aux lois et règlements. Cette obligation n'a plus de sens si le sujet de la phrase est la Constitution.

Le Conseil d'Etat propose le texte suivant:

„La Constitution garantit le droit de s'assembler paisiblement et sans armes, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable. Cette disposition ne s'applique pas aux rassemblements en plein air, politiques, religieux ou autres; ces rassemblements restent entièrement soumis aux lois et règlements de police.“

*

3905¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 26 DE LA CONSTITUTION

A l'instar de la modification proposée pour l'article 25 la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle est d'avis qu'il échet de remplacer les termes „Les Luxembourgeois ont le droit de s'associer“ par les termes „La Constitution garantit le droit de s'associer“.

Cette modification garantit tant aux nationaux qu'aux étrangers, quelle que soit leur nationalité, le droit de s'associer sans que ce droit puisse être soumis à des conditions particulières à respecter.

Dans son avis du 5 décembre 1985 sur le projet de loi portant modification de la loi du 21 avril 1928 sur les associations sans but lucratif et les établissements d'utilité publique le Conseil d'Etat avait déjà relevé que „l'ouverture faite aux associations étrangères comporte, surtout en l'absence d'un contrôle effectif des activités de ces associations, le risque que certaines activités, contraires aux intérêts du Grand-Duché de Luxembourg et des Etats associés et alliés puissent, sous le couvert de ces associations, plus facilement s'exercer“.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il échet, pour les raisons ci-avant développées, de prévoir pour l'article 26 un texte analogue à celui de l'article 25, en lui donnant la teneur suivante:

„La Constitution garantit le droit d'association, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable ...“

*

3906¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 27 DE LA CONSTITUTION

Contrairement aux auteurs du projet de révision le Conseil d'Etat ne considère pas que le deuxième paragraphe de l'article 27 actuel est désuet et partant il insiste pour le maintenir.

Il est en effet d'avis qu'il faut préserver le caractère individuel et personnel des pétitions et que la seule exception à cette règle devrait se limiter aux autorités constituées qui en se basant sur leur légitimation démocratique sont habilitées à adresser des pétitions en nom collectif.

Etendre cette possibilité à toutes associations et organisations équivaut

- 1) à réduire sensiblement la valeur d'une pétition qui tient son poids de l'engagement personnel et individuel du citoyen
- 2) à laisser libre cours aux jeux de chiffres et autres raisonnements basés sur un nombre indéfinissable de signataires.

Le citoyen pourrait être engagé dans une action éventuellement à son insu et le même citoyen pourrait l'être à plus d'un titre s'il est membre de plusieurs associations signataires d'une pétition.

En revanche, en ce qui concerne l'ajout proposé par les auteurs le Conseil d'Etat est d'avis que cette disposition ne devrait pas figurer dans la Constitution mais que l'obligation des autorités publiques devrait être instituée et renforcée par les dispositions d'une loi.

Si les dispositions de la loi du 1er décembre 1978 réglant la procédure administrative non contentieuse et du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes ne suffisent pas et si elles seules ne couvrent pas tous les cas de figure, elles doivent être complétées.

Le recours à cette procédure permet d'ailleurs mieux de différencier et d'inclure les possibilités non couvertes actuellement, tout en tenant compte des évolutions et de fixer ainsi et de façon différenciée le délai raisonnable. Ceci d'autant plus que le texte sous avis est trop absolu et ne tient pas compte des demandes manifestement abusives ou totalement incompréhensibles.

*

3907¹

PROJET DE REVISION DES ARTICLES 28 ET 111 DE LA CONSTITUTION

Les dispositions prévues à l'article 28 devant figurer dorénavant à l'article 15, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de faire figurer l'article 111 révisé à l'endroit de l'article 28 actuel. Le Conseil d'Etat y marque son accord de principe. Si aux termes de l'article 111 actuel „tout étranger qui se trouve sur le territoire jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi“, l'alinéa premier de l'article 28 nouveau prévoit que „les étrangers, légalement admis à résider au Grand-Duché y jouissent des libertés publiques garanties par les articles qui précèdent“.

Les auteurs du texte sous examen proposent d'adapter l'article 111 aux réalités d'aujourd'hui, à savoir la non-discrimination des Luxembourgeois et des étrangers sous réserve des exceptions constitutionnelles tels l'accès à des emplois publics et l'exercice des droits politiques, et à condition que les étrangers soient établis régulièrement.

Si le Conseil d'Etat peut marquer son accord de principe avec l'esprit de la réforme proposée, il ne saurait cependant en approuver le texte puisque celui-ci risque de susciter des interprétations a contrario qui tendront à affirmer que les étrangers non légalement admis ne jouissent d'aucune des libertés publiques garanties par les articles précédant l'article 28 et figurant au chapitre II actuel de la Constitution, ce qui constituerait une dérive particulièrement dangereuse dans un régime démocratique.

Si les étrangers non admis régulièrement au pays bénéficient certainement de certains droits fondamentaux, tels par exemple les droits naturels de la personne humaine (art. 11 alinéa 3), les principes de la liberté individuelle, de la légalité des peines, ou encore du droit à la propriété, il n'en demeure pas moins qu'on ne saurait, par une disposition constitutionnelle, accorder indistinctement tous les droits aux étrangers non légalement admis à résider au Grand-Duché. Ainsi, il ne serait pas concevable qu'on puisse être obligé à délivrer une autorisation d'établissement, ou une autre autorisation d'exercer une profession, à un étranger non légalement admis mais qui remplit par ailleurs toutes les conditions requises par la loi. Pour cette raison il semble indispensable de poser dans le texte le principe que les étrangers bénéficient des droits fondamentaux sous réserve des exceptions prévues par la loi.

Dans les conditions données, le Conseil d'Etat propose de libeller le paragraphe (1) de l'article 28 comme suit:

„(1) Les étrangers jouissent des libertés publiques garanties par les articles qui précèdent, sous réserve des exceptions prévues par la loi.“

Au cas où la Chambre des députés ne devrait pas suivre l'avis du Conseil d'Etat et introduire un chapitre III nouveau portant l'intitulé proposé par le Conseil d'Etat „Des droits fondamentaux“, l'alinéa sous examen serait à libeller comme suit:

„(1) Les étrangers jouissent des droits fondamentaux garantis par les articles qui précèdent, sous réserve des exceptions prévues par la loi.“

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose encore d'ajouter un paragraphe (2) réservant à la loi la possibilité de régler le statut des réfugiés politiques et de déterminer dans quelles conditions les étrangers peuvent bénéficier du droit d'asile au Grand-Duché.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'objection de principe à cette innovation qui tend à reconnaître dans notre Constitution le principe même du droit d'asile et d'un statut des réfugiés politiques. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat voudrait relever qu'il est saisi à l'heure actuelle d'un projet de loi portant création d'une procédure relative à l'examen d'une demande d'asile qui a uniquement trait aux personnes qui sollicitent le statut de réfugié au sens de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés et du Protocole relatif au statut des réfugiés signé à New York le 31 janvier 1967. Par rapport au texte de loi actuellement sous examen, le Conseil d'Etat estime que la question de savoir si la notion de „réfugié politique“ peut recouvrir des personnes d'autres catégories que celles visées au projet sous examen mérite un examen approfondi. En tout état de cause, la définition de la notion de „réfugié politique“ ne manquera pas de poser des problèmes très délicats.

De même à l'avenir la création de statuts humanitaires ad hoc, dont bénéficient à l'heure actuelle de nombreux ressortissants de l'ancienne Yougoslavie, devra faire l'objet d'une loi, ce qui aura peut-être comme désavantage de rendre plus difficile toute solution juridique souple et rapide dans une matière évolutive.

