

**N° 7575<sup>3</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2019-2020

---

---

**PROPOSITION DE REVISION****du Chapitre VI. de la Constitution**

\* \* \*

**AVIS COMMUN DU PARQUET GENERAL ET DES  
PARQUETS PRES LES TRIBUNAUX D'ARRONDISSEMENT  
DE LUXEMBOURG ET DE DIEKIRCH**

(26.6.2020)

**SOMMAIRE:****Introduction**

- 1. Le refus de reconnaître aux juridictions le statut de pouvoir judiciaire**
  - 1.1. Proposition de texte
- 2. Le refus de garantir d'une quelconque façon et à un quelconque degré une indépendance au ministère public par rapport au Ministre de la Justice**
  - 2.1. L'occultation de la question des relations entre le Ministère public et le Ministre de la Justice
  - 2.2. Une occultation qui est à interpréter comme un refus de toute limite constitutionnelle à l'influence du Gouvernement sur la Justice à travers le Ministère public.
  - 2.3. Une occultation qui donne carte blanche à tout législateur futur d'accroître à sa guise l'influence du Gouvernement sur la Justice à travers le Ministère public.
  - 2.4. Une occultation qui fait passer le Luxembourg en-dessous du standard constitutionnel de la France et de la Belgique.
  - 2.5. Un refus qui ne respecte pas les exigences d'un Etat de droit.
    - 2.5.1. Méconnaissance des critères élaborés par la Commission de Venise.
    - 2.5.2. Méconnaissance des exigences du Groupe d'Etat du Conseil de l'Europe contre la corruption (ci-après « GRECO »).
    - 2.5.3. Méconnaissance des critères élaborés par le Conseil consultatif des procureurs européens (ci-après « CCPE »).
    - 2.5.4. Une solution ne respectant pas la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui consacre le principe d'indépendance du Ministère public.
    - 2.5.5. Une solution qui pose problème au regard des obligations du Luxembourg au titre du Parquet européen.
  - 2.6. Un revirement soudain non motivé.
  - 2.7. Des précisions apportées sur les rapports entre le Gouvernement et le Ministère public qui appellent en partie de sérieuses interrogations.

- 2.7.1. Est-ce que l'indépendance du Ministère public n'est exigée par aucune norme commune ?
- 2.7.2. Est-ce que le Ministère public exerce la même fonction que les avocats des parties, partant, non une fonction de magistrat ?
- 2.7.3. Est-ce que l'appréciation des poursuites par le Ministère public est susceptible de donner lieu à l'arbitraire et est-ce qu'il appartient dès lors au Gouvernement d'y intervenir ?
  - 2.7.3.1. Un argument reposant sur une mauvaise compréhension du principe de l'opportunité des poursuites et de ses correctifs.
    - 2.7.3.1.1. Une mauvaise compréhension de l'application du principe de l'opportunité des poursuites par le Ministère public.
    - 2.7.3.1.2. Un argument méconnaissant les correctifs du principe de l'opportunité des poursuites.
      - 2.7.3.1.2.1. Premier correctif : Le recours hiérarchique devant le Procureur général d'Etat.
      - 2.7.3.1.2.2. Deuxième correctif : La mise en mouvement de l'action publique par la victime.
      - 2.7.3.1.2.3. Troisième correctif : L'encadrement des poursuites pénales par des lignes directrices.
      - 2.7.3.1.2.4. Quatrième correctif : L'obligation du Ministère public de rendre compte de ses activités générales.
      - 2.7.3.1.2.5. Cinquième correctif : Les antidotes aux risques de refus excessifs de poursuites ou de poursuites excessives.
        - 2.7.3.1.2.5.1. Les antidotes aux risques de refus excessifs de poursuite.
        - 2.7.3.1.2.5.2. Les antidotes aux risques de poursuites excessives.
    - 2.7.3.2. Un argument qui n'est pas de nature à justifier l'immixtion du Gouvernement dans les décisions de poursuite du Ministère public.
  - 2.7.4. Est-ce que l'état du droit actuel des rapports entre le Gouvernement et le Ministère public est décrit de façon pertinente en se limitant à se référer aux lois qui régissent ces rapports, à l'exclusion de la pratique ?
  - 2.7.5. Est-ce que le Gouvernement est en droit de dispenser de l'exécution de la loi dans des cas autres que l'injonction négative individuelle ?
  - 2.7.6. Est-ce que le Gouvernement devrait disposer du droit d'injonction positive individuelle ?
  - 2.7.7. Est-ce que le Gouvernement devrait disposer du droit de donner des directives de politique criminelle ?
  - 2.8. Conclusion
  - 2.9. Proposition de texte
- 3. Le refus de garanties statutaires des magistrats, qui ont été prévues par la proposition de revision n° 6030 ou sont exigées par la Commission de Venise**
  - 3.1. La nomination des magistrats du Ministère public doit avoir lieu jusqu'à leur retraite.
  - 3.2. L'abandon non justifié des garanties constitutionnelles des magistrats en matière de poursuite disciplinaire.
  - 3.3. Proposition de texte

4. **Le refus, déjà manifesté dans la proposition de révision n° 6030, de confier au Conseil national de la justice la mission de défendre l'indépendance de la justice**
- 4.1. Proposition de texte
5. **Synthèse des propositions de texte suggérées**

\*

## INTRODUCTION

En date du 5 mai 2020 la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle a déposé une Proposition de révision du Chapitre VI de la Constitution, qui a été déclarée recevable en date du 12 mai 2020.

Il appartient au Pouvoir constituant d'apprécier l'opportunité de réviser la Constitution et d'en déterminer la portée. Les autorités judiciaires, dont la mission se limite à appliquer la loi, mais non à l'élaborer, n'entendent, bien entendu, pas s'immiscer dans l'exercice de ce Pouvoir. Elles se permettent cependant, à l'occasion d'une Proposition de révision qui est consacrée aux dispositions qui régissent leur statut et leur fonctionnement, de soumettre leurs observations avec la modeste prétention de compléter les lumières du Pouvoir constituant et, dans la mesure où il veut bien l'accepter, de l'assister dans sa redoutable tâche de modeler les institutions du pays pour les prochaines décennies en visant à contribuer à le mettre en mesure d'arrêter ses décisions en connaissance de cause et dans le respect des exigences d'un Etat de droit. C'est dans cet état d'esprit que le Ministère public vous soumet les observations qui suivent.

La Proposition de révision fait suite à un revirement qui, pour des motifs non formellement explicités, a mis en échec le large consensus ayant caractérisé les travaux, d'une durée décennale, ayant abouti en juin 2018 à l'adoption par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés du texte final de la Proposition de révision n° 6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution<sup>1</sup>. Ce texte, qui a été publié sur le site Internet de la Chambre des Députés comme étant celui de la future Constitution et qui devait être soumis aux électeurs dans le cadre du référendum prévu par l'article 114, alinéa 3, de la Constitution, a été soudainement abandonné. L'exposé des motifs de la présente Proposition de révision se limite à ce sujet d'indiquer que « *le consensus existant dans le passé au sein de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle autour d'une nouvelle Constitution a été remis en question* »<sup>2</sup>. En lieu et place il a été décidé de « *s'accorder sur une feuille de route par étapes* »<sup>3</sup>, donc de renoncer à adopter une Constitution nouvelle, mais de se limiter à réformer la Constitution actuelle, et ce par étapes, donc Chapitre par Chapitre. La première de ces étapes, donc le premier de ces Chapitres, est celui consacré à la Justice.

Le texte proposé se présente comme se limitant à « *repandre quasiment en bloc les dispositions de la proposition de révision n° 6030* »<sup>4</sup>, sous la seule réserve du « *statut du ministère public* »<sup>5</sup>. Sa lecture révèle cependant que les différences entre les deux textes sont bien plus importantes et, à l'instar des modifications relatives au Ministère public, à bien des égards fort problématiques.

Les difficultés à relever sont au nombre de quatre :

1. le refus de reconnaître aux juridictions judiciaires le statut de pouvoir judiciaire,
2. le refus de garantir d'une quelconque façon et à un quelconque degré une indépendance au Ministère public par rapport au Ministre de la Justice,
3. le refus d'adopter ou de reprendre des garanties constitutionnelles en matière de statut des magistrats qui avaient été adoptées par la Proposition de révision n° 6030 ou sont exigées par Commission européenne pour la démocratie par le droit (ci-après « *Commission de Venise* ») et

1 Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle sur la Proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution, du 6 juin 2018 (Document parlementaire n° 6030-27).

2 Document parlementaire n° 7575, page 1, deuxième alinéa.

3 Idem et loc.cit.

4 Idem, page 2, sous II, dernier alinéa.

5 Idem et loc.cit.

4. le refus, qui s'est cependant déjà manifesté dans la Proposition de révision n° 6030, de confier au Conseil national de la Justice la mission de défendre l'indépendance des magistrats.

Ces quatre points, à les considérer isolément, mais surtout dans leur ensemble, ne peuvent que difficilement recevoir une lecture autre que celle de les croire inspirés d'une méfiance à l'égard des autorités judiciaires et d'une volonté d'éviter de favoriser l'indépendance de celles-ci, voire de leur reconnaître le statut de pouvoir judiciaire. Quels que soient les *a priori* qui ont pu les inspirer, ils sont en partie en porte-à-faux avec les exigences d'un Etat de droit et constituent une occasion manquée de doter le Luxembourg d'institutions qui soient à l'aulne du XXI<sup>e</sup> siècle.

\*

## 1. LE REFUS DE RECONNAITRE AUX JURIDICTIONS LE STATUT DE POUVOIR JUDICIAIRE

La Proposition de révision n° 6030 a placé en tête du Chapitre consacré à la Justice un article 93, qui disposait :

*« Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public »*<sup>6</sup>.

Ce texte trouve son origine dans une proposition du Gouvernement qui, en 2011, suggéra de retenir dans la Constitution que *« le pouvoir judiciaire est exercé par les cours et tribunaux »*<sup>7</sup>, formule qui a été reprise de l'article 40, alinéa 1, de la Constitution belge.

Le Conseil d'Etat proposa de remplacer les termes *« cours et tribunaux »* par celui de *« juridictions »*<sup>8</sup> et, aux fins de préciser *« que l'institution judiciaire est composée de magistrats comprenant les juges et les magistrats du ministère public »*<sup>9</sup>, de retenir que *« le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public »*.

Cette disposition ne se retrouve plus dans la Proposition de révision n° 7575. L'Exposé des motifs et le Commentaire des articles ne fournissent à ce sujet aucune précision. Le Procès-verbal de la réunion de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 25 février 2020 comporte un tableau synoptique qui reprend la nouvelle Proposition de révision, la Constitution actuelle et la Proposition de révision n° 6030. Or, l'article 93 de cette dernière n'y est pas mentionné.

Il faut se reporter au Procès-verbal de la réunion de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 7 janvier 2020 pour trouver trace d'une discussion sur le sujet. Il y est exposé que le député rapporteur, qui a soumis les grandes lignes du texte, s'y est exprimé comme suit :

*« Seul l'article 93 de la proposition de révision n° 6030 n'est pas repris, en raison du désaccord sur l'indépendance du parquet »*<sup>10</sup>.

Les magistrats du Ministère public font, au regard de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, qui reprend sur ce point la loi modifiée du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire, reprenant à son tour la loi napoléonienne du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, partie des juridictions auprès desquelles ils exercent leurs fonctions. Affirmer que les juridictions comprennent les magistrats du siège et ceux du Ministère public ne constitue donc que le rappel d'un état de droit séculaire. Il ne peut par ailleurs être sérieusement contesté que les juridictions exercent le pouvoir judiciaire, alors qu'il est difficile de concevoir quiconque d'autre pourrait le faire. En affirmant que les juridictions exercent le pouvoir judiciaire et qu'elles comprennent notamment les magistrats du Ministère public, le texte ne se prononce pas sur le point de savoir si et dans quelle mesure le pouvoir judiciaire est exercé par ces magistrats. Le Conseil d'Etat vient toutefois de rappeler, dans son avis complémentaire sur le Projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice, le *« statut du ministère public en tant qu'autorité faisant partie*

<sup>6</sup> Document parlementaire n° 6030-27, page 71.

<sup>7</sup> Prise de position du Gouvernement, du 15 juillet 2011 (Document parlementaire n° 6030-5), page 41.

<sup>8</sup> Avis du Conseil d'Etat du 6 juin 2012 (Document parlementaire n° 6030-6), page 101, quatrième alinéa.

<sup>9</sup> Idem et loc.cit.

<sup>10</sup> Procès-verbal de la réunion du 7 janvier 2020 de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, page 3, premier alinéa, deuxième phrase.

*du pouvoir judiciaire* »<sup>11</sup> En énonçant que le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions, qui comprennent les magistrats du Ministère public, le texte ne se prononce pas non plus sur le point de savoir si et dans quelle mesure ces magistrats devraient exercer leurs fonctions de façon indépendante.

Il n'existe donc pas de réelle raison de biffer la référence aux magistrats du Ministère public au regard de la crainte de leur voir ainsi reconnaître une indépendance.

Il n'existe surtout aucune raison de biffer pour ce motif la disposition tirée de ce que le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions.

La Constitution actuelle mentionne le pouvoir judiciaire, ensemble avec le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, dans l'article 49bis<sup>12</sup>. Il n'est donc que cohérent de préciser la portée de cette notion, déjà constitutionnelle, dans le Chapitre consacré à la Justice.

L'omission pure et simple de l'article 93 de la Proposition de révision n° 6030 a comme conséquence que les juridictions, dont le statut et le fonctionnement sont régis par le Chapitre VI, nouveau, se voient refuser formellement la reconnaissance de la qualité de pouvoir judiciaire.

L'Exposé des motifs de la Proposition de révision n° 7575 évoque que l'abandon des dispositions non retenues de la Proposition n° 6030 est le résultat d'une « *discussion sur le principe de la séparation des pouvoirs* »<sup>13</sup>. Il ne précise pas les tenants et aboutissants de cette discussion. Eu égard à ce silence, le refus par la Proposition de reconnaître aux juridictions la qualité de pouvoir judiciaire pourrait inciter à admettre que le Pouvoir constituant entend résoudre le problème de la séparation des pouvoirs en ce qui concerne les autorités judiciaires en déniait à celles-ci le statut de pouvoir constitutionnel.

Si les auteurs du texte n'ont certainement pas eu cette intention, leur décision de ne pas reprendre, même sous une forme modifiée, l'article 93 de la Proposition de révision n° 6030 a cependant cet effet, du moins du point de vue symbolique. La raison que son effet ne dépassera sans doute pas celui de la symbolique s'explique parce que la Constitution reconnaît l'existence d'un pouvoir judiciaire dans son article 49bis et, surtout, que la Cour constitutionnelle a constaté que « *outré la circonstance qu'un certain nombre de dispositions de la Constitution constituent une application directe de cette règle [de la séparation des pouvoirs], l'article 51, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution qui énonce que le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire, consacre, implicitement, mais nécessairement, la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs* »<sup>14</sup>, qui « *implique que chacun des organes étatiques exerçant respectivement les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire est souverain dans son existence et son fonctionnement et qu'aucun ne saurait exercer les pouvoirs dévolus par la Constitution aux autres organes* »<sup>15</sup>. La circonstance que les juridictions exercent le pouvoir judiciaire, qui est protégé par le principe de la séparation des pouvoirs, qu'il doit à son tour respecter à l'égard des deux autres pouvoirs, résulte donc de ce que le Luxembourg constitue une démocratie.

Si l'abandon de l'article 93 n'est donc, malgré lui, pas susceptible de remettre en cause la qualification des juridictions comme pouvoir judiciaire, il est cependant malencontreux. Son défaut de motivation, ainsi que de toute explication, ouvre la porte à des spéculations sur de possibles intentions cachées. Cet abandon, qui a pour effet de fragiliser le statut constitutionnel des autorités judiciaires – la symbolique et les mots ayant leur importance dans le cadre d'une Constitution – ne peut certainement pas être vu comme inspiré par la volonté de souligner, voire de renforcer le rôle constitutionnel des juridictions. S'il vise le Ministère public, il atteint les juridictions et, à travers elles, les magistrats du siège.

11 Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le Projet de loi n° 7323 portant organisation de la Cour suprême, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323-10), page 16, dernier alinéa.

12 « *L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international* ».

13 Document parlementaire n° 7575, page 2, sous II, dernier alinéa.

14 Cour constitutionnelle, 1<sup>er</sup> octobre 2010, n° 57 (réponse à la seconde question).

15 Idem et loc.cit.

### 1.1. Proposition de texte.

Comme il n'est, même par la Proposition de révision, pas mis en cause que les membres du Ministère public sont des magistrats<sup>16</sup>, que l'affirmation tirée de ce que les juridictions judiciaires comprennent les magistrats du Ministère public ne constitue que la confirmation d'une pratique séculaire, que la circonstance que les juridictions judiciaires exercent le pouvoir judiciaire résulte de ce que le Luxembourg constitue une démocratie et que cette circonstance laisse ouverte la question de savoir si et dans quelle mesure les magistrats du Ministère public participent au pouvoir judiciaire et en quoi une telle participation imposerait leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, il est proposé de maintenir le texte de l'article 93 de la Proposition de révision n° 6030 :

*« Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public. ».*

A titre subsidiaire, s'il est considéré que le texte de cette Proposition pose problème en ce qu'il mentionne les magistrats du Ministère public, qui, indépendamment de toute prise en considération de leur lien avec le pouvoir exécutif, font du point de vue organique partie des juridictions judiciaires, il est proposé de retenir :

*« Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions. ».*

Ces ajoutes pourraient trouver leur place, dans le cadre de la Proposition de révision n° 7575, dans l'article 84. La disposition actuellement proposée de l'article 84 serait insérée dans l'article 84*bis*, celle de l'article 84*bis* dans l'article 84*ter* et celle de l'article 84*ter* dans un nouvel article 84*quater*.

Les articles 84 à 84*quater* prendraient ainsi la teneur suivante :

**« Art 84. Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public. [Proposition subsidiaire : *Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions*].**

**Art.84*bis*.** *Les juridictions de l'ordre judiciaire ont compétence générale en toute matière, à l'exception des attributions conférées par la Constitution à d'autres juridictions à compétence particulière.*

**Art.84*ter*.** *Le contentieux administratif et fiscal est du ressort des juridictions de l'ordre administratif; dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi.*

**Art.84*quater*.** *Les juridictions en matière de sécurité sociale sont réglées par la loi. ».*

\*

<sup>16</sup> Voir les articles 88, paragraphes 1 et 3, et 89, ainsi qu'implicitement 93.

## 2. LE REFUS DE GARANTIR D'UNE QUELCONQUE FAÇON ET A UN QUELCONQUE DEGRE UNE INDE- PENDANCE AU MINISTERE PUBLIC PAR RAPPORT AU MINISTRE DE LA JUSTICE

Le principal apport de la Proposition de révision n° 7575 « *concerne le statut du ministère public* »<sup>17</sup>. Si, au regard de cette annonce, l'on aurait pu s'attendre à voir définir ce statut d'une façon différente par rapport à la Proposition de révision n° 6030, les textes soumis se limitent, en se contentant de biffer la définition élaborée dans le cadre de cette Proposition, à laisser la question ouverte, donc à la passer sous silence.

### 2.1. L'occultation de la question des relations entre le Ministère public et le Ministre de la Justice.

La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle s'était mise d'accord en juin 2018, y compris avec l'accord des sensibilités politiques qui s'y opposent actuellement, de proposer d'insérer dans la Constitution un article 99, libellé comme suit :

« **Art. 99.** (1) *Les magistrats du siège sont indépendants dans l'exercice des fonctions juridictionnelles.*

(2) *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions.* »<sup>18</sup>.

Ce texte figurait déjà, sous une forme proche, dans la Proposition initiale de révision constitutionnelle, émanant du député Paul-Henri MEYERS, soutenue par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle :

« **Art. 105.** *Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles.*

*Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite.* »<sup>19</sup>.

Il est inspiré de l'article 151 de la Constitution belge, qui dispose que :

« **Art 151.** §1er. *Les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles. Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du Ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite. [...]* »<sup>20</sup>.

Ce dernier article garantit donc l'indépendance du Ministère public dans le cadre des recherches et poursuites individuelles. Le droit d'intervention du Ministre de la Justice se limite au pouvoir :

- d'ordonner des poursuites et
- d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle.

La Proposition du député Paul-Henri MEYERS, soutenue par la Commission, s'en départit de deux façons :

- d'une part, le Ministre de la Justice ne se voit pas accorder le pouvoir d'ordonner des poursuites et
- d'autre part, s'il peut arrêter des directives de politique criminelle, celles-ci ne sont pas contraignantes<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Document parlementaire n° 7575, page 2, sous II, dernier alinéa.

<sup>18</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>19</sup> Document parlementaire n° 6030, page 18 (c'est nous qui soulignons).

<sup>20</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>21</sup> Document parlementaire n° 6030, page 45, troisième alinéa : « *La Commission a ajouté à l'article 105 un deuxième alinéa traitant du ministère public et affirmant son indépendance à l'égard du Ministre de la Justice. Le texte, repris de l'article 151 de la Constitution belge, a cependant supprimé, contrairement au texte de la Constitution belge, le pouvoir du Ministre « d'ordonner des poursuites » et d'arrêter des directives « contraignantes ». D'après la proposition retenue, le Ministre peut arrêter des directives générales de politique criminelle.* ».

Le texte finalement proposé est l'oeuvre du Conseil d'Etat, qui, dans son avis, constate que :

*« A l'instar de la Constitution belge, les auteurs de la proposition de révision entendent consacrer l'indépendance du ministère public dans les affaires pénales individuelles, sous réserve du droit pour le ministre de la Justice d'arrêter des directives générales de politique criminelle. Le Conseil d'Etat approuve la consécration constitutionnelle du principe de l'indépendance du ministère public. Le ministère public n'est pas un organe du Gouvernement, mais une instance faisant organiquement et fonctionnellement partie intégrante de l'institution judiciaire. Son rôle dans le procès pénal ne se réduit pas à celui d'une partie demanderesse traditionnelle, mais sa mission est de veiller à l'application de la loi. Dans une série de recommandations, le Conseil de l'Europe a d'ailleurs souligné les impératifs d'indépendance du ministère public dans le système judiciaire d'une société démocratique<sup>22</sup>.*

*Les formules retenues tant par les auteurs de la proposition de révision que par le Gouvernement soulèvent toutefois certaines interrogations. Le premier problème consiste dans la lecture réductrice des compétences du ministère public qui ne se limite pas à exercer l'action publique, mais qui intervient également dans d'autres domaines, en matière civile et commerciale, en matière de protection de la jeunesse, d'entraide judiciaire internationale et dans les procédures de cassation. Le principe de l'indépendance doit également valoir dans ces fonctions judiciaires. Le Conseil d'Etat propose de s'inspirer du texte de l'article 16 du Code d'instruction criminelle qui consacre deux missions du ministère public: l'exercice de l'action publique et l'application de la loi. Cette dernière formulation permet de couvrir le rôle qu'exercera le ministère public auprès de la Cour suprême.*

*Le second problème, plus fondamental, est celui du rôle à réserver au „ministre de la Justice“. La référence à un pouvoir de directive du ministre de la Justice en matière de politique criminelle pose problème à plusieurs titres, d'abord au regard de la position du ministre vis-à-vis des parquets, mais aussi vis-à-vis du Gouvernement en tant que tel et de ses membres individuels ou encore vis-à-vis de la Chambre des députés qui occupe, de par sa fonction législative, la première place dans la détermination de la politique criminelle. Les textes de la proposition de révision et de la prise de position du Gouvernement font soulever encore la question d'une référence expresse à un membre particulier du Gouvernement alors que le Gouvernement en tant que tel est un organe constitutionnel et que l'organisation interne du Gouvernement et la création de départements ministériels ne doivent pas être „anticipées“ dans le texte constitutionnel. Le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas indiqué d'investir, dans le texte constitutionnel, un membre précis du Gouvernement de certaines fonctions. Aussi préconise-t-il la suppression de la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article 105 de la prise de position gouvernementale au profit du texte suivant devenant le paragraphe 2 de l'article 93 (selon le Conseil d'Etat):*

*« [Art. 93.] (2) Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions. » »<sup>23</sup>.*

La Proposition de révision n° 7575 se limite, « faute de consensus à ce sujet, de ne pas reprendre à son compte la précision que « le ministère public est indépendant dans l'exercice de ses fonctions » »<sup>24</sup>.

Elle ne comporte donc aucune disposition alternative, ni même n'explore la possibilité d'adopter une telle disposition. Elle se limite, partant, à occulter la question.

22 Cf. recommandation Rec (2000) 19 du Comité des ministres aux Etats membres sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale. Recommandation 1604 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans une société démocratique régie par le principe de la primauté du droit.

23 Avis du Conseil d'Etat du 6 juin 2012 (Document parlementaire n° 6030-6), page 105, sous « Section 2 », quatrième alinéa, à page 106, premier alinéa.

24 Document parlementaire n° 7575, page 6, premier alinéa.



## **2.2. Une occultation qui est à interpréter comme un refus de toute limite constitutionnelle à l'influence du Gouvernement sur la Justice à travers le Ministère public.**

Le silence de la Proposition de révision sur la question n'est pas anodin.

Une approche superficielle pourrait créer l'impression qu'il laisse la question ouverte, donc ne constitue pas un préjugé défavorable à l'égard de limites légales à l'influence du Gouvernement sur le Ministère public.

Une telle lecture méconnaît toutefois que ce silence est la conséquence d'un refus de consacrer une limite constitutionnelle à cette influence. Le Pouvoir constituant, après avoir fermement envisagé de garantir une poursuite pénale dépolitisée, affranchie de toute influence gouvernementale, s'est ravisé et n'entend actuellement plus s'exprimer sur la question.

Eu égard à sa genèse, le silence risque donc d'être interprété comme un refus de toute garantie constitutionnelle de l'exercice d'une influence politique induite du Gouvernement sur la Justice par l'intermédiaire du Ministère public.

## **2.3. Une occultation qui donne carte blanche à tout législateur futur d'accroître à sa guise l'influence du Gouvernement sur la Justice à travers le Ministère public**

Comme la Proposition de révision passe sous silence la question, pourtant cruciale au regard des exigences d'un Etat de droit, des rapports entre le Gouvernement et le Ministère public, et, à travers ce dernier, sur les juridictions, la Constitution ne définit de ce point de vue aucune limite. Elle laisse dès lors de ce point de vue carte blanche au législateur, qui a toute latitude d'accroître à sa guise les possibilités d'influence du pouvoir exécutif sur le Ministère public, et à travers ce dernier, sur le pouvoir judiciaire. Elle laisse également carte blanche au pouvoir exécutif d'exploiter les possibilités d'influence que des lois futures pourraient lui accorder, aucune limite constitutionnelle ne s'y opposant.

Or, c'est justement la Constitution qui, dans un Etat de droit, devrait définir de telles limites et garanties. Il lui appartient de définir les règles régissant les rapports entre les trois pouvoirs constitutionnels. Comme, ainsi qu'il a été exposé au cours des travaux préparatoires de la Proposition de révision n° 6030<sup>25</sup>, les juridictions sont en matière pénale saisies à raison de 99% par le Ministère public, une instrumentalisation politique de ce dernier par le pouvoir exécutif entraînerait forcément celle des juridictions, quoi que celles-ci soient, sur le papier, indépendantes.

Le silence de la Constitution ouvre toute latitude à un futur Gouvernement, assisté d'une majorité parlementaire partageant les desseins de ce dernier, d'étendre à sa guise ses pouvoirs d'intervention dans les poursuites pénales.

Il n'est évidemment pas soutenu que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle ou ses membres actuels poursuivent un tel objectif. Ainsi qu'il est indiqué dans le Commentaire de l'article 87, l'abandon de la précision que « *le ministère public est indépendant dans l'exercice de ces fonctions* [en matière de poursuite pénale et de réquisition de l'application de la loi] » s'explique « *faute de consensus* »<sup>26</sup>. La Commission entend également rassurer en précisant que « *il est [...] évident que l'injonction négative individuelle est interdite* [alors que] *il n'appartient en effet pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi* »<sup>27</sup>.

Cette précision n'est toutefois pas de nature à rassurer et ce pour trois motifs.

D'abord, dire que l'injonction négative individuelle est interdite laisse sous-entendre que l'injonction négative à caractère général serait susceptible d'être admise. Or, une telle solution mettrait la Constitution luxembourgeoise en porte-à-faux par rapport à la Constitution belge, dans le cadre de l'élaboration de laquelle il a été précisé de façon non équivoque que le pouvoir accordé par l'article 151 de la Constitution belge au Ministre de la Justice d'émettre des directives de politique criminelle « *ne confère pas au ministre le pouvoir d'adresser au ministère public une injonction tendant à l'arrêt des poursuites, ni de se substituer au ministère public dans l'exercice de ses attributions, ni d'adresser une*

25 Avis du Parquet général du 19 août 2011 (Document parlementaire n° 6030-8), page 10.

26 Document parlementaire n° 7575, page 6, premier alinéa.

27 Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

*injonction négative à caractère général* »<sup>28</sup>. Ce principe élémentaire d'un Etat de droit avait déjà été mis en exergue par le Ministre de la Justice belge dans le cadre des travaux préparatoires de loi belge du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national, dans lequel le Ministre rappela qu'il « *ne peut [...] adresser une injonction négative à caractère général par laquelle il empêcherait le ministère public d'entamer des poursuites dans tous les cas d'application de tel ou tel texte de loi pénale* »<sup>29</sup>. En effet, comme le rappelle la Commission, « *il n'appartient pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi* »<sup>30</sup>. Ce principe prohibe non seulement les injonctions négatives individuelles, mentionnées par celle-ci, mais également, à l'instar de ce qui est admis en droit belge, les injonctions négatives à caractère général. La circonstance que la Commission omet de tirer toutes les conséquences du principe pourtant rappelé par elle-même, que le pouvoir exécutif ne peut dispenser de l'exécution de la loi, n'est pas de nature à donner tous les apaisements au regard de la portée de sa décision d'abandonner toute garantie d'indépendance du Ministère public par rapport au Gouvernement.