*

3908'

**PROJET DE REVISION DES ARTICLES 32, ALINEAS 2 ET 3,
DE L'INTITULE DU § 1^{er} DU CHAPITRE III ET DE L'ARTICLE 33
DE LA CONSTITUTION**

Le Conseil d'Etat émet son avis sur le projet de révision des articles 32 et 33 de la Constitution avec beaucoup de réticence.

Tout en étant conscient que les formules choisies par les auteurs de la Constitution sont susceptibles d'être améliorées, le Conseil d'Etat admet qu'elles ont l'avantage d'être bien comprises dans leur ensemble.

Rien ne suggère qu'il soit urgent de modifier les articles 32 et 33, figurant aux chapitres III et IV actuels, lesquels comptent parmi les plus fondamentaux de notre Constitution. Ils sont la raison d'être de la nation en tant qu'Etat.

Ils traitent de la puissance souveraine et de son exercice.

L'alinéa 2 de l'article 32 actuel confère cet exercice au Grand-Duc, qui est la figure emblématique du système de monarchie constitutionnelle, auquel nous adhérons.

L'exposé des motifs trop sommaire du projet se borne à constater que la puissance souveraine est en fait exercée par „les différents pouvoirs“, donc pas par le Grand-Duc.

Les auteurs du projet de révision désirent manifestement que les termes de la loi constitutionnelle soient en phase avec les réalités. Malheureusement la prétendue dichotomie entre les termes de la loi et les réalités est parfois plus apparente que réelle.

Qu'en est-il des „pouvoirs“ que la puissance souveraine exerce en dehors du Grand-Duc?

Au vœu de la Constitution, la justice est rendue au nom du Grand-Duc et non pas par le Grand-Duc.

En plaçant le pays sous le régime de la démocratie parlementaire (art. 51), le pouvoir législatif appartient à la seule Chambre des députés. Il est vrai que le Grand-Duc sanctionne et promulgue les lois (art. 34).

L'exercice du pouvoir exécutif est plus nuancé. En organisant son Gouvernement (art. 76), le Grand-Duc ne lui transmet pas ses pouvoirs; il les lui délègue en quelque sorte sous réserve de ses prérogatives. Cela ne ressort pas expressément des termes de la Constitution, mais de l'application qui en est faite en pratique.

Seuls les membres du Gouvernement sont responsables; le Grand-Duc ne peut, par ordre verbal ou écrit, soustraire un membre du Gouvernement à sa responsabilité.

La personne du Grand-Duc est inviolable.

Mais dire que dès lors le „pouvoir exécutif est exercé par le Gouvernement“ c'est faire peu de cas de ce qu'on appelle les „prérogatives“ du Grand-Duc. Si le Grand-Duc est un symbole comme le soutiennent les auteurs du projet de révision constitutionnelle il est aussi le „chef de l'Etat“ et tire son autorité (fût-elle largement morale) non pas de ses „pouvoirs“ comme les appelait la Constitution du 9 juillet 1848, mais des „prérogatives“ qui lui restent propres.

Or, l'utilité de la monarchie est fonction de l'autorité qu'elle commande. Ce sont les prérogatives et non les pouvoirs dont elle ne détient aucun, qui la confortent.

Ni plus que la reine d'Angleterre, le roi de Norvège ou l'empereur du Japon, le Grand-Duc n'intervient dans la gestion des affaires. Le Grand-Duc laisse son Gouvernement agir en son nom. S'il n'est pas responsable comme le Gouvernement, il engage le pays lorsque sa signature porte le contreseing d'un membre du Gouvernement responsable (art. 45). Lorsqu'il fait les règlements et arrêtés nécessaires

pour l'exécution des lois, c'est le Gouvernement en sa totalité qui prend les responsabilités. Le Grand-Duc y prête sa main.

A proprement parler, le Grand-Duc n'a donc pas d'attributions *autres que celles* de son Gouvernement.

„Le (Grand-Duc) ne peut agir seul. Il n'accomplit pas de sa propre autorité ou de son propre mouvement les actes qui requièrent l'intervention du pouvoir exécutif. La compétence qu'il exerce est forcément indivise“ (Francis Delpérée, *Journal des Tribunaux*, 1er décembre 1990)

Ce que la Constitution appelle sa „prérogative“ est un avantage *particulier* qui est rattaché à sa fonction et qui lui permet de s'exprimer dans le cadre de la Constitution. Elle n'est constitutive d'aucun pouvoir.

La Constitution lui confère bien le droit de nommer et de révoquer les membres du Gouvernement (art. 77). Certes, il le fait dans le cadre des règles démocratiques, en tenant compte du rapport des forces politiques. Toujours est-il que ce droit lui donne une prise réelle sur le pouvoir. Ce n'est pas un sujet purement passif que le Gouvernement pourrait manipuler à sa guise et selon ses besoins politiques. Parce qu'il garde le droit de dire „non“ le Grand-Duc maintient son prestige et peut, comme naguère le Roi en Belgique, jouer le rôle de conciliateur. Lorsque les gens lui adressent des suppliques; il interroge les ministres responsables. Lorsque les choses vont mal il appelle son Gouvernement en consultation. Il exerce ses fonctions de façon médiatrice et incitatrice. L'essentiel c'est que ces fonctions lui sont propres.

En 1940 la Grande-Duchesse Charlotte quittait le pays pour échapper à l'envahisseur. Elle prit cette décision sur le conseil de son Gouvernement, *mais de son propre gré*. Elle exerçait alors une prérogative évidente, qui ne figure pas dans la Constitution.

La Chambre aurait tort de toucher à la prérogative du Grand-Duc d'autant plus que celle-ci ne porte pas atteinte aux „pouvoirs“; elle ne se confond pas avec ses „attributions“ que le Grand-Duc exerce conjointement avec son Gouvernement. Ces dernières ne lui sont pas propres.

Même si le Grand-Duc reste au-dessus de la mêlée, il serait inapproprié de déclarer d'emblée, comme le proposent les auteurs du projet de révision constitutionnelle, que la puissance souveraine est exercée par les „différents pouvoirs“, *qui comme tels sont évoqués (art. 49bis) mais non pas définis par la Constitution*. Il serait d'ailleurs malaisé de s'employer à les définir et d'en fixer la portée et les limites.

Au demeurant, l'article 33, tel qu'il figure actuellement à la Constitution ne correspond plus aux réalités. Le mot „seul“ est manifestement de trop. Le Conseil d'Etat propose de le supprimer.

Il est également d'accord avec l'ajout de la première ligne, proposé par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle.

En revanche, le Conseil d'Etat ne saurait se déclarer d'accord avec la lecture de la deuxième phrase de l'article 33 telle qu'elle est proposée par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle.

Sans risquer l'équivoque, l'on ne saurait affirmer que „Le Grand-Duc *et* le Gouvernement exercent le pouvoir exécutif“.

Le pouvoir exécutif est un et indivisible. Il appartient au Grand-Duc. Par l'effet de sa délégation institutionnelle, le Gouvernement l'exerce. Le Grand-Duc y apporte son concours. Il y a pourtant une différence de nature entre l'action gouvernementale et celle du Souverain. Le premier agit librement sous le contrôle de la Chambre des députés, le second avalise l'action du Gouvernement sans avoir la possibilité d'y apporter un quelconque changement et n'encourt aucune responsabilité. Il est lié par l'action gouvernementale. En mettant l'action de l'un et de l'autre sur un même plan on risque d'octroyer au Grand-Duc des attributions propres qu'il n'a pas et de créer des antinomies institutionnelles qui renferment le germe du conflit. Le système actuel décourage et exclut pratiquement tout conflit.

Pour les raisons indiquées ci-avant le Conseil d'Etat s'oppose à la lecture des articles 32 et 33 que lui a donnée la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, lecture qui n'est d'ailleurs pas en concordance avec celle des articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution.

Il propose pour l'article 32 la teneur suivante:

„La puissance souveraine réside dans la Nation.

Le Grand-Duc l'exerce conformément à la présente Constitution et aux lois du pays.