Ensuite, dire qu'il est « *évident que l'injonction négative individuelle est interdite* »<sup>31</sup> laisse sous-entendre que la Commission considère qu'il est du point de vue des critères d'un Etat de droit acceptable que le Gouvernement donne des injonctions positives individuelles. Elle confirme cette conclusion en précisant que « *consacrer l'indépendance fonctionnelle du ministère public en termes absolus et sans aucune réserve risquerait [...] de mettre en péril le droit d'injonction positive* »<sup>32</sup>. Elle se départit ainsi non seulement de la solution qu'elle avait retenue à l'issue de ses travaux sur la Proposition de révision n° 6030 en juin 2018, mais également de la version initiale de cette Proposition dans laquelle le député Paul-Henri MEYERS, tout en s'inspirant de l'article 151 de la Constitution belge, s'était distancé de celle-ci en refusant de retenir un pouvoir du Ministre de la Justice d'ordonner des poursuites. Elle se porte ainsi en porte-à-faux par rapport aux critères d'un Etat de droit tels qu'ils ont été élaborés par la Commission de Venise. Celle-ci exige qu'il soit garanti que le Ministère public, quelle que soit la façon dont il est organisé et intégré dans la structure étatique, dispose d'une autonomie suffisante assurant qu'il agisse sur la base du droit et non de l'opportunité politique, donc qu'il soit protégé contre toute influence politique induite<sup>33</sup>. A cette fin il doit être garanti que le Ministère public dispose d'une indépendance « externe » consistant dans « *l'impossibilité pour l'exécutif de donner au procureur général (et naturellement directement à tout autre procureur) des instructions dans des affaires individuelles* »<sup>34</sup>. Ces principes ont été transposés en France, le législateur français ayant adopté en 2013 une loi précisant que le Ministre de la Justice « *ne peut [...] adresser [aux magistrats du Ministère public] aucune instruction dans des affaires individuelles* »<sup>35</sup>. Le Conseil d'Etat vient de rappeler dans son avis complémentaire sur le projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice que la prérogative du Ministre de la Justice d'enjoindre au Procureur général d'Etat d'engager des poursuites pénales, « *outré qu'elle n'est plus exercée depuis le milieu du XXe siècle, n'est pas conforme à la logique de la séparation des pouvoirs et au statut du ministère public en tant qu'autorité faisant partie du pouvoir judiciaire* »<sup>36</sup>.

28 Chambre des Représentants de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 1675 (Révision de l'article 151 de la Constitution), 1675/1, page 4, cité par Ignacio de la SERNA, Quel ministère public pour le futur ?, Journal (belge) des tribunaux, 2017, pages 761 et suivantes, voir page 763 et note de bas de page 32. Cet article est également cité par le Commentaire de l'article 87 dans l'alinéa qui réserve de l'intervention du Ministre les injonctions négatives à caractère individuel (Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa).

29 Chambre des Représentants de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 867 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat national), 867/6, page 17, cinquième alinéa, également cité par SERNA, précité, page 763 et note de bas de page 34.

30 Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

31 Idem et loc.cit.

32 Idem, page 7, premier alinéa.

33 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, Etude n° 711/2013 du 18 mars 2016, CDL-AD(2016)007, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23.

34 Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, Etude n° 494/2008 du 3 janvier 2011, CDL-AD(2010)040, n° 30, page 7. Il est à noter que la Liste des critères d'un Etat de droit (II. Critères, E. Accès à la justice, 1. Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, i, page 23), renvoie dans une note de bas de page (n° 91) au Rapport précité, n° 23 et suivantes, dont le n° 30.

35 Loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, ayant modifié l'article 30 du Code de procédure pénale français, le texte cité y figurant comme article 30, alinéa 3.

36 Avis complémentaire du Conseil sur le projet de loi n° 7323, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323-10), page 16, dernier alinéa.

Finalement, les précisions relatives aux limites du pouvoir d'intervention du Gouvernement par rapport à l'exercice par le Ministère public de ses fonctions faites dans le Commentaire des articles de la Proposition de révision, outre qu'elles sont incomplètes et discutables, ne constituent évidemment aucune garantie de nature constitutionnelle. Tout au contraire, la démarche effectuée, de biffer, motif tiré de son domaine trop étendu, pur et simplement la garantie formelle qu'il était prévu d'inscrire dans la Constitution, sans même tenter de la remplacer par une version alternative susceptible de rencontrer le consensus, manifeste une volonté de refuser toute garantie constitutionnelle. Elle implique l'abandon de la question, pourtant essentielle dans un Etat de droit, à la loi, qui, contrairement à la Constitution, qui suppose un large consensus, est davantage exposée aux aléas de calculs politiques motivés par des considérations à court terme. Les précisions apportées ne sont à cet égard que des déclarations d'intention dont l'importance n'est même pas jugée suffisante pour justifier leur inscription dans la Constitution. Or, selon la Commission de Venise, les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, parmi lesquels figure la protection du Ministère public contre toute influence politique induite, doit figurer dans la Constitution<sup>37</sup>. La solution adoptée, de refuser toute garantie constitutionnelle et de renvoyer la question au législateur, ne respecte dès lors pas les exigences d'un Etat de droit.

#### **2.4. Une occultation qui fait passer le Luxembourg en-dessous du standard constitutionnel de la France et de la Belgique.**

Le statut du Ministère public luxembourgeois s'inspire des droits français et belge. Or, les Constitutions de ces deux pays garantissent au Ministère public d'exercer ses fonctions d'une façon indépendante, c'est-à-dire, conformément aux critères d'un Etat de droit définis par la Commission de Venise, « sur la base du droit et non de l'opportunité politique »<sup>38</sup>.

En France, la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du Ministère public<sup>39</sup>. Elle dispose à cet égard notamment, dans son article 64, alinéa 1, que « le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Le Conseil constitutionnel français en a déduit que « il découle de l'indépendance de l'autorité judiciaire, à laquelle appartiennent les magistrats du parquet, un principe selon lequel le ministère public exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, son action devant les juridictions »<sup>40</sup> et a constaté que la Constitution « consacre l'indépendance des magistrats du parquet »<sup>41</sup>. Il a notamment dans cet ordre d'idées relevé que cette indépendance est caractérisée par le fait que le Ministre de la Justice ne peut, au regard de la loi précitée de 2013, adresser aux magistrats du Ministère public aucune instruction dans les affaires individuelles<sup>42</sup>. S'il observe par ailleurs que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement, de déterminer et de conduire la politique de la Nation, notamment en ce qui concerne les domaines d'action du Ministère public<sup>43</sup> et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège<sup>44</sup>, il reste que la Constitution française consacre l'indépendance du Ministère public, qui implique la prohibition de toute injonction positive ou négative dans les poursuites individuelles.

La Cour de justice de l'Union européenne a récemment pris acte de cette indépendance du Ministère public français en constatant que « l'article 64 de la Constitution garantit l'indépendance de l'autorité judiciaire qui est composée des magistrats du siège et des magistrats du parquet et que, en vertu de l'article 30 du CPP, le ministère public exerce ses fonctions de manière objective à l'abri de toute instruction individuelle émanant du pouvoir exécutif, le ministre de la Justice pouvant seulement

37 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1. Indépendance et impartialité, a. indépendance du pouvoir judiciaire, i, page 20.

38 Idem, II. Critères, E. Accès à la justice, l. Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, i, page 23.

39 Conseil constitutionnel français, 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats*, décision n° 2017-680 QPC, point 9 ; Cour de justice de l'Union européenne, 12 décembre 2019, affaires jointes C-566/19 PPU et C-625/19 PPU, *J.R. et Y.C.*, ECLI:EU:C:2019:1077, point 54.

40 Conseil constitutionnel français, 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats*, décision n° 2017-680 QPC, point 6.

41 Idem, point 9.

42 Idem, point 12.

43 Idem, points 5 et 9.

44 Idem, point 9.

*adresser aux magistrats du parquet des instructions générales de politique pénale afin d'assurer la cohérence de cette politique sur l'ensemble du territoire* »<sup>45</sup>.

La Constitution belge garantit également, ainsi qu'il a été vu ci-avant, dans son article 151, l'indépendance du Ministère public dans l'exercice de ses fonctions, sous réserve du droit du Ministre de la Justice d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives de politique criminelle.

Les deux Constitutions prévoient donc, sur cette question essentielle pour un Etat de droit, des garanties que la Proposition de révision n° 7575 refuse d'accorder. Ce refus est d'autant plus caractérisé qu'il intervient après que les travaux ayant donné lieu à la Proposition de révision n° 6030 avaient permis de trouver un consensus pour retenir que le Ministère public est indépendant dans l'exercice de ses fonctions. Le refus de toute garantie fait donc suite à un accord unanime d'octroyer une garantie qui était même plus étendue que celle accordée par les Constitutions de la France et de la Belgique.

Il s'entend que par ce revirement notre Constitution tombe en deçà des standards des pays dont le statut du Ministère public s'inspire.

## **2.5. Un refus qui ne respecte pas les exigences d'un Etat de droit.**

Le soudain refus de définir la moindre limite constitutionnelle à l'emprise du Gouvernement sur l'exercice des fonctions du Ministère public porte notre droit en faux par rapport aux exigences d'un Etat de droit.

Cette contrariété se manifeste de plusieurs façons.

### ***2.5.1. Méconnaissance des critères élaborés par la Commission de Venise.***

Il a déjà été vu ci-avant dans la partie 2.3 que l'abandon pur et simple du texte de la seconde phrase de l'article 99, paragraphe 2, de la Constitution, tel qu'il a été adopté dans le cadre de la Proposition de révision n° 6030, est manifestement inconciliable avec les critères de la Commission de Venise.

Si celle-ci constate certes en 2011, comme ne manque pas de le relever la Proposition de révision n° 7575<sup>46</sup>, que « *si la tendance générale est à accorder une plus grande indépendance au ministère public, aucune norme commune ne l'exige* »<sup>47</sup>, ce constat est, comme il sera évoqué ci-après sous 2.5.4., devenu obsolète en 2020 à la suite de l'arrêt *Kövesi c. Roumanie* de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ce constat n'empêche cependant pas la Commission de Venise d'exiger que, quel que soit son mode d'organisation et la façon dont il est intégré dans l'appareil étatique, le Ministère public doit bénéficier de « *garanties contre les pressions extérieures* »<sup>48</sup> et que « *en particulier, lorsque le ministère public est subordonné au pouvoir exécutif, ces garanties sont nécessaires pour le protéger de toute influence politique induite de ce pouvoir* »<sup>49</sup>. Dans cet ordre d'idées, si « *par essence, l'indépendance du ministère public diffère de celle des juges* »<sup>50</sup>, « *le principal élément de cette indépendance « externe » du ministère public ou du procureur général est l'impossibilité pour l'exécutif de donner au procureur général (et naturellement directement à tout autre procureur) des instructions dans des affaires individuelles* »<sup>51</sup>.

Est considérée par la Commission de Venise comme critère d'un Etat de droit l'exigence tirée de ce que le Ministère public « *bénéficie [...] d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'Etat*

<sup>45</sup> Cour de justice de l'Union européenne, 12 décembre 2019, affaires jointes C-566/19 PPU et C-625/19 PPU, *J.R. et Y.C.*, ECLI:EU:C:2019:1077, point 54.

<sup>46</sup> Document parlementaire n° 7575, page 6, deuxième alinéa.

<sup>47</sup> Commission de Venise, Rapport sur les nonnes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, précité, n° 86, page 17.

<sup>48</sup> Idem, n° 85, page 16.

<sup>49</sup> Idem et loc.cit.

<sup>50</sup> Idem, n° 30, page 7.

<sup>51</sup> Idem et loc.cit.

[lui permettant d'agir] *sur la base du droit, et non de l'opportunité politique* »<sup>52</sup>. S'il « *n'y a pas de standard commun sur l'organisation du ministère public, notamment sur l'autorité chargée de nommer les procureurs, ni sur l'organisation interne du ministère public [,] une autonomie suffisante doit toutefois être garantie à ce dernier pour le protéger contre toute influence politique indue* »<sup>53</sup>.

Cette garantie, qui relève des « *principes fondamentaux de l'indépendance de la justice* »<sup>54</sup> doit figurer dans la Constitution<sup>55</sup>.

Il en suit que la Constitution doit prévoir des garanties protégeant le Ministère public contre toute influence politique indue du Gouvernement, qui se manifesterait notamment par des instructions données dans les affaires individuelles.

La Proposition de révision n° 7575, en refusant d'inscrire dans la Constitution toute garantie quelle qu'elle soit en la matière, ne respecte dès lors manifestement pas ces exigences d'un Etat de droit.

### **2.5.2. Méconnaissance des exigences du Groupe d'Etat du Conseil de l'Europe contre la corruption (ci-après « GRECO »).**

Dans le cadre de son quatrième cycle d'évaluation, consacré à la prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, le GRECO avait, dans le souci de prévenir « les risques de considérations indues dans les dossiers individuels »<sup>56</sup>, « recommandé que soit mené à terme le projet d'introduction d'un dispositif destiné à assurer davantage l'indépendance et l'objectivité des décisions du parquet »<sup>57</sup> que constituait la Proposition de révision n° 6030.

Dans son rapport de conformité intérimaire du Luxembourg, le GRECO salua la réforme constitutionnelle engagée, qui avait entretemps été complétée par le projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice. Il a notamment « *apprécié tant les dispositions énonçant l'indépendance du Ministère public que les dispositions visant à traduire concrètement cette indépendance dans le fonctionnement du parquet* »<sup>58</sup> et jugé « *particulièrement positif de voir qu'il est prévu que le Ministère public n'exerce plus ses pouvoirs sous l'autorité du Ministre de la Justice* »<sup>59</sup>.

Le revirement soudain opéré par la Proposition de révision n° 7575, qui refuse de concéder la moindre garantie constitutionnelle d'indépendance au Ministère public, tout en signalant une volonté de réserver dorénavant au Ministre de la Justice un pouvoir d'intervention accru, auquel la Constitution n'apporte aucune limite et qui tranche avec la pratique séculaire rappelée au GRECO par les autorités luxembourgeoises, caractérisée par ce que « *le Ministère public a toujours été indépendant dans les faits, [tandis] que la législation ne reflétait pas suffisamment cette indépendance* »<sup>60</sup>, implique que le Luxembourg ne respecte plus les critères qui s'imposent à un Etat de droit en matière de prévention de la corruption.

### **2.5.3. Méconnaissance des critères élaborés par le Conseil consultatif des procureurs européens (ci-après « CCPE »).**

Le Conseil consultatif des procureurs européens (ci-après « CCPE »), qui constitue un organe consultatif du Conseil de l'Europe institué en 2005 par le Conseil des Ministres de ce dernier, a adopté

52 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1. Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, i, page 23 (« *i. Le bureau du procureur bénéficie-t-il d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'Etat ? Agit-il sur la base du droit, et non de l'opportunité politique ?* »).

53 Idem, point 91, page 23.

54 Idem, II. Critères, E. Accès à la justice, 1. Indépendance et impartialité, a. Indépendance du pouvoir judiciaire, i, page 20.