Il n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent la Constitution et les lois.“

L'article 33 se lira comme suit:

„Le Grand-Duc est le chef de l'Etat, symbole de son unité et garant de l'indépendance nationale. Il exerce le pouvoir exécutif.“

Le Conseil d'Etat pourrait en ordre subsidiaire se déclarer d'accord à voir libeller l'article 33 comme suit:

„Le Grand-Duc est le chef de l'Etat, symbole de son unité et garant de l'indépendance nationale. Il exerce le pouvoir exécutif conformément à la Constitution et aux lois du pays.“

Au cas où la Chambre des députés estimerait indispensable de voir figurer le Gouvernement en dehors du chapitre V aussi dans le cadre de l'article 33, le Conseil d'Etat pourrait à titre tout à fait subsidiaire concevoir le libellé suivant:

„Le Grand-Duc est le chef de l'Etat, symbole de son unité et garant de l'indépendance nationale. Il exerce le pouvoir exécutif *par* son Gouvernement.“

L'intitulé du paragraphe 1er du chapitre III actuel est maintenu.

*

3909¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 43 DE LA CONSTITUTION

L'article 43 de la Constitution régleme la liste civile du Grand-Duc, qui se trouve fixée à l'heure actuelle „à trois cent mille francs-or par an“. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le principe d'une modification de l'article 43, la notion de francs-or ayant complètement disparu en matière de finances publiques et ne représentant par ailleurs pas de valeur connue du public. Le principe de la liste civile doit évidemment être retenu dans la Constitution. Le Conseil ne peut cependant marquer son accord à ce que la liste civile soit fixée par la loi budgétaire, l'indépendance de la Couronne exigeant que la liste civile ne dépende pas du vote annuel des crédits par la loi budgétaire.

Pour cette raison il est proposé de libeller l'article 43 comme suit:

„**Art. 43.**— La liste civile est fixée par la loi. Il est alloué en outre chaque année à la Maison Souveraine les sommes nécessaires pour couvrir les frais de représentation.“

*

3910¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 47 DE LA CONSTITUTION

La modification proposée de l'article 47 tend à l'adapter aux notions employées à l'heure actuelle en matière de procédure législative, à savoir que la notion de „projet de loi“ se rapporte aux initiatives législatives émanant du Gouvernement et la notion de „proposition de loi“ aux initiatives législatives émanant des membres de la Chambre des députés.

Le Conseil d'Etat marque encore son accord au projet pour autant qu'il tend à préciser à l'alinéa 2 le droit de chaque député de soumettre une proposition de loi à la Chambre.

Le texte proposé pour l'article 47 de la Constitution ne donne donc pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

*

3911¹**PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 67 DE LA CONSTITUTION**

L'adaptation du droit de présenter des pétitions à la Chambre rencontre l'approbation du Conseil d'Etat. Même s'il y a de nos jours bien d'autres moyens que ce droit de pétition pour s'adresser aux autorités publiques, il n'en reste pas moins qu'il y a lieu de le maintenir comme un moyen formel pour les citoyens de porter une information ou une revendication à la connaissance de la Chambre des députés tout entière. Le renvoi au règlement de la Chambre pour la procédure à suivre lors de l'exercice du droit de pétition ne donne pas lieu à observation, un règlement de ce droit dans le corps même de la Constitution n'étant pas nécessaire. C'est d'ailleurs à bon escient que les auteurs du texte sous examen relèvent que l'interdiction qui figure à l'alinéa premier de l'article 67 actuel „de présenter en personne des pétitions à la Chambre“ avait pour but d'interdire la remise personnelle de pétitions lors des séances plénières de la Chambre.

La modification, d'ailleurs purement rédactionnelle de l'alinéa 2 de l'article 67 ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

*

3912¹**PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 73 DE LA CONSTITUTION**

Il est proposé de biffer cet article de la Constitution qui permet au Grand-Duc d'ajourner la Chambre. Les auteurs du commentaire de cette modification constitutionnelle font observer, d'une part, que le Grand-Duc ne s'est jamais servi de ce droit et, d'autre part, que ce droit est superflu et inopportun dans une démocratie parlementaire.

Le Conseil d'Etat estime pour sa part qu'il n'est plus indiqué de maintenir cette disposition qui cadre effectivement assez mal avec un régime de démocratie parlementaire.

Le Conseil marque donc son accord avec la modification proposée.

*

3913¹**PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 80 DE LA CONSTITUTION**

La modification visant l'article 80 tend à supprimer le bout de phrase „ou les commissaires qui les remplacent“ qui permet, en théorie du moins, à des fonctionnaires ou commissaires des ministres d'avoir accès à l'hémicycle de la Chambre pendant les séances plénières et même d'y avoir droit à la parole. C'est à bon droit qu'il est proposé de supprimer cette possibilité.

*

3685¹3686¹3914¹**1. Proposition de révision de l'article 95 de la Constitution****2. Proposition de loi relative à la création d'une Cour constitutionnelle****3. Projet de révision de l'article 95 de la Constitution**

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 17 mars 1993, le Conseil d'Etat a été saisi d'une proposition de révision de l'article 95 de la Constitution, ainsi que d'une proposition de loi relative à la création d'une Cour constitutionnelle, propositions déposées le 19 octobre 1992 à la Chambre des députés par le député Jean-Paul Rippinger.

Cette même dépêche indiquait que lesdites propositions seraient soumises au ministre de la Justice, dont la prise de position suivrait ultérieurement. Au moment où le Conseil d'Etat émet son avis, cette prise de position ne lui est pas encore parvenue.

Le 1er avril 1994, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a saisi le Conseil d'Etat du projet de révision de l'article 95 de la Constitution, déposé à la Chambre des députés le 24 mars 1994 par le Président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle.

*

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est une des questions qui n'a cessé de donner lieu au cours des décennies à des discussions tant en jurisprudence qu'en doctrine luxembourgeoises. Le Conseil d'Etat a examiné la question dans une note de réflexion du 20 avril 1993, dans laquelle il s'est efforcé d'apporter une contribution à un problème par ailleurs fort complexe. Dépassant le cadre général des considérations développées dans ladite note, le Conseil d'Etat examinera ci-après les solutions concrètes retenues par la proposition et par le projet de révision sous avis.

S'il existe un contrôle incident de la constitutionnalité exercé par le Conseil d'Etat dans le cadre de ses attributions consultatives en matière législative, il n'existe par contre aucun contrôle juridictionnel ni direct, par voie d'action, ni indirect, par voie d'exception, de la constitutionnalité des lois promulguées. Très tôt en effet la jurisprudence avait rejeté l'idée d'un contrôle de la constitutionnalité des lois par le pouvoir judiciaire. La Cour de cassation, tirant argument du texte de l'article 95 de la Constitution et du principe de la séparation des pouvoirs, se refusa à reconnaître aux juges le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution (Cass. 14 août 1877, Pas. I, 370). Cette jurisprudence, qui, il y a lieu de le relever en passant, dénote que le problème a à toutes les époques été un sujet d'actualité, a été maintenue jusqu'à nos jours, à de rares exceptions près. Le juge administratif s'est rallié à cette jurisprudence des Cour et tribunaux de l'ordre judiciaire.

C'est surtout l'évolution jurisprudentielle sur l'effet des traités internationaux qui a incité à repenser le problème de la constitutionnalité des lois. La jurisprudence admet en effet que les traités internationaux, incorporés dans la législation interne par une loi approbative, sont d'une essence supérieure à la loi nationale. Cette prééminence des traités internationaux sur la loi nationale, dans la hiérarchie des normes, a pour conséquence qu'en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi interne même postérieure, la loi internationale prévaut sur la loi nationale.

Il paraît difficilement admissible que, dans le domaine en particulier de la sauvegarde des droits et des libertés reconnus aux particuliers, la loi peut être contrôlée quant à sa conformité à des normes de droit international, et plus spécialement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, alors qu'elle échappe à tout contrôle juridictionnel par rapport à sa conformité à la Constitution, laquelle énonce pourtant les mêmes principes, et cela parfois même dans des termes identiques.

La hiérarchie des sources du droit, qui est à l'origine de la primauté du droit international sur le droit national, doit également conduire à la conclusion, d'ailleurs non contestée, que la loi constitutionnelle et la loi ordinaire sont d'inégale valeur. Le pouvoir législatif, à l'instar de tous les pouvoirs constitués,

tient ses pouvoirs de la Constitution et doit les exercer conformément à la Constitution. Malgré une tradition favorable à l'absolue souveraineté de la loi, il y a lieu d'admettre que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution.

Il peut être raisonnablement admis qu'il existe à l'heure actuelle un large consensus sur l'opportunité d'introduire un contrôle de la constitutionnalité des lois allant au-delà du contrôle incident et préalable exercé par le Conseil d'Etat. Reste à résoudre la question de savoir quel type de contrôle constitutionnel il y a lieu de mettre en place.

Il semble y avoir unanimité en faveur d'un contrôle juridictionnel. A cet effet il est possible d'envisager tout d'abord l'institution d'une juridiction constitutionnelle spécifique. La proposition de révision de l'article 95 de la Constitution déposée à la Chambre des députés le 19 octobre 1992, proposition sur laquelle le Conseil d'Etat a été invité à émettre son avis en même temps que celui sur le projet de révision de l'article 95 déposé le 24 mars 1994, va dans ce sens.

Une autre solution consiste à confier à un organe juridictionnel existant la mission de contrôler la constitutionnalité des lois. Dans cette voie s'est engagée la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés, qui envisage de confier l'exercice des attributions de contrôle à la Cour de cassation, qui serait saisie à titre préjudiciel des exceptions d'inconstitutionnalité d'une disposition légale soulevées devant les juridictions tant judiciaires qu'administratives.

Une troisième solution consisterait à appliquer en cette matière le principe „le juge de l'action est le juge de l'exception“. En d'autres termes toute juridiction, devant laquelle serait soulevée, par voie d'exception, l'inconstitutionnalité d'une disposition légale, serait habilitée à juger elle-même cette exception.

Le choix entre ces trois solutions sera par ailleurs aussi fonction du type de contrôle constitutionnel envisagé. Le contrôle pourra être préventif, ou au contraire ne s'exercer qu'a posteriori. Une variante consisterait à combiner contrôle préventif et contrôle a posteriori.

L'institution d'une juridiction constitutionnelle spécifique devrait être envisagée dans l'hypothèse où un système de contrôle préventif, combiné ou non à un contrôle a posteriori, était retenu.

Le contrôle préventif présente très certainement l'avantage de renforcer la stabilité et la sécurité juridiques, tandis que le contrôle a posteriori laisse souvent les questions de constitutionnalité en suspens pendant des années.

Le Conseil d'Etat est cependant d'avis qu'il n'y a pas lieu de s'engager dans la voie d'un contrôle préventif. Outre le fait qu'un tel système risque de ne pas faire l'unanimité quant aux modes de saisine de la juridiction constitutionnelle à instituer, une autre considération milite contre ce type de contrôle. Dans un milieu aussi exigu que le Luxembourg, le risque de voir les juges constitutionnels soumis à des pressions politiques ou à des soupçons concernant leur impartialité ne peut être écarté. L'autorité de la juridiction constitutionnelle ne gagnerait rien à être exposée à des débats et à des campagnes de presse lors desquelles elle ne saurait se défendre. Il ne faut en effet pas perdre de vue que dans un système de contrôle préventif la juridiction constitutionnelle sera amenée à se prononcer sur une norme d'adoption récente, et le cas échéant dans un climat de passions politiques encore vives ne permettant pas d'aborder avec le recul et avec la sérénité nécessaires les questions de constitutionnalité.

Le Conseil d'Etat, tout en favorisant un système de contrôle a posteriori, ne saurait pour autant passer sous silence un problème que l'absence de contrôle préventif est susceptible d'engendrer. Le contrôle préventif permet, entre autres, que les lois d'approbation des traités internationaux puissent faire l'objet d'une décision définitive et contraignante quant à leur constitutionnalité. S'il n'existe par contre qu'un contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois, des situations très délicates peuvent se présenter. Aux termes de l'article 37 de la Constitution le Grand-Duc fait les traités. Les traités n'auront d'effet avant d'avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois. Les lois approbatives, qui constituent une condition nécessaire pour que les traités puissent produire leurs effets dans l'ordre juridique interne, peuvent-elles être soumises à un contrôle de constitutionnalité a posteriori? Force est de constater que dans la majorité des cas l'acte législatif d'approbation sera argué d'inconstitutionnalité par rapport au traité ou à la convention dont les dispositions sont considérées comme inconciliables avec certaines dispositions de la Constitution, lesquelles devraient donc être soumises à une révision préalable. Il est pourtant de principe que dans l'hypothèse où un traité a été définitivement accepté sans que les organes étatiques aient procédé à une révision préalable de la Constitution, l'Etat ne peut pas se prévaloir de cette omission pour refuser ensuite d'exécuter ses obligations conventionnelles. Même une disposition expresse de la Constitution, subordonnant l'accep-

tation de normes conventionnelles matériellement incompatibles avec ses propres dispositions à une révision préalable de cette Constitution, ne serait pas de nature à tenir en échec le principe ci-dessus énoncé.

Si malgré le problème ci-dessus évoqué, le Conseil d'Etat opine néanmoins en faveur d'un système de contrôle a posteriori, ceci est dû aux considérations suivantes.

Dans notre système juridique, les juridictions tant judiciaires qu'administratives sont habilitées à examiner la conformité d'une disposition de droit interne aux normes d'un traité ou d'une convention internationale, et ceci en vertu du principe de la primauté du droit international sur le droit interne. Dans l'hypothèse d'un contrôle préventif de la constitutionnalité des lois, il se pourrait qu'une disposition d'une loi soit jugée conforme à la Constitution par la juridiction constitutionnelle, alors que cette même disposition légale serait jugée a posteriori contraire à une norme de droit international par les juridictions nationales. L'avantage de la stabilité et de la sécurité juridiques évoqué ci-dessus à propos du contrôle préventif de constitutionnalité serait ainsi largement battu en brèche. Cette situation se rencontrera très certainement dans le domaine des droits et libertés consacrés aussi bien par la Constitution que par des instruments internationaux, telle la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pour éviter dans ce domaine particulièrement sensible une dérive entre les décisions rendues dans le cadre d'un contrôle préventif de constitutionnalité, et celles rendues dans le cadre du contrôle a posteriori de la conformité des lois internes aux normes d'essence supérieure découlant d'instruments de droit international, que le Conseil d'Etat recommande de retenir aussi un contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois. Aux yeux du Conseil d'Etat, ce contrôle a posteriori devrait être un contrôle „in concreto“, c'est-à-dire que la question de la constitutionnalité d'une disposition légale devrait être soulevée, par voie d'exception, à propos d'un litige déterminé pour la solution duquel cette question est déterminante.

Le projet de révision de l'article 95 propose de confier ce pouvoir de contrôle à la Cour de cassation, qui serait saisie des questions de constitutionnalité d'une disposition légale, à titre préjudiciel, par renvoi de la juridiction appelée à connaître du fond du litige.