55 Idem et loc.cit. (« *i. Les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, y compris des procédures et critères objectifs pour la nomination, la titularisation, la discipline et la révocation des magistrats, figurent-ils dans la constitution ou la législation ordinaire ?* »).

56 GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport d'évaluation du Luxembourg, Greco Eval IV.Rep (2012) 9F, du 21 juin 2013, n° 147, page 48.

57 Idem et loc.cit. et Recommandation xiii, page 52.

58 GRECO, Quatrième cycle d'évaluation, Rapport de conformité intérimaire Luxembourg, GrecoRC4(2019)4, du 22 mars 2019, n° 53, page 10.

59 Idem et loc.cit.

60 Idem, n° 52, page 9.

en 2014 un avis sur les normes et principes européens concernant les procureurs, contenant une Charte, dite « Charte de Rome »<sup>61</sup>.

Celle-ci énonce notamment que :

« [...]

*III. Le rôle et les tâches des procureurs, dans et en dehors du système de justice pénale, devraient être définis au plus haut niveau législatif, et être accomplis dans le strict respect des principes démocratiques et valeurs du Conseil de l'Europe.*

*IV. L'indépendance et l'autonomie du ministère public constituent un corollaire indispensable à l'indépendance du pouvoir judiciaire. Par conséquent, la tendance générale à renforcer l'indépendance et l'autonomie effective du ministère public devrait être encouragée.*

*V. Les procureurs devraient prendre leurs décisions de façon autonome et effectuer leurs tâches sans subir de pressions externes ni d'ingérence, conformément aux principes de séparation des pouvoirs et de responsabilité.*

[...] ».

Elle est complétée d'une note explicative, de laquelle résulte notamment que :

« [...]

33. *L'indépendance des procureurs, qui est essentielle à l'État de droit, doit être garantie par la loi, au plus haut niveau possible, tout comme celle des juges. Dans les pays où le ministère public est indépendant du gouvernement, l'État doit prendre les mesures effectives visant à ce que la nature et l'étendue de l'indépendance du ministère public soient précisées par la loi. Dans ceux où il dépend du gouvernement ou est subordonné à celui-ci, ou jouit d'un autre statut que celui décrit ci-dessus, l'État doit s'assurer que la nature et l'étendue des pouvoirs du gouvernement vis-à-vis du ministère public soient également précisées par la loi et que le gouvernement exerce ses pouvoirs de manière transparente et conformément aux traités internationaux., au droit interne et aux principes généraux du droit.*

[...]

35. *L'indépendance du ministère public n'est pas une prérogative ou un privilège octroyé dans l'intérêt de ses membres, mais est une garantie pour une justice équitable, impartiale et efficace et protège les intérêts publics et privés des personnes concernées.*

36. *Les Etats doivent s'assurer que les procureurs sont en mesure d'exercer leurs fonctions sans entrave, intimidation, harcèlement, ingérence ou sans que leur responsabilité civile, pénale ou autre soit mise en cause de manière injustifiée.*

37. *Le ministère public devrait, dans tous les cas, être en mesure de poursuivre sans entrave, des agents de l'État qui ont commis des infractions, notamment en cas de corruption, d'abus de pouvoir et de violation grave des droits de l'homme.*

38. *Les procureurs doivent être indépendants, non seulement vis-à-vis des autorités exécutives et législatives, mais également vis-à-vis d'autres acteurs et institutions, notamment dans les domaines de l'économie, de la finance et des médias.*

[...] ».

Le refus par la Proposition de révision n° 7575 de toute garantie constitutionnelle d'indépendance au Ministère public dans le cadre de l'exercice de ses fonctions méconnaît ces exigences. Comme celles-ci sont formulées dans le cadre de recommandations leur lecteur pourrait être tenté de sous-estimer leur portée juridique. Une telle objection méconnaîtrait toutefois que la Cour européenne des droits de l'homme vient dans un arrêt récent de se référer à elles en leur qualité d'instrument du Conseil de l'Europe, pour constater l'existence d'un principe d'indépendance du Ministère public qui, selon elle, constitue un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la Justice.

<sup>61</sup> CCPE, Avis n° 9 (2014) sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du 17 décembre 2014, CCPE(2014)4Final.

**2.5.4. Une solution ne respectant pas la jurisprudence  
de la Cour européenne des droits de l'homme, qui consacre  
le principe d'indépendance du Ministère public.**

La Cour européenne des droits de l'homme a dû rappeler, dans le contexte d'un courrier officiel adressé à l'occasion d'une poursuite pénale par le vice-président du Parlement d'un Etat défendeur au parquet général de cet Etat, au sujet duquel la Cour note qu'il ne saurait être exclu qu'il visait à exercer une pression sur le parquet général, que « *dans une société démocratique, tant les cours et tribunaux que les autorités d'instruction doivent demeurer libres de toute pression politique* »<sup>62</sup>.

Plus récemment, saisie par un procureur qui avait été révoqué par le Ministre de la Justice de son pays, la Cour, se référant aux recommandations précitées du CCPE, estima que cette révocation et les motifs qui ont été avancés pour la justifier n'étaient guère conciliables avec l'importance particulière qu'il faut attacher au pouvoir judiciaire, branche indépendante du pouvoir étatique, et au principe de l'indépendance du Ministère public, qui, au regard des instruments du Conseil de l'Europe, est un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice :

*« This removal and the reasons justifying it can hardly be reconciled with the particular consideration to be given to the nature of the judicial function as an independent branch of State power and to the principle of the independence of prosecutors, which – according to Council of Europe and other international instruments – is a key element for the maintenance of judicial independence. »*<sup>63</sup>.

La Cour de Strasbourg retient donc que l'indépendance du Ministère public constitue un principe général de droit s'imposant aux Etats du Conseil de l'Europe.

Le refus par la Proposition de révision n° 7575 de garantir cette indépendance sous quelle que forme que ce soit dans la Constitution, supprimant ainsi pur et simplement, sans même envisager de la reformuler et de la retenir sous une autre forme, la garantie y relative prévue par la Proposition n° 6030, est dès lors contraire à ce principe général, constaté par la Cour. Si l'indépendance du Ministère public est, ainsi que la Cour le constate, un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice, elle ne peut que, conformément au point III de la Charte de Rome, précité, du CCPE, trouver sa place dans la Constitution.

**2.5.5. Une solution qui pose problème au regard des obligations  
du Luxembourg au titre du Parquet européen.**

Un Règlement de l'Union européenne de 2017 a créé un Parquet européen<sup>64</sup>. Ce dernier est indépendant<sup>65</sup>. Cette indépendance implique que les magistrats du Parquet européen « *agissent dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble, au sens de la législation, et ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune personne extérieure au Parquet européen, d'aucun Etat membre de l'Union européenne, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union [et que] les Etats membres de l'Union européenne et les institutions, organes et organismes de l'Union européenne respectent l'indépendance du Parquet européen et ne cherchent pas à l'influencer dans l'exercice de ses missions* »<sup>66</sup>.

L'indépendance du Parquet européen existe notamment par rapport aux Etats membres<sup>67</sup>

Le Parquet européen exerce des compétences partagées avec les autorités nationales dans le cadre de la lutte contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union<sup>68</sup>. Ses enquêtes sont menées par des procureurs européens délégués dans les Etats membres<sup>69</sup>, qui doivent être, pendant la

62 Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, requête n° 14277/04, § 86.

63 Idem, Quatrième section, 5 mai 2020, *Kövesi c. Roumanie*, Requête n° 3594/19, § 208 (c'est nous qui soulignons). La Cour se fonde notamment sur l'avis précité du CCPE (2.53) (voir le § 91 de l'arrêt), qui retient l'exigence d'indépendance du Ministère public.

64 Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en oeuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (Journal officiel de l'Union européenne L 283 du 31.10.2017, page 1).

65 Article 6 du Règlement précité.

66 Article 6, paragraphe 1, du Règlement précité.

67 Idem.

68 Considérant n° 13 du Règlement précité.

69 Considérant n° 30 du Règlement précité.

durée de leur mandat, des membres du Ministère public de leur Etat membre<sup>70</sup>. Comme le Parquet européen est indépendant, qu'il exerce ses fonctions en s'appuyant sur les Ministères publics des Etats membres et que son objet est la poursuite de formes de criminalité susceptibles d'impliquer des organes et des responsables des Etats membres, il est difficile de concevoir, tant en théorie qu'en pratique, que l'indépendance du Parquet européen ne soit pas partagée par les Ministères publics des Etats membres, par l'intermédiaire desquels il exerce ses fonctions<sup>71</sup>.

Pose dès lors problème, du point de vue tant théorique que pratique, que le Parquet européen, qui est indépendant à l'égard des Etats membres, doit agir par l'intermédiaire de Ministères publics qui ne bénéficient pas de cette indépendance. Si cette difficulté n'est sans doute pas insurmontable tant que l'Etat membre ne se voit pas accorder le pouvoir de donner à son Ministère public des injonctions négatives individuelles, qui risqueraient de se trouver en contradiction avec des ordres contraires du Parquet européen, elle constitue néanmoins un argument supplémentaire en faveur d'une harmonisation des solutions.

Le Règlement confirme par ailleurs que la garantie d'une poursuite pénale soustraite à toute influence politique constitue un standard commun, contre lequel la Proposition de révision se porte à faux. Il illustre que, comme vient de le constater la Cour européenne des droits de l'homme, l'indépendance du Ministère public constitue un principe général qui s'impose dans tout Etat qui se veut être un Etat de droit.

## 2.6. Un revirement soudain non motivé.

La Proposition de révision n° 7575, en refusant de garantir que le Ministère public puisse exercer ses fonctions de façon indépendante, se départit soudainement d'un texte qui a réuni autour de lui un plein consensus au cours de la décennie des travaux préparatoires de la Proposition de révision n° 6030, qui se sont étendus de 2009 jusqu'en 2018, et sans que des objections de principe n'aient été élevées, y compris par ceux qui s'y opposent actuellement.

Si certains arguments sont invoqués à l'appui de ce revirement, ils ne se fondent sur aucun fait ou aucun élément nouveau qui n'aurait pas été dans le débat entre 2009 et 2018 ou qui n'aurait pas pu être pris en considération. Ces arguments actuellement invoqués, qui seront passés en revue ci-après, sous 2.7., sont fort anciens et bien connus. Rien n'aurait empêché de les discuter au cours de la décennie des travaux préparatoires.

La Proposition n° 7575 fait allusion à « *une discussion sur le principe de la séparation des pouvoirs et les liens du ministère public avec l'exécutif* »<sup>72</sup> qui aurait « *mené à la modification de la disposition en question* »<sup>73</sup>. Elle n'en relate cependant ni les positions, ni les arguments, ni les conclusions. Il ne s'agit pourtant pas d'une question sans importance. Cette vague allusion est par ailleurs sans pertinence pour expliquer pourquoi le principe de la séparation des pouvoirs et la question des liens du Ministère public avec le Gouvernement justifient en 2020 d'apporter une réponse différente de celle acceptée par consensus de 2009 à 2018.

Ces arguments ne sont donc pas de nature à expliquer les motifs de la brusque volte-face constatée. La lecture de l'Exposé des motifs et du Commentaire des articles laisse pour le moins l'amer arrière-goût d'un non-dit, ce qui est particulièrement regrettable dans le cadre de travaux préparatoires d'un texte aussi capital qu'une Constitution. Le point qui laisse d'être élucidé est celui de savoir qu'est-ce qui a bien pu motiver le soudain changement d'esprit du Pouvoir constituant, qui, après avoir proposé de garantir le principe de l'indépendance du Ministère public dans l'exercice de ses fonctions et accepté de formuler cette garantie dans des termes particulièrement larges, refuse soudainement, sans explication, d'accepter le principe même d'une quelconque indépendance, quelles qu'en soient les modalités.

C'est cette volte-face qui appelle des explications, que la Proposition de révision ne contient pas.

<sup>70</sup> Considérant n° 34 et article 13, paragraphe 1, du Règlement.

<sup>71</sup> Voir, en ce sens, à titre d'illustration : Haritini MATSOPOULOU, L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet, JCP, édition générale, 2018, page 51.

<sup>72</sup> Document parlementaire n° 7575, page 2, sous II, dernier alinéa.

<sup>73</sup> Idem et loc.cit.



Ce silence pose d'autant plus question que le revirement ne se limite pas à un détail technique sans intérêt, mais à une exigence d'un Etat de droit, à savoir de définir et de circonscrire les pouvoirs que la Constitution entend réserver au Gouvernement d'intervenir auprès du Ministère public et, à son travers, auprès des juridictions. Ce silence est de nature à faire naître, sans doute à tort, des doutes sur d'éventuelles arrière-pensées cachées qui auraient pu motiver cette volte-face et qui seraient à ce point inavouables qu'il est préféré de ne pas les exprimer. Il n'est, en effet, pas anodin de refuser de définir la moindre limite constitutionnelle à l'emprise du Gouvernement sur le Ministère public, et ainsi, par ricochet, sur les juridictions. Ce refus, par les potentialités non limitées qu'il ouvre aux gouvernants futurs, laisse le champ libre à des violations futures du principe de la séparation des pouvoirs. Le caractère nouveau et soudain de ce refus, qui fait suite à un large consensus de ne pas seulement définir, à l'instar des Constitutions de la Belgique et de la France, de telles limites, mais même d'interdire toute emprise du Gouvernement dans ce domaine, appelle manifestement des explications, permettant de mesurer les raisons et le but de ce changement d'avis.

Le Pouvoir constituant, tout en gardant le silence sur les motifs de son revirement, donne quelques éléments d'information sur la façon dont il conçoit les rapports entre le Gouvernement et la Justice à travers le Ministère public. La nature et la portée de ces précisions ne sont pas sans soulever des interrogations du point de vue de leur pertinence et de leur bien-fondé. Ce qui est toutefois plus inquiétant c'est que le Pouvoir constituant n'envisage même pas de les inscrire dans la Constitution, partant, de définir une quelconque garantie constitutionnelle. Les précisions apportées se limitent ainsi à une déclaration d'intention non contraignante, puisque non jugée suffisamment impérieuse pour mériter une consécration constitutionnelle. Tout Gouvernement futur, soutenu par une majorité parlementaire simple, pourra à l'avenir les remettre en cause s'il le juge opportun. Or, il appartient à la Constitution de définir les règles de la séparation des pouvoirs.

### **2.7. Des précisions apportées sur les rapports entre le Gouvernement et le Ministère public qui appellent en partie de sérieuses interrogations.**

La Proposition de révision apporte certaines précisions sur les rapports entre le Gouvernement et le Ministère public et, à travers ce dernier, les juridictions, qui sont présentées à l'appui de la décision de biffer pur et simplement, sans même envisager la possibilité d'une formulation alternative, la garantie tirée de ce que « *le ministère public est indépendant dans l'exercice de ses fonctions* ». Ces précisions sont exposées dans le Commentaire de l'article 87.

Elles ne concèdent la pertinence d'une limite du pouvoir d'emprise du Gouvernement sur le Ministère public que sur un seul point, à savoir les injonctions négatives individuelles. Elles ne voient, en revanche, à bien comprendre, aucun problème de permettre au Gouvernement d'exercer son emprise par des injonctions positives à caractère général et par des injonctions à caractère général, qu'elles soient positives ou négatives.