Un tel système présente incontestablement l'avantage que les divergences dans l'interprétation des normes constitutionnelles seraient dans une large mesure évitées. Il peut aussi être relevé à l'appui de cette solution, que la mission de cour régulatrice du droit de la Cour de cassation, peut militer en faveur d'une extension de ses attributions à l'effet d'y inclure le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Le système présuppose évidemment que les problèmes de procédure auxquels il donnera lieu soient réglés. Il peut paraître pour le moins regrettable qu'aucun projet de loi à l'effet de déterminer les modalités de la saisine, les effets de la saisine, la portée du contrôle, etc. n'ait été élaboré. Cela n'empêche pas pour autant le projet de révision de l'article 95 de la Constitution de proposer de libeller l'alinéa 1er de l'article 95 à l'effet que les juridictions judiciaires et administratives, d'ores et déjà, n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution. D'où évidemment l'impérieuse nécessité d'organiser, sinon en même temps, du moins à très bref délai la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois.

La solution du renvoi à titre préjudiciel semble dictée par le souci d'éviter les décisions contradictoires. Cette unité dans l'interprétation des normes constitutionnelles ne risque-t-elle pas d'être remise en cause par le pouvoir des juridictions du fond de contrôler la loi par rapport à sa conformité à des normes de droit international, telle la Convention européenne des droits de l'homme? Le Conseil renvoie à ce sujet à ses développements antérieurs.

Les modalités du contrôle de la constitutionnalité, tel que proposé, ne risquent-elles pas elles-mêmes de faire naître des conflits avec des dispositions de droit international? Il y a lieu de tenir pour constant que dans le contexte du contrôle a posteriori „in concreto“ avec renvoi à titre préjudiciel à la Cour de cassation, la décision sur le fond du droit sera nécessairement retardée. Le rapport d'activité du ministère de la Justice pour l'année 1993 renseigne que 100 recours en cassation ont été introduits pendant l'année judiciaire 1992-1993, soit 41 de plus que durant la période correspondante de l'année judiciaire 1991-1992. Les répercussions sur les délais de fixation devant la Cour de cassation s'en ressentent évidemment. Dans la mesure où la Cour de cassation se complète pour chaque affaire par au moins deux magistrats de la Cour d'appel, il ne semble guère possible d'envisager une augmentation du nombre des audiences de cette juridiction, sous peine d'hypothéquer le fonctionnement des différentes chambres de la Cour d'appel.

Dans ces conditions le renvoi à titre préjudiciel risque d'entrer en conflit, et en particulier en matière pénale, avec les dispositions de l'article 6 § 1er de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, entre autres, dans un délai raisonnable. Si le renvoi à titre préjudiciel devait entraîner un effet suspensif à l'égard de l'instance dans le cadre de laquelle l'exception a été soulevée, ce risque de contrariété avec les dispositions de l'article 6 § 1er précité sera d'autant plus réel.

Le Conseil d'Etat relève encore que le système du renvoi à titre préjudiciel à la Cour de cassation peut amener la Cour de cassation à connaître d'une même affaire à des titres différents, savoir, d'une part, en tant que juridiction en quelque sorte constitutionnelle, et, d'autre part, en tant que juridiction judiciaire appelée à apprécier la légalité des jugements et arrêts qui lui sont déférés. Le choix d'une juridiction existante en tant que juridiction constitutionnelle présente bien évidemment des avantages: il évite notamment toute discussion sur la composition et le mode de nomination des membres de la juridiction constitutionnelle, tout en garantissant cependant l'indépendance nécessaire à l'institution. Ces avantages ne sauraient cependant faire oublier que de telles attributions cadrent mal avec l'organisation des juridictions telle qu'elle est conçue dans notre ordre juridique.

Le Conseil d'Etat est dans ce contexte amené à s'interroger sur les raisons qui s'opposeraient à voir confier le contrôle de la constitutionnalité des lois aux juridictions ordinaires. Les juges ont dans leur écrasante majorité refusé de se livrer à un tel contrôle, sur base d'arguments de texte et sur base du principe de la séparation des pouvoirs. Du point de vue logique juridique rien ne s'oppose cependant à voir les juges contrôler la constitutionnalité des lois. L'article 95 actuel de la Constitution leur fait expressément obligation de n'appliquer les arrêtés généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la loi. Les juridictions se reconnaissent par ailleurs le droit de n'appliquer les lois qu'autant qu'elles sont conformes aux normes de droit international. Pourquoi ne pourraient-elles pas alors également contrôler la conformité des lois à la Constitution? Ce faisant ils ne sortiraient pas de leur mission qui est celle de dire le droit dans le respect de la hiérarchie des normes dont font évidemment aussi partie les normes constitutionnelles.

En faisant du juge de l'action également le juge de l'exception, on éviterait un certain nombre d'inconvénients inhérents aux autres types de contrôle de la constitutionnalité ci-dessus évoqués:

- il ne serait pas nécessaire d'instituer des procédures spécifiques au contrôle de la constitutionnalité;
- en règle générale il n'y aurait pas lieu de craindre un retard dans la solution des litiges, l'exception d'inconstitutionnalité ne devant pas nécessairement faire l'objet d'une décision séparée de la décision au fond;
- le risque de voir les décisions rendues sur la conformité à la Constitution diverger de celles sur la conformité à des normes de droit international serait sinon exclu, du moins très réduit.

Les arguments qui ont été avancés à l'encontre de ce pouvoir des juges de contrôler eux-mêmes la constitutionnalité des lois ne semblent pas décisifs au Conseil d'Etat. Un des principaux arguments consiste à dire qu'un tel système entraînerait probablement une anarchie dans l'interprétation des normes constitutionnelles. C'est oublier d'une part le rôle des précédents jurisprudentiels dans notre système judiciaire. C'est oublier d'autre part l'existence des voies de recours ordinaires et extraordinaires que constituent l'appel et le recours en cassation. D'ailleurs il n'a jusqu'ici pas été soutenu que le contrôle de la légalité des règlements ou le contrôle de la conformité des lois aux normes de droit international aurait conduit à une anarchie dans l'interprétation. Des flottements sont certes toujours possibles dans la jurisprudence. Mais il ne faudrait pas croire que l'interprétation de la Constitution serait chose aussi aisée permettant d'exclure des flottements dans l'interprétation, même si cette interprétation était confiée à une juridiction constitutionnelle spécifique. Le système de l'exception d'inconstitutionnalité relevant de la compétence du juge de l'action présente au contraire l'avantage, que du fait de l'exercice des voies de recours tant ordinaires qu'extraordinaires, l'interprétation des normes constitutionnelles est susceptible d'être affinée en cours d'instances.

Le Conseil d'Etat retient par ailleurs que le projet de révision de l'article 95 de la Constitution autorise, sinon en droit, du moins en fait, les juridictions devant lesquelles l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée, d'en examiner le bien-fondé, puisque les juridictions ne sont tenues de renvoyer la question que si l'exception leur paraît justifiée. En d'autres termes, il appartiendra à ces juridictions de fond de se prononcer dans un premier temps sur la pertinence de l'exception par rapport à l'objet du litige, et ensuite d'examiner si l'exception invoquée présente des chances d'être accueillie. Du texte du projet de révision il est en effet possible de déduire que les juridictions de fond devront se livrer à

un premier examen du caractère sérieux des moyens invoqués à l'appui de l'exception d'inconstitutionnalité. Pourquoi alors ne pas aller jusqu'à leur permettre de décider du bien-fondé de l'exception?

Il peut finalement encore être relevé que ce système respecte, mieux que notamment le type de contrôle proposé par le projet de révision, la nature des juridictions et leur intégration dans une organisation judiciaire bien définie, d'une part, les sphères de compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif d'autre part.

Le Conseil d'Etat n'entend pas cacher qu'en son sein les opinions sur le choix du type de contrôle de constitutionnalité ont été divergentes. Il est cependant arrivé à la conclusion que le contrôle de constitutionnalité des lois, s'il est jugé opportun de l'introduire, devrait être confié aux juridictions ordinaires, tant judiciaires qu'administratives. A cet effet, l'article 95 de la Constitution serait à modifier comme suit:

„Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution. Elles n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et à la loi. – La Cour supérieure de justice réglera les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi.“

*

3925¹

PROJET DE REVISION DE L'ARTICLE 115 DE LA CONSTITUTION

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle propose de supprimer l'article 115 de la Constitution qui a pour objet de rendre impossible tout changement de la Constitution pendant une régence.

Cette disposition avait été reprise de l'article 223 de la loi fondamentale du 23 août 1815 du Royaume des Pays-Bas. Une disposition analogue se trouve encore aujourd'hui à l'article 84 de la Constitution belge, article qui a été, non pas abrogé, mais révisé en 1984 pour permettre justement une révision constitutionnelle pendant une régence. En effet, et contrairement à la proposition de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés, le Constituant belge a préféré opter pour un assouplissement de cette impossibilité, tout en prévoyant néanmoins certaines exceptions ayant trait aux pouvoirs du roi ainsi qu'à certains articles bien définis qui s'y rapportent, et notamment celui concernant l'ordre de succession.

Si le Conseil d'Etat conçoit les raisons qui ont amené la commission compétente de la Chambre des députés à réviser l'article en question – même si au Grand-Duché cet article n'a par le passé jamais donné lieu à difficulté –, il ne peut cependant partager la proposition allant dans le sens d'une abrogation pure et simple. Il échet en effet de noter que le régent est le représentant du Grand-Duc, héritier légitime du Trône, qui en raison de son âge ou de sa santé n'est pas en mesure d'exercer pleinement ses prérogatives prévues par la Constitution. Il serait dès lors inconcevable qu'un représentant puisse valablement procéder, même d'accord avec le parlement, à une révision de la loi fondamentale touchant aux prérogatives et au statut du Grand-Duc, voire à l'ordre de succession, sans le consentement formel du Grand-Duc, qui, vu la situation exceptionnelle, ne peut être obtenu, sans toucher ainsi au fondement même de notre monarchie constitutionnelle.

Aussi le Conseil d'Etat, tout en s'inspirant de l'article 84 de la Constitution belge, tel qu'il a été révisé en 1984, propose-t-il de libeller l'article 115 de la Constitution comme suit:

„Pendant une régence, aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les prérogatives constitutionnelles du Grand-Duc, son statut ainsi que l'ordre de succession.“

Ainsi délibéré en séance plénière le 6 mai 1994.

Le Secrétaire,
Emile FRANCK

Le Président,
Jean DUPONG

3923/02

N° 3923²

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1998-1999

PROJET DE REVISION

de l'article 11 de la Constitution

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Amendements adoptés par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle	1
– Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat (10.7.1998)	1
2) Avis complémentaire du Conseil d'Etat (20.10.1998)	3

*

**AMENDEMENTS ADOPTES PAR LA COMMISSION DES INSTITUTIONS
ET DE LA REVISION CONSTITUTIONNELLE**

**DEPECHE DU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES
AU PRESIDENT DU CONSEIL D'ETAT**

(10.7.1998)

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous informer que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des Députés vient d'examiner, en vue d'une révision, l'article 11 de la Constitution, et ce à la lumière du projet de révision sous rubrique, déposé par M. Georges Margue le 24 mars 1994, au nom de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle.

Conformément à la proposition faite par le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 mai 1994, ce projet de révision, de même d'ailleurs que les autres projets de révision déposés par M. Georges Margue le 24 mars 1994 et le 19 avril 1994, ne fut plus discuté en séance publique avant les élections législatives de juin 1994, et fut de nouveau déclaré révisable par la Chambre lors de sa séance publique du 20 mai 1994.

A la suite de l'arrêt du 2 juillet 1996 de la Cour de justice des Communautés européennes condamnant le Grand-Duché de Luxembourg pour avoir manqué à ses obligations communautaires pour n'avoir pas ouvert sa fonction publique aux ressortissants des autres Etats membres de l'Union européenne dans les secteurs reconnus comme prioritaires dans les documents de la Commission publiés le 18 mars 1988 au journal officiel No C72/2, le Gouvernement a déposé à la Chambre, le 3 juillet 1997, un projet de loi concernant l'accès de ressortissants communautaires à la Fonction publique luxembourgeoise (doc. parl. 4325).

Or, ce projet de loi, comme l'a fait remarquer à juste titre le Conseil d'Etat dans son avis afférent du 3 mars 1998, n'est pas compatible avec l'article 11, § (2) de la Constitution, et par conséquent le vote de ce projet de loi présuppose la révision préalable dudit article de la Constitution.

C'est la raison pour laquelle la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle a décidé d'examiner en priorité la partie de l'article 11 de la Constitution qui traite de l'admissibilité aux emplois civils et militaires luxembourgeois, i.e. le § (2) dudit article, paragraphe que le point 2) du projet de révision 3923 vise à modifier.

Afin de ne pas trop retarder l'évacuation du projet de loi 4325, la Commission propose de réviser, dans un premier temps, le seul § (2) dudit article de la Constitution. Pour atteindre ce but la Commission

propose de scinder le projet de révision 3923 en deux parties, la première devenant le projet de révision 3923A, intitulé: „Projet de révision du paragraphe (2) de l'article 11 de la Constitution”, et la deuxième devenant le projet de révision 3923B, qui concernera tels autres paragraphes de l'article 11 que la Commission proposera de réviser, dans une seconde phase, après un examen approfondi.

Le § (2) de l'article 11 de la Constitution est actuellement rédigé comme suit:

„(2) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.”

D'après le point 2) du projet de révision 3923 le § (2) de l'article 11 serait rédigé comme suit:

„Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. Ils sont admissibles aux emplois civils et militaires. Les étrangers sont admissibles à ces emplois dans les conditions fixées par la loi.”

Dans son avis du 5 mai 1994 sur le projet de révision 3923 le Conseil d'Etat a proposé, à titre principal, de supprimer les termes „pour des cas particuliers” et de libeller comme suit le paragraphe en question:

„Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions prévues par la loi.”

A titre subsidiaire, au cas où la Chambre voudrait maintenir la phrase comme quoi „Les étrangers sont admissibles à ces emplois dans les conditions fixées par la loi”, le Conseil d'Etat a proposé de reformuler cette phrase comme suit:

„La loi détermine les emplois admissibles à des étrangers et elle fixe les conditions d'admission.”

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle s'est prononcée pour la proposition subsidiaire du Conseil d'Etat, tout en remplaçant le terme „étrangers” par „non-Luxembourgeois”.

En effet, de nos jours le terme de „non-Luxembourgeois” semble plus approprié que le terme „étrangers” qui a une connotation quelque peu péjorative et dévalorisante. Par ailleurs le terme „non-Luxembourgeois” a déjà été utilisé lors de la révision de l'article 9 de la Constitution (révision constitutionnelle du 23 décembre 1994).

En outre la Commission propose d'extraire de l'article 11 la disposition concernant l'admissibilité aux emplois civils et militaires luxembourgeois, en en faisant un article 10bis nouveau, à insérer évidemment derrière l'article 10 actuel.

Il est entendu que (contrairement au projet de révision 3896 tendant à insérer un chapitre II nouveau dans la Constitution), les articles 9, 10 et 10bis ne figureraient pas sous un chapitre II nouveau intitulé „De la qualité de Luxembourgeois”, mais sous le chapitre II actuel intitulé „Des Luxembourgeois et de leurs droits”, chapitre qui ne comprendrait plus que ces trois articles, tandis que les articles 11 à 28 figureraient sous un chapitre III nouveau intitulé „Des libertés publiques” (conformément au projet de révision 3897 tendant à insérer un chapitre III nouveau dans la Constitution).

En conclusion la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle propose de rédiger comme suit le projet de révision 3923A:

„Projet de révision du paragraphe (2) de l'article 11 de la Constitution

Le § (2) de l'article 11 de la Constitution formera un article 10bis nouveau libellé comme suit:

„Art. 10bis. Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. Ils sont admissibles aux emplois civils et militaires. La loi détermine les emplois admissibles à des non-Luxembourgeois et elle fixe les conditions d'admission.” “

*

Je vous saurais gré de bien vouloir faire aviser par le Conseil d'Etat dans les meilleurs délais l'amendement exposé ci-dessus.