Toutefois, même la limite concédée, des injonctions négatives individuelles, n'est pas jugée suffisamment impérieuse pour mériter d'être inscrite dans la Constitution. Elle est donc abandonnée à l'appréciation des majorités parlementaires futures, qui pourront y mettre un terme par une simple loi.

Ces conclusions reposent sur des arguments qui soulèvent en partie de sérieuses interrogations du point de vue de leur pertinence et de leur bien-fondé.

#### **2.7.1. Est-ce que l'indépendance du Ministère public n'est exigée par aucune norme commune ?**

Le Commentaire de l'article 87 de la Proposition de révision fait valoir, en citant des documents de la Commission de Venise, que l'indépendance du Ministère public n'est imposée par aucune norme commune<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> Document parlementaire n° 7575, page 6, deuxième alinéa.

Ainsi qu'il a été relevé ci-avant au point 2.5.1., le Commission de Venise a effectivement constaté en 2011 que « *si la tendance générale est à accorder une plus grande indépendance au ministère public, aucune norme commune ne l'exige* »<sup>75</sup>.

Ce constat est toutefois, comme il a été vu dans le point précité, à corriger de deux points de vue.

D'une part, il n'a pas empêché la Commission de Venise d'exiger à titre de critère d'un Etat de droit que « *le bureau du procureur [doit] bénéficie[r] [...] d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'Etat [de façon à lui permettre d'] agi[r] [...] sur la base du droit et non de l'opportunité politique* »<sup>76</sup>. Il en suit que le Ministère public doit bénéficier de « *garanties contre les pressions extérieures* »<sup>77</sup> et que « *en particulier, lorsque le ministère public est subordonné au pouvoir exécutif ces garanties sont nécessaires pour le protéger de toute influence politique induite de ce pouvoir* »<sup>78</sup>. Dans cet ordre d'idées, « *le principal élément de cette indépendance « externe » du ministère public ou du procureur général est l'impossibilité pour l'exécutif de donner au procureur général (et naturellement directement à tout autre procureur) des instructions dans des affaires individuelles* »<sup>79</sup>.

D'autre part, le constat effectué par la Commission de Venise en 2011 n'est plus correct en 2020 par suite de l'arrêt *Kövesi c. Roumanie* de la Cour européenne des droits de l'homme, cité ci-avant au point 2.5.4., qui énonce le principe de l'indépendance du Ministère public, qui, au regard des instruments du Conseil de l'Europe, est un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice.

### ***2.7.2. Est-ce que le Ministère public exerce la même fonction que les avocats des parties, partant, non une fonction de magistrat ?***

Le Commentaire de l'article 87 se réfère à ce que « *d'ailleurs de nombreux pénalistes considèrent que le Parquet devrait prendre place au même niveau que les avocats des personnes inculpées dans un procès* »<sup>80</sup>.

Il ne précise pas s'il entend se faire sien cette opinion, qui serait partagée par « *de nombreux pénalistes* », non autrement précisés. Il ne précise non plus quelle conséquence il entend en déduire du point de vue des rapports entre le Gouvernement et le Ministère public.

L'observation se réfère au fait que dans les salles d'audience d'un certain nombre de pays, y compris au Luxembourg, le Ministère public siège au même niveau que les juges et le greffier, en haut de l'estrade, d'une façon surélevée par rapport aux autres participants au procès. Cette configuration des lieux, plaçant les magistrats du Ministère public au même niveau que les magistrats du siège, a été critiquée par certains comme étant le fruit d'une « *erreur de menuiserie* ». Selon ces critiques, le Ministère public devrait être placé, comme toute autre partie au procès, en bas de l'estrade.

Certains ont même introduit des recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme aux fins de dénoncer que ce positionnement symbolique du Ministère public au même niveau que les magistrats du siège serait de nature à violer le principe d'égalité des armes, garanti par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces recours ont été systématiquement rejetés par la Cour de Strasbourg, qui décide que « *[...] la circonstance dénoncée ne suffi[t] pas à mettre en cause l'égalité des armes, dans la mesure où, si elle donn[e] au procureur*

75 Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, n° 86, page 17.

76 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23 : « *Le bureau du procureur bénéficie-t-il d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'Etat ? Agit-il sur la base du droit et non de l'opportunité politique ?* ».

77 Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie H – Le Ministère public, n° 85, page 16.

78 Idem et loc.cit.

79 Idem n° 30, page 7.

80 Document parlementaire n° 7575, page 6, deuxième alinéa.

une position « physique » privilégiée dans la salle d'audience, elle ne pla[ce] pas l'accusé dans une situation de désavantage concret pour la défense de ses intérêts »<sup>81</sup>.

Ce positionnement symbolique du Ministère public dans la salle d'audience trouve pourtant sa justification dans le fait que ses membres, s'ils sont, en matière pénale, une partie au procès, partagent, contrairement aux avocats, avec les juges la qualité de magistrat. Cette évidence a été rappelée par Robert BADINTER, ancien Garde des Sceaux français :

« [...] ce n'est point une erreur de menuiserie, comme on s'est plu longtemps chez les avocats à le dire, que le ministère public siège bien au-dessus du parquet de la salle d'audience, au même niveau que le tribunal. La puissance de l'Etat; qu'elle s'incarne dans le pouvoir de poursuivre ou dans le pouvoir de juger; s'exprime dans cette élévation, qui marque au justiciable, et d'abord à l'accusé et au prévenu, qu'il est sujet de l'autorité judiciaire »<sup>82</sup>.

L'argument vise, au-delà de la symbolique du positionnement du Ministère public dans l'architecture de la salle d'audience, l'appartenance de ses représentants à l'autorité judiciaire, donc leur qualité de magistrat.

La Proposition de révision rappelle l'état de notre droit constant qui, depuis la loi napoléonienne du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, suivie de la loi modifiée du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire et de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, reconnaît aux représentants du Ministère public la qualité de magistrats, faisant partie des juridictions auprès desquelles ils exercent leurs fonctions. Cette qualité est formellement confirmée par l'article 88, paragraphes 1 et 3, et par l'article 89, nouveaux de la Constitution, tels que proposés.

En contradiction avec ces textes proposés, la phrase citée du Commentaire est de nature à remettre en cause que les représentants du Ministère public sont des magistrats et suggère qu'ils seraient en réalité à assimiler à des avocats.

Or, une telle assimilation est manifestement mal fondée, ainsi que l'a rappelé Robert BADINTER :

« Pour le ministère public le procès pénal n'est pas son combat dont l'objectif serait la condamnation du prévenu, à la peine la plus lourde de surcroît. Quelle régression cela représenterait au plan des droits de l'homme !

Il va de soi que l'objectif de l'avocat du prévenu est au contraire d'obtenir un acquittement quand faire se peut et le minimum de la peine dans le cas contraire. L'objectif de l'avocat de la partie civile est quant à lui de voir la prévention qui le concerne déclarée établie et d'obtenir au civil, la condamnation du prévenu aux indemnités les plus importantes possibles.

Cette différence fondamentale, dans leur nature et leur fondement entre la fonction du ministère public et la profession d'avocat peut être illustrée par un exemple concret. Si le parquet ne joignait pas au dossier un élément à décharge qu'il aurait en sa possession, cela constituerait une grave faute professionnelle (et d'ailleurs une atteinte aux droits du prévenu). Si l'avocat du prévenu venait à découvrir un élément à charge de son client et le joignait au dossier, cela constituerait une grave faute professionnelle.

Avocat de la société, le représentant du ministère public est donc aussi l'avocat du prévenu. Il doit en garantir les droits, tandis que l'avocat du prévenu n'a pas à garantir les droits de la société. »<sup>83</sup>.

Cette différence manifeste entre les rôles respectifs confiés aux avocats, qu'ils soient les avocats du prévenu ou de la partie civile, et aux magistrats du Ministère public, a été caractérisée comme suit par la Cour constitutionnelle de Belgique :

« Il existe, entre le ministère public, d'une part, et les autres parties à un procès pénal, d'autre part, une différence fondamentale qui repose sur un critère objectif: le ministère public accomplit, dans l'intérêt de la société, des missions de service public relatives à la recherche et à la poursuite

81 Cour européenne des droits de l'homme, 13 décembre 2016, *Kaya c. Turquie*, n° 26623/07, § 56). Dans le même sens: décision *Morillon c. France*, du 2 octobre 2003, n° 71991/01; décision *Chalmont c. France*, du 9 décembre 2003, N° 72531/01; décision *Carballo et Pinero c. Portugal*, du 21 juin 2011, arrêt *Diriöz c. Turquie*, du 31 mai 2012, n° 38560/04, § 25; arrêt *Blaj c. Roumanie* du 8 avril 2014, n° 36259/04, § 78.

82 Robert BADINTER, Préface de : *La Justice en ses temples : Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Paris, Association française pour l'histoire de la justice, 1992, page 11.

83 Idem et loc.cit.

*des infractions [...] et il exerce l'action publique [...], tandis que les autres parties défendent leur intérêt personnel »<sup>84</sup>.*

Le représentant du Ministère public constitue donc un magistrat, dont le rôle se distingue de celui d'un avocat. En sa qualité de magistrat il est, comme le rappelle la Commission de Venise dans son énoncé des critères d'un Etat de droit, tenu d'« *agi[r] [...] sur la base du droit et non de l'opportunité politique* »<sup>85</sup>. S'il défend les intérêts de la société dans le respect du droit, il n'est donc pas un avocat, que ce soit de l'Etat ou du Gouvernement.

Le droit français souligne cet aspect non seulement en interdisant au Ministre de la Justice d'« *adresser [au Ministère public] aucune instruction dans les affaires individuelles* »<sup>86</sup>, mais en précisant en outre que « *le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu* »<sup>87</sup>.

Le renvoi opéré par le Commentaire de l'article 87 à la conception de certains souhaitant assimiler les représentants du Ministère public à des avocats et leur refuser la qualité de magistrats, qui est manifestement erronée et se trouve être en contradiction avec les dispositions constitutionnelles proposées confirmant cette assimilation, que notre droit connaît par ailleurs depuis deux siècles, n'est donc pas pertinent pour justifier de dénier au Ministère public toute protection contre une influence politique induite du Gouvernement.

### ***2.7.3. Est-ce que l'appréciation des poursuites par le Ministère public est susceptible de donner lieu à l'arbitraire et est-ce qu'il appartient dès lors au Gouvernement d'y intervenir ?***

Le Commentaire de l'article 87 fonde sa justification du refus pur et simple de toute indépendance du Ministère public à l'égard du Gouvernement sur un argument qui est plus développé que les autres, qui se limitent bien souvent à de simples allusions. Cet argument est tiré de ce que le Ministère public se voit par la loi confier la mission d'apprécier la suite à donner aux plaintes et dénonciations d'infractions qu'il reçoit. Le Ministère public disposerait à cet égard d'une « *liberté d'action* »<sup>88</sup>, qui risquerait de dégénérer « *dans l'arbitraire* »<sup>89</sup> au détriment des victimes d'infractions. A bien comprendre, même si le Commentaire ne tire formellement aucune déduction de ce constat, le risque dénoncé d'arbitraire justifie dans l'esprit de ses auteurs de refuser au Ministère public toute indépendance et à permettre au Gouvernement d'intervenir en cas de constat d'abus, à bien comprendre par des injonctions de poursuite positives à caractère individuel ou général.

L'exposé du danger hypothétique d'arbitraire qui est censé justifier l'intervention du Gouvernement repose, d'une part, sur une mauvaise compréhension du principe de l'opportunité des poursuites et de ses correctifs et, d'autre part, en déduit des conséquences discutables, à savoir que ce danger hypothétique serait de nature à justifier l'immixtion du Gouvernement dans les décisions de poursuite du Ministère public.

#### ***2.7.3.1. Un argument reposant sur une mauvaise compréhension du principe de l'opportunité des poursuites et de ses correctifs.***

Le Commentaire de l'article 87 brosse un tableau très noir des risques qu'impliquerait l'application par le Ministère public du principe de l'opportunité des poursuites, qui serait une source d'arbitraire, tout en passant, d'une façon surprenante, sous silence ses principaux correctifs.

<sup>84</sup> Cour constitutionnelle de Belgique, 9 novembre 2017, n° 130/2017, point B.4. ; dans le même sens : idem, 18 janvier 2018, n° 2/2018, point B.6.

<sup>85</sup> Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23.

<sup>86</sup> Article 30, alinéa 3, du Code de procédure pénale français, tel qu'il a été modifié par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013.

<sup>87</sup> Article 31 du même Code, tel qu'il a été modifié par la même loi.

<sup>88</sup> Document parlementaire n° 7575, page 6, troisième alinéa.

<sup>89</sup> Idem et loc.cit.

### 2.7.3.1.1. Une mauvaise compréhension de l'application du principe de l'opportunité des poursuites par le Ministère public.

La Proposition de révision justifie la nécessité d'une intervention du Gouvernement dans le traitement des poursuites pénales par le constat que le Ministère public dispose dans cette matière d'une liberté d'action qui serait à ce point étendue qu'elle risquerait de verser dans l'arbitraire en l'absence de critères de nature générale définis par le Gouvernement. Ainsi, à bien comprendre, la motivation du Commentaire n'étant pas totalement explicite sur ce point, l'intervention du Gouvernement serait une condition nécessaire de prévention du risque d'arbitraire de l'action du Ministère public.

Ce motif, qui repose sur la prémisse que le Ministère public traite les poursuites pénales d'une façon erratique et aléatoire, rendant nécessaire l'intervention du Gouvernement aux fins de canaliser cette action par l'élaboration de critères de nature générale de façon à éviter l'arbitraire et d'assurer l'égalité de traitement, procède d'une mauvaise compréhension de la pratique de l'application du principe de l'opportunité des poursuites.

La procédure pénale est au Luxembourg, comme en France et en Belgique, et à la différence de l'Allemagne, caractérisée par le principe de l'opportunité des poursuites. Contrairement à son opposé, le principe de la légalité des poursuites, il autorise le Ministère public à ne pas devoir systématiquement poursuivre toute infraction dont une poursuite serait en droit concevable.

Il trouve son fondement légal dans l'article 23, paragraphe 1, du Code de procédure pénale, qui dispose que « *le procureur d'Etat reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner* ».

Le Ministère public lorsqu'il est saisi d'une plainte ou d'une dénonciation vérifie si les faits sont en droit susceptibles de faire l'objet d'une poursuite pénale. Celle-ci est, par hypothèse, exclue lorsque les faits ne constituent pas d'infraction ou que celle-ci n'est pas susceptible de poursuite pour des motifs de droit, par exemple parce que l'action publique est prescrite ou que les autorités judiciaires luxembourgeoises ne sont pas territorialement compétentes pour en connaître. Le refus de poursuivre des faits qui ne permettent en droit aucune poursuite ne constitue pas à strictement parler une application du principe d'opportunité, à défaut de toute alternative à un classement sans suites.

Le Ministère public apprécie ensuite si les éléments de preuve disponibles ou susceptibles d'être réunis sont suffisants pour établir l'infraction. Si cette évaluation prospective oblige à exclure toute chance réaliste de succès d'une poursuite, le dossier fera également l'objet d'un classement sans suites.

Dans un troisième stade de l'analyse, le Ministère public apprécie si une poursuite pénale, qui serait concevable en droit et pourrait avoir des chances de succès en fait, se justifie au regard des circonstances de l'espèce. Cette appréciation, qui est à proprement parler celle de l'opportunité des poursuites, peut, à titre d'illustration, amener le magistrat à considérer qu'il n'est pas opportun de poursuivre un conducteur de motocycle qui, par suite d'une vitesse excessive, a perdu le contrôle de son véhicule et a percuté un arbre sans causer d'autre préjudice à des tiers, tout en ayant lui-même subi de graves blessures ou les participants à une rixe, dont la genèse n'est pas due à la faute prépondérante de l'un d'eux, personne n'ayant subi des blessures caractérisées.

Dans le cadre de cette appréciation, le magistrat peut également être amené à se limiter à adresser au délinquant primaire d'une infraction de peu de gravité un courrier le rendant attentif à ce que dans les circonstances de l'espèce une poursuite pénale ne sera pas engagée, mais que à l'avenir toute nouvelle infraction de même nature donnera lieu à une poursuite qui englobera l'infraction provisoirement classée sans suites. Il est à préciser que le classement sans suites constitue un acte de nature purement administratif qui est susceptible d'être révoqué à tout moment tant que l'action publique n'est pas prescrite.

Le magistrat peut également, conformément à l'article 24, paragraphe 5, du Code de procédure pénale, décider, préalablement à sa décision sur l'action publique portant sur une infraction autre que celle commise à l'égard de personnes avec lesquelles l'auteur cohabite, de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, ou bien de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou encore de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction.

Dans le cadre de son appréciation de l'opportunité des poursuites, le magistrat est guidé par des circulaires et notes de service élaborées par le Ministère public, définissant les grandes lignes du traitement de différents types d'infractions, telle en matière d'infractions de masse, comme les infractions

en matière de stupéfiants, de vol à l'étalage ou de circulation routière. La façon d'appréhender différents types de criminalité fait l'objet de réunions régulières de concertation, que ce soit au sein des deux Parquets des tribunaux d'arrondissement ou entre le Parquet général et ces Parquets. Les nouveaux magistrats du Ministère public sont systématiquement suivis par des magistrats de référence, qui leur communiquent le savoir-faire du traitement des poursuites et contrôlent leurs décisions relatives à l'appréciation des poursuites. Un grand soin est donc pris de veiller à ce que les dossiers soient traités de façon uniforme sur base de critères communs prédéfinis.

Il ne saurait dès lors manifestement être soutenu que, dans la pratique constante du Ministère public, « *le principe d'opportunité [est] appliqué (...) sans autres nuance [de sorte qu'il] pourrait porter en germe un risque non négligeable d'arbitraire* »<sup>90</sup> et que des classements sans suite ne se fassent pas « *sur base de critères de nature générale* »<sup>91</sup>. La pratique du Ministère public ne saurait donc constituer un motif pertinent pour justifier la nécessité d'une intervention du Gouvernement aux fins de mettre un terme à un problème – une application sans nuance et sans critères du principe d'opportunité des poursuites – qui ne se présente pas.

La citation du Commentaire est tirée d'un rapport de la Commission juridique de la Chambre des députés de 2007 au sujet d'un débat d'orientation sur la sécurité intérieure au Luxembourg<sup>92</sup>. Dans ce rapport, la Commission prend soin de relever la pertinence du principe de l'opportunité des poursuites :

*« Sans être ancré dans le Code d'instruction criminelle, le principe de l'opportunité des poursuites (ou de classement sans suite) permet au parquet d'apprécier librement l'opportunité de mettre en mouvement l'action publique. Ainsi peuvent être classées sans suite des poursuites inutiles, parce que les faits sont prescrits ou parce que les faits sont de peu d'importance. « Le classement sans suite, qu'il intervienne pour des motifs d'opportunité ou de manque de fondement des infractions évite ainsi aux personnes concernées les inconvénients de poursuites injustifiées, à la société des troubles inutiles, et enfin permet de réduire l'encombrement des juridictions » »*<sup>93</sup>.

Les observations du rapport citées par le Commentaire se réfèrent aux inconvénients qui découleraient, selon la Commission, du classement sans suite dans le contexte « *notamment d'affaires de moindre importance* »<sup>94</sup>. Ces inconvénients ont, à la suite du rapport, pour autant que de besoin, été corrigés par la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales<sup>95</sup>, qui institua, outre un droit d'information des victimes sur le sort de leurs plaintes, évoqué par le Commentaire de l'article 87<sup>96</sup>, surtout, ce qui, de façon difficilement compréhensible, n'est pas mentionné, un droit de la victime de s'adresser, en cas de classement sans suites, au Procureur général d'Etat pour permettre à ce dernier d'enjoindre au Parquet du tribunal d'arrondissement d'engager des poursuites.

Le problème, s'il y en avait, a donc été résolu par la voie législative.

Il est toutefois susceptible d'élever certains doutes sur la pertinence du reproche jadis élevé contre le Ministère public, de classer trop rapidement des affaires de moindre importance. Le législateur français a, dans ce même ordre d'idées, introduit en 2002 au Code de procédure pénale une disposition entourant le pouvoir de classement sans suites du Procureur de la République de la condition tirée de ce que « *les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* »<sup>97</sup>, à défaut de quoi il lui appartient d'engager des poursuites ou de mettre en oeuvre une mesure alternative aux poursuites.

Cette faveur accordée à une réponse pénale quasi systématique présente l'inconvénient d'empêcher la justice pénale de consacrer des ressources suffisantes à la poursuite des infractions graves et complexes, qui, troublant sérieusement l'ordre public, appellent de toute évidence une réponse pénale rapide et efficace. Cette grave difficulté a été soulignée en France en 2013 par une Commission d'experts

90 Document parlementaire n° 7575, page 6, troisième alinéa, premier alinéa de la citation.

91 Idem, page 6, troisième alinéa, deuxième alinéa de la citation.

92 Document parlementaire n° 5511, les passages cités figurent à la page 27.

93 Idem, page 27, deuxième alinéa. Le rapport cite le Manuel de procédure pénale de MM. FRANCHIMONT, JACOBS et MASSET.

94 Idem, page 27, troisième alinéa.

95 Mémorial, A, 2009, n° 206, page 3538.

96 Document parlementaire n° 7575, page 6, avant-dernier alinéa.

97 Article 40-1 du Code de procédure pénale français, introduit par une loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.

présidée par Jean-Louis NADAL, ancien Procureur général près de la Cour de cassation française, qui est cité par le rapport de la Commission juridique, repris par le Commentaire de l'article 87, pour sa critique, formulée en 2006, d'une application sans nuance et sans critères du principe d'opportunité des poursuites. Cette Commission met à juste titre en garde contre la mise en cause du principe de l'opportunité des poursuites par une exigence exagérée d'une réponse pénale systématique :

*« L'organisation des parquets, mais aussi les modes de traitement des affaires pénales, doivent être conçus de telle sorte que les magistrats du ministère public puissent se consacrer aux faits les plus graves et les plus sensibles, aux enquêtes les plus complexes et, plus généralement, à toutes les questions d'application de la loi pénale qui appellent une expertise juridique.*

[...]

*Pour fonctionner correctement et efficacement, le ministère public a [...] besoin de pouvoir classer sans suite les affaires qui n'appellent aucune réponse judiciaire formelle en raison de leur faible gravité, de la modestie du préjudice ou de la personnalité de l'auteur.*

*Surtout, la Commission considère que la survalorisation de la réponse pénale systématique a pour contrepartie l'émiettement et l'affaiblissement de l'action publique. L'essentiel des forces du parquet est ainsi absorbé par la mise en oeuvre de réponses pénales de moyenne ou de faible intensité appliquées à un nombre toujours plus important d'affaires, au détriment d'un investissement plus poussé dans la poursuite de comportements plus graves ou plus complexes, qui échappent par nature à de telles réponses.*

*C'est pourquoi la Commission juge qu'il est indispensable de redonner son plein effet au principe de l'opportunité des poursuites. »<sup>98</sup>.*

Le Commentaire de l'article 87 préconise ainsi l'intervention du Gouvernement dans le traitement des poursuites pénales pour un motif tiré des dangers d'une application inconsidérée du principe de l'opportunité des poursuites non basée sur des critères prédéterminés, qui ne correspond manifestement pas à la façon dont ce principe est mis en oeuvre par le Ministère public. Ce motif, qui n'est donc pas pertinent pour justifier une telle intervention, a été repris d'un rapport militant pour une poursuite plus systématique des infractions de moindre importance, qui implique corrélativement le risque d'empêcher le Ministère public de consacrer des ressources suffisantes aux infractions graves et complexes, dont l'opportunité de la poursuite est manifeste et ne saurait donner lieu à discussion. Le motif, outre d'être dépourvu de pertinence dans le présent contexte, est donc tiré d'un argumentaire qui soulève de sérieuses objections quant à son bien-fondé.

#### 2.7.3.1.2. Un argument méconnaissant les correctifs du principe de l'opportunité des poursuites.

Le Commentaire de l'article 87 suggère que l'application du principe de l'opportunité des poursuites est source d'arbitraire, qui n'est susceptible d'être corrigée que par l'intervention du Gouvernement. Cette lecture méconnaît les nombreux correctifs de ce principe, qui sont malheureusement passés pour l'essentiel sous silence.

##### 2.7.3.1.2.1. Premier correctif : Le recours hiérarchique devant le Procureur général d'Etat.

Il a été vu ci-avant que le Commentaire cite un rapport de la Commission juridique qui a donné lieu à l'adoption de la loi du 6 octobre 2009 renforçant le droit des victimes d'infractions pénales.

Cette loi a inséré, contre l'opposition du Conseil d'Etat<sup>99</sup>, au Code de procédure pénale une disposition, contenue dans l'article 23, paragraphe 5, seconde phrase, qui prévoit que :

*« Lorsque les peines encourues de par la loi, au titre des faits, sont des peines criminelles ou des peines correctionnelles, l'avis [à adresser par le Procureur d'Etat près du tribunal d'arrondissement à la victime, qui, conformément à l'article 4-1, alinéa 1, du Code de procédure pénale, est « la personne identifiée qui a subi un dommage découlant d'une infraction »], en cas de classement sans*

<sup>98</sup> Commission de modernisation de l'action publique, sous la présidence de Jean-Louis NADAL, Procureur général honoraire près la Cour de cassation, Refonder le ministère public, novembre 2013, page 45, avant-dernier alinéa, et page 47, quatrième à sixième alinéas.

<sup>99</sup> Rapport complémentaire de la Commission juridique de la Chambre des Députés, du 29 juillet 2009 (Document parlementaire n° 5156A-8), page 2, sous II.

suites de l'affaire] *comporte l'information que la victime peut s'adresser au procureur général d'Etat qui a le droit d'enjoindre au procureur d'Etat d'engager des poursuites* ».

La victime est donc en droit de s'adresser au Procureur général d'Etat aux fins de réclamer contre le classement sans suite de l'affaire et de lui demander d'enjoindre au Procureur d'Etat de poursuivre. Ce recours hiérarchique permet ainsi à la victime de soumettre la décision de classement à un contrôle et de la voir, le cas échéant, rapporter.

Si donc, par impossible, un magistrat du Ministère public classerait une affaire d'une façon arbitraire « *pour favoriser telle ou telle personne, évidemment pour de mauvaises raisons* »<sup>100</sup>, la victime dispose d'un recours pour se défendre et, dans la mesure où cette décision est, comme il est soutenu, arbitraire, le recours ne manquera pas d'être jugé fondé.

Malheureusement le Commentaire de l'article 87 omet de rappeler l'existence de cette disposition.

#### 2.7.3.1.2.2. *Deuxième correctif : La mise en mouvement de l'action publique par la victime.*

Le pouvoir du Ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites trouve sa contrepartie dans le droit de la victime de mettre elle-même en mouvement l'action publique. Ce droit découle de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, qui dispose que « *cette action [c'est-à-dire l'action publique, donc la poursuite pénale] peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent code ou par les lois spéciales* ».

Cette mise en mouvement de la poursuite pénale est susceptible de s'effectuer de deux façons différentes. D'une part, en matière de crimes ou de délits, donc à l'exclusion de la matière des contraventions, elle peut être engagée par le dépôt par la victime d'une plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction<sup>101</sup>. D'autre part, en matière de contraventions ou de délits, donc à l'exclusion de crimes, elle peut être mise en mouvement par une citation directe du prévenu par la victime devant juridiction pénale de fond. Cette citation directe s'effectue en matière de contraventions devant le tribunal de simple police<sup>102</sup> et en matière de délits devant la chambre correctionnelle du tribunal d'arrondissement<sup>103</sup>.

Dans ces cas, l'action publique est exercée par le Ministère public, qui est seul en droit de requérir des peines et de former des voies de recours relatives à l'action publique, tandis que la partie civile se limite à exercer l'action civile, donc à demander réparation du préjudice causé par l'infraction.

Une victime confrontée à une décision de classement sans suites par le Procureur d'Etat qui est maintenue même après recours hiérarchique devant le Procureur général d'Etat, est donc en droit de mettre elle-même en mouvement la poursuite pénale. Ces poursuites ne sont pas susceptibles d'être mises en cause par le Ministère public pour des motifs d'opportunité. Ce principe est rappelé par l'article 57, paragraphe 3, du Code de procédure pénale, qui dispose, en matière de plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction, que « *le procureur d'Etat ne peut saisir le juge d'instruction de réquisitions de non informer que si, pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* ».

Ce droit de la victime d'engager elle-même les poursuites pénales constitue le principal correctif du principe de l'opportunité des poursuites. La victime, outre qu'elle peut passer outre aux décisions de classement sans suites, n'est pas tenue d'attendre la décision du Ministère public, son droit d'engager elle-même les poursuites n'étant pas subordonné à une décision préalable de ce dernier.

#### 2.7.3.1.2.3. *Troisième correctif : L'encadrement des poursuites pénales par des lignes directrices.*

Il a été exposé ci-avant, sous 2.7.3.1.1., que la crainte exprimée par le Commentaire de l'article 87, de voir le Ministère public classer de façon arbitraire des affaires en l'absence de critères de nature générale le guidant dans l'exercice de ce pouvoir, est dépourvue de pertinence alors que cet exercice est traditionnellement encadré par des circulaires et notes de service, dans le souci d'assurer dans toute la mesure du possible un traitement uniforme des affaires, dans le respect du principe d'égalité de

100 Document parlementaire n° 7575, page 6, troisième alinéa, premier alinéa de la citation.

101 Article 56 du Code de procédure pénale.

102 Article 145 du même Code.

103 Article 182 du même Code.



traitement. C'est donc manifestement à tort que le Commentaire paraît suggérer que le Ministère public abandonne la suite à donner aux plaintes et dénonciations d'infractions à la discrétion des choix personnels de chaque magistrat, partant, soumettrait le justiciable à une loterie judiciaire. Le Ministère public est structuré d'une façon hiérarchique aux fins précisément d'assurer que la loi pénale soit appliquée d'une façon uniforme.