J'envoie copies de la présente pour information au Premier Ministre, Ministre d'Etat et au Ministre aux Relations avec le Parlement, Ministre de la Justice.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma considération très distinguée.

Jean SPAUTZ

Président de la Chambre des Députés

*

AVIS COMPLEMENTAIRE DU CONSEIL D'ETAT

(20.10.1998)

Par dépêche du 10 juillet 1998, le Président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'Etat d'un projet amendé de révision de l'article 11 de la Constitution.

Un premier projet portant révision de l'article 11 de la Constitution avait été déposé à la Chambre des députés le 24 mars 1994 par le Président de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle. Ce projet de révision de l'article 11 de la Constitution a fait l'objet d'un premier avis du Conseil d'Etat le 6 mai 1994 dans lequel ce dernier proposait, en ordre principal, de supprimer au point (2) de l'article 11 les termes „pour des cas particuliers“ et de libeller ce point comme suit:

„Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois prévus par la loi.“

A titre subsidiaire, le Conseil d'Etat avait reformulé la deuxième phrase proposée par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle en lui donnant la teneur suivante:

„La loi détermine les emplois admissibles à des étrangers et elle fixe les conditions d'admission.“

La Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, qui a réexaminé le texte du point (2) de l'article 11, propose d'en faire un article 10bis nouveau qui serait à rédiger comme suit:

„Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi. Ils sont admissibles aux emplois civils et militaires. La loi détermine les emplois admissibles à des non-Luxembourgeois et elle fixe les conditions d'admission.“

Cette proposition appelle de la part du Conseil d'Etat les observations suivantes.

La disposition fondamentale qui énonce l'égalité des Luxembourgeois devant la loi est retirée de l'article 11 et insérée dans un article nouveau qui a trait uniquement au droit d'accès aux emplois civils et militaires. Cette façon de procéder pourrait être interprétée comme la volonté du législateur de limiter l'égalité devant la loi au droit d'accéder aux emplois publics. Tel n'est certainement pas le cas.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il le maintien au point (2) de l'article 11 de la phrase „Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.“

En ce qui concerne les deuxième et troisième phrases de l'article 10bis nouveau, la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle reprend le texte proposé par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 mai 1994 tout en remplaçant dans la dernière phrase le terme „étrangers“ par celui de „non-Luxembourgeois“. Elle maintient également la disposition qui prévoit que la loi „fixe les conditions d'admission“.

Bien que le Conseil d'Etat ait proposé lui-même ce texte en 1994, il doit cependant rendre attentif que depuis lors le Gouvernement a soumis aux instances législatives un projet de loi concernant l'accès de ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise, mesure devenue indispensable à la suite de l'arrêt du 2 juillet 1996 de la Cour de justice des Communautés européennes.

A la lumière du texte proposé dans le projet de loi, le Conseil d'Etat est d'avis que la proposition de texte retenue par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle pour l'article 10bis est inadaptée.

Si l'article 10bis était accepté dans la forme ci-avant proposée, il faudrait inscrire dans la loi toutes les conditions d'admission à la fonction publique. Toutefois, le Conseil d'Etat a proposé dans son avis du 3 mars 1998 que les modalités et les critères d'admission à la fonction publique peuvent être précisés par règlement grand-ducal.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il échet de rédiger l'article 10bis de manière, d'une part, à éviter toute opposition entre Luxembourgeois et non-Luxembourgeois et, d'autre part, à permettre une adaptation de la législation nationale sur l'accès aux fonctions publiques sans heurter les dispositions constitutionnelles.

Partant de ces réflexions, le Conseil d'Etat propose de donner à l'article 10bis la formulation plus générale suivante qui ne fait plus de distinction entre Luxembourgeois et non-Luxembourgeois: „La loi détermine l'admissibilité aux emplois publics, civils et militaires.“

Pour le cas où ce texte, en raison de son caractère trop général, ne rencontrerait pas l'accord de la Chambre des députés, le Conseil d'Etat propose de rédiger l'article 10bis comme suit:

„La loi détermine les emplois civils et militaires qui sont réservés aux seuls Luxembourgeois.“

A titre de remarque finale, le Conseil d'Etat suggère d'insérer la disposition qui a trait à l'accès à la fonction publique, non pas dans un article 10bis nouveau, mais dans un article 29bis nouveau permettant ainsi de rapprocher les différents articles qui concernent la fonction publique.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 20 octobre 1998

Le Secrétaire général,

Marc BESCH

Le Président,

Paul BEGHIN

3923/03

N° 3923³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 1998-1999

PROJET DE REVISION

de l'article 11 de la Constitution

* * *

**AVIS DE LA COMMISSION DE L'EGALITE DES CHANCES
ENTRE FEMMES ET HOMMES ET DE LA PROMOTION FEMININE**

(18.11.1998)

La commission se compose de: Mme Ferny NICKLAUS-FABER, Présidente-Rapportrice pour avis; Mmes Nancy ARENDT, Romi BRUCK-ROTH, MM. Mars DI BARTOLOMEO, Gast GIBERYEN, Henri GRETHEN, Norbert KONTER, Lucien LUX, Mmes Lydia MUTSCH, Lydie POLFER et Renée WAGENER, Membres.

*

REMARQUE PRELIMINAIRE

Lors de ses réunions du 22 septembre, des 6 et 28 octobre et du 18 novembre 1998 la Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine a examiné le projet de loi 4459 relatif au plan d'action national en faveur de l'emploi. Le 22 septembre 1998 les membres de la commission ont majoritairement décidé d'élaborer un avis relatif au projet. Le 6 octobre 1998, Mme Ferny Nicklaus-Faber, Présidente de la commission, a été désignée rapportrice pour avis à l'unanimité des membres présents.

Les réunions du 28 octobre et du 18 novembre 1998 ont porté sur l'examen, article par article, des dispositions concernant l'égalité des chances et la promotion féminine. La commission a en outre pris connaissance des amendements examinés par la Commission spéciale „Plan national pour l'emploi“ le 16 novembre 1998 et des amendements proposés par le Ministère de la Promotion féminine.

Lors de la réunion du 28 octobre, les membres présents de la commission ont proposé de scinder le projet d'avis en deux et de faire soumettre la partie juridique à la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle sous forme d'avis en vue de la révision de l'article 11 de la Constitution. Le 18 novembre 1998, les deux projets de rapport ont été adoptés à l'unanimité des membres présents avec une abstention.

*

LES BASES JURIDIQUES DES MESURES POSITIVES**A. La modification de la Constitution luxembourgeoise**

A l'heure actuelle, l'égalité formelle des femmes et des hommes n'est pas inscrite expressément dans notre Constitution. L'article 11, alinéa 2 de la Constitution qui dispose que „Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi“ est toutefois interprété en ce sens que le terme „Luxembourgeois“ est neutre et s'applique donc indifféremment aux Luxembourgeoises et aux Luxembourgeois. L'article 11 de la Constitution a été déclaré révisable lors de la précédente législature.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle élabore actuellement un texte ayant comme double but d'énoncer expressément dans la Constitution le principe de l'égalité entre

femmes et hommes devant la loi (égalité juridique), d'une part, et de donner une base constitutionnelle à des mesures légales favorisant l'égalité des chances entre femmes et hommes, d'autre part.

La Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine rappelle que l'inscription du principe d'égalité est une revendication datant de l'après-guerre déjà. Le texte modifié soulignera non seulement la présence et le rôle des femmes dans la société, mais servira donc également de base constitutionnelle à l'instauration de „mesures positives“ légales temporaires telles que prévues dans le „plan d'action national en faveur de l'emploi“.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle discute actuellement sur le texte suivant: *„Les femmes et les hommes sont égaux devant la loi.*

*La loi peut fixer des mesures qui favorisent l'égalité des chances dans l'exercice effectif des droits.“*¹

B. Quelques exemples européens

La commission rappelle que la France envisage de modifier sa Constitution de 1958. Le texte a été examiné en Conseil des Ministres le 17 juin 1998. Il est libellé comme suit: „La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions.“

De nombreux députés de l'Assemblée nationale ont d'ores et déjà regretté que le texte ne soit pas en lui-même de nature à entraîner des changements réels. La révision proposée de la Constitution ne commande pas une véritable parité femmes-hommes, vu que des termes comme „la loi assure“ ou „la loi garantit“ ne sont pas utilisés. L'égalité des droits quant à l'accès aux fonctions existe déjà, mais il manque un instrument juridique permettant de la réaliser.

En Allemagne la loi appelée „Gleichberechtigungsgesetz“ date du 1er septembre 1994. Elle réalise le principe arrêté lors de l'Acte sur l'Union des deux Allemagne (Einigungsvertrag) et tient compte de l'article 3 § 2 de la loi constitutionnelle (Grundgesetz) qui se lit comme suit: *„(2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“*

En Autriche, la „Bundesverfassungsgesetz“ a récemment été modifiée afin d'y inscrire le principe de l'égalité. Le nouvel article 7, §§ 2 et 3 se lit dorénavant comme suit:

(2) Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.

*(3) Amtsbezeichnungen können in der Form verwendet werden, die das Geschlecht des Amtsinhabers oder der Amtsinhaberin zum Ausdruck bringt. Gleiches gilt für Titel, akademische Grade und Berufsbezeichnungen.“*²

C. Le Traité d'Amsterdam

Le Traité de Maastricht ne fait pas référence à la participation des femmes à la prise de décision et ne prévoit pas un principe général d'égalité entre les femmes et les hommes.

Le Traité d'Amsterdam, par contre, modifie l'article 2 du Traité instituant la Communauté européenne. Le nouveau texte y inscrit clairement le principe de l'égalité entre femmes et hommes: *„La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en oeuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 3 A, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres.“*

¹ Version retenue provisoirement par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle lors de sa réunion du 28 octobre 1998.

² Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich vom 15. Mai 1998.

De même, l'article 3 du Traité instituant la Communauté européenne est modifié. Un nouveau paragraphe c) stipule: „2. Lorsqu'elle réalise toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes.”

D. L'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne

La Conférence des représentants des Gouvernements des Etats membres convoquée à Turin le 29 mars 1996 a arrêté des modifications à apporter au Traité sur l'Union européenne, aux traités instituant respectivement la Communauté européenne, la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et la Communauté de l'énergie atomique et à certains actes connexes. La signature du Traité dit d'Amsterdam a eu lieu le 2 octobre 1996.

L'ancien article 119, devenu le nouvel article 141 se lit comme suit:

„1. Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

- a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;*
- b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.*

3. Le Conseil, statuant selon la procédure visée à l'article 251 et après consultation du Comité économique et social, adopte des mesures visant à assurer l'application du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, y compris le principe de l'égalité des rémunérations pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle.”

Une des déclarations adoptées par la Conférence porte sur l'ancien article 119, § 4, du Traité instituant la Communauté européenne: „Lorsqu'ils adoptent des mesures visées à l'article 119, paragraphe 4, du Traité instituant la Communauté européenne, les membres devraient viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle.”

E. La directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

La Commission européenne a présenté le 27 mars 1996 une proposition de directive visant à modifier la directive de 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Cette proposition vise à faire tirer les conséquences d'un arrêt (controversé) de la Cour de Justice des Communautés européennes, rendu en octobre 1995.

La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu cet arrêt dans le cadre d'un recours préjudiciel en interprétation (affaire Kalanke) en date du 17 octobre 1995. Suite à cet arrêt, la nécessité de formuler clairement le principe fondamental de l'égalité des femmes et des hommes paraît évidente, afin de parer aux risques d'une interprétation restrictive du seul texte du Traité CEE (article 119) qui consacre l'égalité de rémunération entre travailleurs féminins et masculins pour un même travail.

La Cour de Justice a dû se prononcer sur la compatibilité d'une loi du Land de Brême avec la directive de 1976. Elle s'est exprimée contre une obligation nationale favorisant les femmes, mais en faveur de mesures spécifiques:

„(...) une réglementation nationale qui garantit une priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances et dépasse les limites de l'exception prévue à l'article 2 § 4 de la directive.

Il convient d'ajouter qu'un tel système, dans la mesure où il vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes à tous les grades et niveaux d'un service, substitue à la promotion de l'égalité des chances envisagée à l'article 2 § 4, le résultat auquel seule la mise en oeuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir.”

Au niveau international, les mesures positives en vue de la mise en oeuvre de l'égalité entre femmes et hommes sont aujourd'hui largement admises. La Commission européenne a, à la suite de l'arrêt Kalanke, proposé une modification de la directive de 1976. Cependant, le texte proposé n'a pas donné satisfaction aux Etats membres.

La Commission a également publié une communication sur l'interprétation de l'arrêt Kalanke. En effet, la Cour n'avait condamné que le régime automatique du système de quotas du Land de Brême et avait fait valoir que seule la nature „absolue et inconditionnelle de la priorité donnée aux femmes” rendait illégal le système de Brême. La Cour en a déduit que les systèmes d'action positive étaient compatibles avec la directive communautaire dès lors qu'ils permettent de tenir compte des circonstances particulières.

Un deuxième arrêt de la Cour sur le même thème date du 11 novembre 1997. L'affaire C-409/95 avait pour objet une demande adressée à la Cour tendant à obtenir, dans le litige pendant devant le Verwaltungsgericht Gelsenkirchen entre Hellmut Marschall et le Land Nordrhein-Westfalen, une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. La Cour a décidé que: „L'article 2, paragraphes 1 et 4, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ne s'oppose pas à une règle nationale qui oblige, à qualifications égales des candidats de sexe différent quant à leur aptitude, à leur compétence et à leurs prestations professionnelles, à promouvoir prioritairement les candidats féminins dans les secteurs d'activité du secteur public où les femmes sont moins nombreuses que les hommes au niveau de poste considéré, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat masculin ne fassent pencher la balance en sa faveur, à condition que:

- elle garantisse, dans chaque cas individuel, aux candidats masculins ayant une qualification égale à celle des candidats féminins que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective qui tient compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écarte la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin, et
- de tels critères ne soient pas discriminatoires envers les candidats féminins.”*

F. Conclusions

a) La Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine note que le texte actuellement en discussion à la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle n'a pas de caractère contraignant. Elle est unanime pour s'exprimer en faveur d'un texte qui viserait l'instauration d'une égalité de fait par le biais d'une législation qui fixerait des mesures appropriées.

La Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine recommande donc que le texte luxembourgeois ouvre la possibilité de prendre, sur la base de la révision constitutionnelle envisagée, les mesures appropriées dites „actions positives”.

Elle estime aussi que le texte doit être suffisamment contraignant pour que des instruments juridiques soient pris dans le but d'atteindre une égalité entre femmes et hommes dans tous les domaines.

La commission souhaite en outre être tenue au courant de la progression des travaux en vue de la modification de l'article 11, paragraphe 2 de la Constitution.

- b) La Commission de l'Egalité des chances entre femmes et hommes et de la promotion féminine estime de même que la situation juridique au niveau européen crée un contexte favorable à la mise en place de mesures positives dans le domaine de l'égalité entre femmes et hommes.

La commission constate donc que des mesures positives ne sont pas en contradiction avec la législation européenne existante. Elle est certaine que ce n'est que par des actions positives que l'égalité de fait sera établie.

Luxembourg, le 18 novembre 1998.

Ferny NICKLAUS-FABER

Présidente

Rapporteuse pour avis