Comme le Luxembourg n'est qu'un pays à taille réduite, comprenant deux arrondissements judiciaires et un Parquet général, les circulaires et notes de service ont été traditionnellement élaborés en concertation avec les deux Parquets des tribunaux d'arrondissement. Contrairement à des pays à taille plus étendue et à architecture judiciaire plus complexe, comme la France ou la Belgique, il ne s'est jamais posé la question d'une coordination des actions de différents Parquets généraux, le pays n'en comportant qu'un seul. En France et en Belgique, cette coordination est effectuée par le Ministère de la Justice, qui est épaulé à cette fin en Belgique par un collège des Procureurs généraux. La multiplicité des Ministères publics exige dans ces pays d'assurer l'uniformisation de l'application de la loi pénale sur le territoire, qui est assurée, à défaut d'une superstructure judiciaire qui chapeauterait les Parquets généraux, tel un Procureur de la Nation<sup>104</sup>, par le Ministère de la Justice. Par contraste, au Luxembourg, le Ministre de la Justice s'est, jusqu'à présent, traditionnellement abstenu d'émettre de telles notes, circulaires ou directives<sup>105</sup>. Cette abstention, qui s'explique donc par des raisons géographiques et historiques, n'a cependant pas eu pour effet d'empêcher l'encadrement de l'exercice, par les magistrats des Parquets, de l'action publique, sauf que cet encadrement a été assuré par le Ministère public lui-même.

L'abstention du Ministre de la Justice d'émettre des directives de politique criminelle n'implique donc pas l'existence d'un vide qui aurait conféré à chaque magistrat la licence d'exercer l'action publique comme bon lui semble. Nonobstant la retenue du Ministère de la Justice, qui s'explique pour les raisons évoquées, l'exercice de l'action publique est au Luxembourg aussi encadrée qu'elle l'est en France ou en Belgique.

Cet encadrement de l'exercice des poursuites par des lignes directrices, qui caractérise également l'action du Ministère public au Luxembourg, constitue un troisième correctif à tout risque d'arbitraire.

La nécessité d'un tel encadrement est rappelée par le CCPE :

*« Dans le souci d'assurer la cohérence et l'équité de la prise de décisions discrétionnaires dans le processus de poursuites et devant le tribunal, des lignes directrices claires et publiques devraient être publiées, en particulier concernant les décisions de poursuivre ou non. Même lorsque le système ne prévoit pas que les procureurs puissent prendre des décisions discrétionnaires, des lignes directrices générales devraient mener leurs décisions. »*<sup>106</sup>

Si l'exercice des poursuites par le Ministère public est encadré au Luxembourg par de telles directives, celle-ci ne sont cependant, en l'état actuel, pas encore publiées. Ce point pourrait être amendé en cas de reconnaissance d'une indépendance au Ministère public.

#### 2.7.3.1.2.4. *Quatrième correctif : L'obligation du Ministère public de rendre compte de ses activités générales.*

Il s'entend que le Ministère public se doit de rendre compte de la façon dont il apprécie la suite à donner aux faits dont il est saisi. Un compte rendu, incluant cette question, est, à l'heure actuelle, notamment effectué sous forme d'un rapport d'activité annuel transmis au Ministre de la Justice et publié ensemble avec le Rapport d'activité de ce dernier<sup>107</sup>. Il est complété par des informations notamment d'ordre statistique publiées sur le site Internet de la Justice<sup>108</sup>. Ce type de publications présente indiscutablement des potentialités de développement futur. Dans cet ordre d'idées, l'adminis-

104 Les Parquets généraux près des Cours de cassation n'assument traditionnellement pas une telle mission.

105 Avis du Parquet général du 19 août 2011 (Document parlementaire n° 6030), page 13, onzième alinéa.

106 CCPE, Avis précité, n° 9 (2014) sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du 17 décembre 2014, CCPE(2014)4Final, point 13.

107 Voir, en dernier lieu : le Rapport d'activité 2019 du Ministère de la Justice, publié le 1<sup>er</sup> avril 2020 :

<https://gouvernement.lu/fr/publications/rapport-activite/minist-justice/mjust/2019-rapport-activite-mjust.html> .

108 <https://justice.public.lu/fr/publications.html> .

tration judiciaire s'est dotée d'un service statistique aux fins de se donner les moyens de procéder à une analyse plus affinée de ses activités.

Une telle obligation du Ministère public de rendre compte de la façon dont les affaires sont traitées constitue la contrepartie de l'exigence de non-immixtion gouvernementale dans ce traitement.

Une solution similaire a été adoptée dans le cadre du Règlement de l'Union européenne concernant la création du Parquet européen. Ce dernier, s'il garantit l'indépendance du Parquet européen contre toute influence politique susceptible d'être exercée par les Etats membres ou les institutions, organes ou organismes de l'Union européenne, dispose, en contrepartie que « *le Parquet européen rend compte de ses activités générales au Parlement européen, au Conseil et à la Commission et publie des rapports annuels [sur ses activités générales]*<sup>109</sup>

Il importe de noter que cette obligation de rendre compte se limite, bien entendu, aux activités générales du Parquet européen. En effet, la garantie d'une poursuite pénale soustraite de toute influence politique induit deviendrait vaine si elle pouvait être contournée par des prises d'influence ou des intimidations exercées, sous le couvert de l'obligation de rendre compte, par des interpellations dans des affaires individuelles.

#### 2.7.3.1.2.5. Cinquième correctif : Les antidotes aux risques de refus excessifs de poursuites ou de poursuites excessives.

La reconnaissance constitutionnelle d'une garantie d'une poursuite pénale soustraite à toute influence du Gouvernement suscite, chez certains, la crainte de ne plus être en mesure de corriger, en cas de besoin, de possibles excès que le Ministère public serait susceptible de commettre dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites.

Ces excès hypothétiques consistent soit dans un risque de refus excessif de poursuivre certaines infractions, soit dans le risque inverse de la mise en oeuvre excessive de poursuites pénales.

La procédure pénale offre pourtant de puissants antidotes à ces deux risques, de sorte que les craintes y relatives ne sont pas fondées.

##### 2.7.3.1.2.5.1. Les antidotes aux risques de refus excessifs de poursuite.

L'opportunité des poursuites implique le pouvoir de ne pas poursuivre, pour des motifs d'opportunité, des infractions qui, en droit, seraient susceptibles de faire l'objet d'une poursuite. Le Ministère public est, par ailleurs, structuré d'une façon hiérarchique.

Il se pose dès lors la question de savoir si un Procureur d'Etat, voire le Procureur général d'Etat, ne pourrait pas, en théorie, pour des motifs discutables, imposer aux magistrats du Ministère public dont il a la charge de systématiquement refuser de poursuivre certaines catégories d'infractions qu'il considérerait comme ne pas mériter une poursuite.

Dans un Etat de droit il appartient au pouvoir législatif de définir les comportements qui sont sanctionnés par le droit pénal. Il appartient au pouvoir judiciaire d'appliquer ce droit aux cas concrets. Si cette application laisse une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la prise en considération d'éléments d'opportunité dans des cas d'espèce, il s'entend qu'il n'appartient pas plus au pouvoir judiciaire qu'au pouvoir exécutif de dispenser de l'exécution de la loi.

Il en suit qu'un Procureur général ne peut, pas plus que, en théorie, en l'état actuel formel du droit, le Ministre de la Justice, donner des injonctions négatives de poursuite, que ce soit dans les cas individuels ou d'une façon générale. Cette évidence est rappelée par l'article 20, paragraphe 2, du Code de procédure pénale, qui dispose que à l'égard des magistrats du Ministère public, le Procureur général d'Etat « *a les mêmes prérogatives que celles reconnues au ministre de la Justice à l'article [19 du Code précité]* ». Or, cet article 19, s'il permet au Ministre de la Justice de dénoncer au Procureur général d'Etat des infractions à la loi pénale dont il a connaissance et de lui enjoindre d'engager des poursuites, il ne lui permet, à l'inverse, pas de donner des injonctions négatives, qu'elles soient individuelles ou générales. Le Procureur général d'Etat ne peut donc pas non plus donner de telles injonctions.

Il est à préciser à ce sujet que les circulaires ou notes de service qui guident l'application par les magistrats du Ministère public du principe de l'opportunité des poursuites dans tel ou tel domaine

<sup>109</sup> Article 6, paragraphe 2, du Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en oeuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, précité.

d'infractions doivent évidemment respecter ces principes. Elles ne sauraient en aucun cas donner licence de s'abstenir systématiquement à poursuivre des infractions déterminées.

Cette interdiction des injonctions négatives s'applique bien évidemment aussi aux Procureurs d'Etat. Dans leur cas elle est même encore plus manifeste, parce qu'une telle injonction, outre d'être en soi illégale, mettrait de surcroît en cause la cohérence de l'application du droit pénal sur le territoire. Le Procureur général d'Etat serait dans un tel cas tenu d'exercer son autorité sur les Procureurs d'Etat, ainsi qu'il est prévu par l'article 20, paragraphe 1, du Code de procédure pénale et par l'article 70, alinéa 1, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

Des refus de poursuite dans des cas individuels, susceptibles d'être considérés comme excessifs, sont susceptibles de faire l'objet, comme rappelé ci-avant, d'un recours hiérarchique de la victime auprès du Procureur général d'Etat, qui est l'occasion de prendre connaissance et de corriger d'éventuelles insuffisances. Il s'ajoute que la victime garde le pouvoir de mettre elle-même en mouvement la poursuite pénale.

Ces sauvegardes légales et institutionnelles permettent ainsi de parer à tout risque théorique de refus excessifs, voire systématiques, de poursuite.

#### 2.7.3.1.2.5.2. Les antidotes aux risques de poursuites excessives.

Le Ministère public n'est, dans le système de l'opportunité des poursuites, contrairement à celui de la légalité des poursuites, pas tenu de poursuivre systématiquement toute infraction. Il peut donc légalement refuser à poursuivre pour des motifs d'opportunité. Cette possibilité légale de refus de poursuite ouvre le champ à de possibles discussions sur sa mise en oeuvre lorsque le Ministère public décide de poursuivre, donc sur l'opportunité de certaines poursuites.

En l'état actuel du droit, dont la Proposition de révision n'entend pas se départir<sup>110</sup>, le Ministre de la Justice n'est pas en droit de donner une injonction négative de poursuite à caractère individuel. Cette prohibition s'étend, nonobstant le silence du Commentaire sur ce point, à plus forte raison, aux injonctions négatives à caractère général, dès lors que « *il n'appartient [...] pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi* »<sup>111</sup>. Il a été vu ci-avant que cette prohibition s'applique également au Procureur général d'Etat, au regard de l'article 22, paragraphe 2, du Code de procédure pénale. En effet, si le législateur a sanctionné certains comportements par des peines pénales, la poursuite de ces infractions ne saurait en soi constituer un excès susceptible de donner légalement lieu à des ordres de non-poursuite. Il ne se conçoit donc pas que le Ministre de la Justice ou le Procureur général d'Etat interdise à un magistrat du Ministère public d'engager une poursuite que ce dernier croit nécessaire de mettre en oeuvre. Or, les motifs guidant le magistrat dans sa décision de poursuite pourraient ne pas être suffisamment éclairés.

En revanche, en l'état actuel formel du droit, le Ministre de la Justice est, en théorie, en droit de donner un ordre de poursuite. Ce même pouvoir est accordé au Procureur général d'Etat. Dans la pratique constante des dernières décennies, le Ministre de la Justice s'est abstenu de tels ordres et ceux du Procureur général d'Etat sont, hormis le cadre des recours hiérarchiques contre des décisions de classement prévus par l'article 23, paragraphe 5, du Code de procédure pénale, extrêmement rares. Il reste qu'il se conçoit en théorie que des ordres de poursuite puissent être émis pour des motifs partisans ou discutables. C'est précisément ce danger, de voir instrumentaliser la Justice pour des motifs politiques, qui a amené la Commission de Venise de retenir que, dans un Etat qui se veut de droit, le Gouvernement ne peut intervenir dans les affaires individuelles. Ce même danger peut, en théorie, également se présenter en ce qui concerne des ordres de poursuite du Procureur général d'Etat.

Le danger théorique de décisions de poursuite discutables est donc susceptible de se présenter tant dans le chef du magistrat du Ministère public saisi d'un dossier que dans celui de sa hiérarchie.

Le droit de la procédure pénale offre toutefois là encore des antidotes puissants.

<sup>110</sup> Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

<sup>111</sup> Idem et loc.cit.

S'agissant, d'une part, des ordres de poursuite, le projet de loi n° 7323<sup>112</sup> propose de façon judiciaire, en s'inspirant notamment de l'avis de la CCPE<sup>113</sup>, que si le Procureur général d'Etat peut enjoindre aux Procureurs d'Etat d'engager des poursuites, il doit émettre cet ordre « *par des instructions écrites et versées au dossier de la procédure* »<sup>114</sup>. Cette obligation de transparence prévient l'émission d'ordres mal réfléchis ou fondés sur des motifs inadéquats. Par ailleurs, l'article 16-2 du Code de procédure pénale dispose que si le magistrat du Ministère public ayant reçu un ordre de poursuite « *est tenu de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions qui lui sont données* », il « *développe librement les observations orales qu'il croit convenables au bien de la justice* ». Ce principe connu par la formule « *la plume est servie, mais la parole est libre* » tient compte de ce que le représentant du Ministère public, même s'il a reçu un tel ordre, n'est ni un fonctionnaire, ni, à plus forte raison, un agent du Gouvernement, mais un magistrat, qui, appelé à sauvegarder le droit, reste libre dans sa parole.

S'agissant, d'autre part, tant des ordres de poursuite que de décisions de poursuite adoptées par les magistrats du Ministère public, ces décisions sont soumises au contrôle des juridictions.

Deux cas de figure sont susceptibles d'être distingués de ce point de vue.

En premier lieu, un ordre ou une décision de poursuite peut être discutable parce que la poursuite se heurte à des obstacles de droit : les faits ne sont pas susceptibles de poursuite pénale, celle-ci est prescrite ou trouve un obstacle légal dans une immunité ou une cause de justification. Dans tous ces cas, la poursuite donnera lieu à une décision d'annulation, de non-lieu ou d'acquiescement.

En second lieu, un ordre ou une décision de poursuite peut également être discutable parce que les faits sont certes susceptibles d'être sanctionnés, mais que, au regard de son peu de gravité ou des circonstances particulières de la cause, cette sanction ne se justifie guère pour des motifs d'opportunité. Dans ce cas, le droit pénal offre un large éventail d'options aux juridictions saisies aux fins de ne prononcer qu'une peine d'amende<sup>115</sup>, ou une sanction pénale autre que l'emprisonnement ou l'amende<sup>116</sup>, d'assortir la peine d'un sursis simple<sup>117</sup> ou probatoire<sup>118</sup>, de prononcer un travail d'intérêt général ou même de suspendre le prononcé de la condamnation<sup>119</sup>. La décision du Ministère public de poursuivre, si elle saisit les juridictions, qui n'ont pas le pouvoir de se dessaisir pour des motifs d'opportunité, n'empêche donc pas celles-ci de tenir pleinement compte des circonstances particulières de la cause dans la détermination de la peine.

Une décision de poursuite est donc toujours soumise au contrôle et à l'appréciation des juridictions. Tout abus éventuel est, partant, nécessairement sanctionné par celles-ci, que ce soit par une décision d'annulation, de non-lieu ou d'acquiescement ou par une condamnation à une peine réduite, voire symbolique.

Un magistrat du Ministère public qui, de façon répétée, introduirait à mauvais escient des poursuites pénales non justifiables se verrait forcément brisé dans son élan par les juridictions. Les ordres ou décisions de poursuite étant soumis à contrôle juridictionnel quant à leur légalité, leur opportunité et leur bien-fondé, tout dérapage sera aussitôt et nécessairement sanctionné. Cette évidence constitue un remède efficace contre toute témérité irréfléchie.

Un Ministère public qui ne veut se décrédibiliser s'abstiendra de saisir les juridictions de causes perdues d'avance. Il prendra le plus grand soin de veiller à se limiter dans toute la mesure du possible à n'engager que des poursuites pénales qui se justifient en fait et en droit. Si cet idéal n'est pas toujours atteint, il reste que l'extrême majorité des poursuites pénales engagées par le Ministère public se terminent par des condamnations ou par des décisions conformes à ses réquisitions. Ce résultat s'explique

112 Projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice.

113 CCPE, Avis n° 9 (2014) sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du 17 décembre 2014, CCPE(2014)4Final, point 41 : « *Dans un Etat de droit, lorsque le ministère public est hiérarchisé, l'efficacité des poursuites est, en ce qui concerne les procureurs, indissociable de la nécessité de disposer d'instructions transparentes émanant de l'autorité hiérarchique, de l'obligation de rendre compte à celle-ci et de la responsabilité* » (c'est nous qui soulignons).

114 Article 52, point 4, du projet de loi n° 7323, proposant de modifier l'article 20 du Code de procédure pénale (Document parlementaire n° 7323, page 12).

115 Article 20 du Code pénal.

116 Article 17 du même Code.

117 Articles 626 à 628-2 du Code de procédure pénale.

118 Articles 629 à 634-1 du même Code.

119 Articles 619 à 625-3 du Code de procédure pénale.

par la prudence qu'inspire le spectre du contrôle juridictionnel systématique de toutes les décisions de poursuite.

Il n'est donc pas à craindre qu'un Ministère public, même indépendant, risquerait de multiplier des poursuites injustifiables ou, à l'inverse, s'abstiendrait systématiquement de poursuivre.

*2.7.3.2. Un argument qui n'est pas de nature à justifier l'immixtion du Gouvernement dans les décisions de poursuite du Ministère public.*

Le Commentaire de l'article 87 justifie l'intervention du Gouvernement dans les décisions de poursuite du Ministère public par un prétendu risque d'arbitraire de l'exercice par ce dernier de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites. Il a été vu ci-avant, au point 2.7.3.1., que cette crainte repose sur une mauvaise compréhension de ce pouvoir et de ses correctifs. Il importe à présent de s'interroger si le Gouvernement est le mieux placé pour corriger ces risques allégués d'abus.

Le risque ainsi dénoncé, qui, ainsi qu'il a été vu, est très théorique et qui est contrebalancé par de très nombreux garde-fous, est, en effet, à mettre en balance avec le risque inverse d'une ingérence injustifiée du Gouvernement dans le traitement des poursuites pénales.

Ce risque d'ingérence induite est susceptible de se présenter de deux façons différentes, qui ne sont cependant que deux faces d'une même médaille.

Il existe de ce point de vue, d'une part, le risque de voir un Gouvernement instrumentaliser le Ministère public aux fins de poursuivre, pour des motifs de revanche politique ou de calcul électoral, des adversaires politiques ou des catégories désignées de personnes. Si, il y a peu, la possibilité même de tels desseins était inimaginable dans les démocraties occidentales, l'histoire contemporaine en fournit de nos jours malheureusement de trop nombreux exemples. S'il n'est évidemment pas soutenu que les responsables politiques luxembourgeois actuels poursuivent de tels projets, il ne peut, surtout dans le cadre de l'élaboration d'un texte constitutionnel, être fait abstraction de possibles développements futurs, qu'une Constitution se doit de déjouer par des garanties formelles indiscutables.

De façon corrélative, il existe, d'autre part, le risque de voir un Gouvernement, par des ordres de poursuite ou des directives de politique criminelle intempestifs, obliger le Ministère public d'épuiser les ressources de l'appareil judiciaire et policier dans le cadre de poursuites qui répondent à des calculs électoraux aux fins de l'empêcher à exercer de façon convenable des poursuites dans des domaines qui dérangent davantage le pouvoir politique.

Ce double risque, qui doit être déjoué par tout Etat de droit, de toute préférence dans la Constitution, est source potentielle d'un mal qui est bien pire que celui, de surcroît mal compris et largement imaginaire, dont il se veut être le remède.

Les Gouvernements successifs ont, jusqu'à présent, toujours refusé de se laisser tenter par de tels mirages. Ils ont été constants à renoncer à exercer les pouvoirs que la loi leur conférait. Cette sage attitude se comprend parfaitement.

L'exercice du pouvoir d'injonction par le Gouvernement soulève, en effet, deux difficultés redoutables pour ce dernier.

D'une part, « lorsque le parquet n'est pas totalement indépendant du pouvoir politique et que les poursuites sont liées à un principe d'appréciation ou d'arbitrage qualifié d'« opportunité », déduit d'une politique criminelle décidée en concertation voire sous la tutelle d'un ministre, la voie est ouverte à la manipulation mais avant tout au soupçon et au discrédit, que ce soit au moment de l'ouverture d'une enquête ou lors d'un classement sans suite »<sup>120</sup>. Cette apparence de « politisation de la justice »<sup>121</sup> risque alors de susciter « le venin de la suspicion »<sup>122</sup>.

D'autre part, l'exercice de ce pouvoir est pour le Ministre de la Justice « le plus encombrant et le plus dangereux des présents [puisqu'] il lui sera bien difficile de refuser d'accueillir les requêtes

<sup>120</sup> Manuela CADELLI, Classement sans suite et opportunité des poursuites: à quand la fin du soupçon ?, Journal (belge) des tribunaux, 2019, pages 818 et suivantes, n° 4, page 819.

<sup>121</sup> Audition, du 5 février 2020, de M. François MOLINS, Procureur général près la Cour de cassation française, par la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale française sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, Compte rendu publié sur le site Internet de l'Assemblée nationale, page 5, quatrième alinéa.

<sup>122</sup> Idem, page 3, dernier alinéa, citant son prédécesseur Jean-Louis NADAL.

*vigoureusement appuyées qu'il peut écarter aujourd'hui [au regard de la pratique constante de non-exercice de ce pouvoir] par une simple déclaration à défaut de pouvoirs »<sup>123</sup>.*

Ce « *venin de la suspicion* »<sup>124</sup> risque de se répandre d'une façon encore plus dangereuse dans un pays d'une taille aussi réduite que le Luxembourg, dans lequel l'exercice par le Ministre du pouvoir d'injonction risque d'être systématiquement perçu comme une faveur personnelle accordée au plaignant et/ou une attaque personnelle dirigée contre le suspect.

Ce venin se répandrait d'autant plus facilement si à l'avenir un Ministre, se prévalant du revirement inexplicable opéré en 2020 dans le cadre des travaux de réforme constitutionnelle, voudrait s'affranchir de la pratique constante contraire en intervenant soudainement dans un domaine – du traitement des poursuites – dans lequel ses prédécesseurs se sont à bon escient abstenus d'intervenir.

La possibilité même de cette intervention, qui ne saurait être sérieusement justifiée de façon pertinente par le souhait de prévenir de prétendus risques d'abus de l'application du principe d'opportunité des poursuites, heurte dès lors les principes d'un Etat de droit, qui suppose que le Ministère public agisse sur la base du droit et non de l'opportunité politique<sup>125</sup>, ce qui implique l'impossibilité pour le Gouvernement de donner au Ministère public des instructions dans les affaires individuelles<sup>126</sup> et le respect du principe de l'indépendance du Ministère public<sup>127</sup>.

Le Conseil d'Etat vient, dans cet ordre d'idées, de rendre attentif à ce que l'exercice par le Ministre de la Justice de la prérogative d'enjoindre au Procureur général d'Etat d'exercer des poursuites « *n'est pas conforme à la logique de la séparation des pouvoirs et au statut du ministère public en tant qu'autorité faisant partie du pouvoir judiciaire* »<sup>128</sup>.

En effet, « *la force du ministère public doit être son impartialité [et] l'exercice de l'action publique a été confié à des magistrats parce que le législateur a voulu que la société trouvât un défenseur vigilant sans doute, mais aussi impartial* »<sup>129</sup>.

#### ***2.7.4. Est-ce que l'état du droit actuel des rapports entre le Gouvernement et le Ministère public est décrit de façon pertinente en se limitant à se référer aux lois qui régissent ces rapports, à l'exclusion de la pratique ?***

Pour justifier la suppression de toute garantie constitutionnelle d'indépendance du Ministère public, le Commentaire de l'article 87 se réfère à, ce qu'il présente comme étant, l'état de droit constant (« *de lege lata* »), qui serait caractérisé par, d'une part, le fait que les fonctions du Ministère public sont exercées sous l'autorité du Ministre de la Justice et, d'autre part, le pouvoir du Ministre de donner des injonctions de poursuite individuelles<sup>130</sup>. Cet argument suggère que la suppression de cette garantie n'aurait pas d'autre effet que de maintenir le droit constant actuel.

Il méconnaît que les textes légaux cités sont insuffisants pour décrire l'état du droit. Ce dernier ne se réduit, en effet, pas aux textes, mais suppose la prise en considération de la pratique. L'état du droit n'est précisément pas décrit de façon correcte en se référant exclusivement à des textes qui sont en fait tombés en désuétude.

Cette nécessaire prise en considération de la pratique constitue un impératif familier à quiconque est appelé à interpréter la Constitution luxembourgeoise. Celle-ci, qui date de 1868, comporte, à titre d'illustration, de très nombreuses références aux pouvoirs exercés par le Grand-Duc. A ne s'en tenir qu'à la lettre de la Constitution, ce dernier occupe une place prépondérante dans l'exercice du pouvoir.

123 R. HAYOT DE TERMICOURT, *Propos sur le Ministère public*, 1936, pages 961 et suivantes, voir page 1000.

124 Audition, précité, du 5 février 2020, de M. François MOLINS, page 3, dernier alinéa, citant son prédécesseur Jean-Louis NADAL.

125 Commission de Venise, *Liste des critères d'un Etat de droit*, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23.

126 Idem, *Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public*, Etude n° 494/2008 du 3 janvier 2011, CDL-AD(2010)040, n° 30, page 7.

127 Arrêt *Kövesi c. Roumanie*, précité, § 208.

128 Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le Projet de loi n° 7323, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323-10), page 16, dernier alinéa.

129 TERMICOURT, *op.cit.*, *loc.cit.*

130 Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

Le lecteur non averti pourrait être amené à conclure que l'essentiel du pouvoir repose entre les mains du chef de l'Etat et que le régime politique du Luxembourg confine à celui d'une monarchie absolue. La réalité constitutionnelle est évidemment différente. La réalité du pouvoir politique repose entre les mains du Gouvernement, soutenu par une majorité parlementaire. Cette réalité n'est pas retracée d'une façon suffisante par le texte de la Constitution, mais suppose la prise en considération de la pratique constitutionnelle.

De façon similaire, le statut du Ministère public n'est pas décrit de façon adéquate en se limitant à se référer aux lois, tout en négligeant la pratique. Si les lois disposent que le Ministère public exerce ses fonctions sous l'autorité du Ministre de la Justice et que ce dernier est en droit d'émettre des injonctions de poursuite individuelles, le Ministre a en fait renoncé depuis de longues années à exercer ces prérogatives. Le réel état de droit est décrit comme suit par l'Exposé des motifs du projet de loi n° 7323 :

*« Il est admis que le ministère public a toujours été indépendant dans les faits »*<sup>131</sup>.

Le but de la réforme constitutionnelle et du projet de loi n° 7323, qui a voulu en anticiper certains aspects, à savoir la création d'un Conseil national de la Justice et la confirmation de l'indépendance du Ministère public, a été d'harmoniser les textes avec la pratique :

*« Toujours est-il que la Constitution et les textes législatifs ne reflètent pas clairement cette indépendance. Dans le cadre de la présente réforme, l'objectif recherché est de réconcilier les textes et la pratique en consacrant législativement l'indépendance du ministère public »*<sup>132</sup>.

L'argument, invoqué dans le Commentaire de l'article 87, tiré de ce que l'état de droit actuel consacre un Ministère public placé sous l'autorité du Ministre de la Justice et réceptif d'injonctions de poursuite de ce dernier, de sorte que l'abandon de la disposition constitutionnelle consacrant l'indépendance du Ministère public n'a que pour effet de confirmer le droit constant, est non seulement mal fondé, mais induit en erreur. L'abandon de la confirmation du principe de l'indépendance du Ministère public n'a pas pour effet de consacrer le droit constant. Il ne laisse pas non plus la question ouverte, en l'abandonnant au législateur. Le refus de toute garantie constitutionnelle d'un principe d'indépendance ensemble avec le rappel de la loi soumettant le Ministère public sous l'autorité du Gouvernement exprime le souhait de revenir en arrière, à un état de droit dépassé, datant de la période napoléonienne, donc d'il y a deux cents ans, et de mettre un terme à une pratique constante contraire. Cette pratique a été, faut-il le rappeler, caractérisée par une abstention constante, sous réserve de très rares exceptions<sup>133</sup>, du Gouvernement d'intervenir dans le traitement des poursuites pénales, que ce soit sous forme d'injonctions de poursuites individuelles ou de directives de politique criminelle. Le Conseil d'Etat vient à ce sujet de constater que la prérogative ministérielle d'enjoindre l'exercice de poursuites « n'est plus exercée depuis le milieu du XXe siècle »<sup>134</sup>.

Contrairement à ce que l'argument suggère, la suppression de toute garantie constitutionnelle d'une quelconque indépendance du Ministère public, ne consacre donc nullement le droit constant, mais constitue un retour en arrière séculaire, qui, comme il a été précisé, n'est pas motivé et qui n'est pas conciliable avec les exigences d'un Etat de droit, qui en 2020 ne sont plus celles de 1810<sup>135</sup>, voire de 1790<sup>136</sup>.

### ***2.7.5. Est-ce que le Gouvernement est en droit de dispenser de l'exécution de la loi dans des cas autres que l'injonction négative individuelle ?***

Dans le souci sans doute de rassurer, le Commentaire de l'article 87 précise que le refus de toute garantie constitutionnelle d'ingérence du Gouvernement dans le traitement des poursuites pénales ne serait pas de nature à remettre en question que « l'injonction négative individuelle est interdite »<sup>137</sup>,

<sup>131</sup> Document parlementaire n° 7323, page 28, deuxième alinéa.

<sup>132</sup> Idem et loc.cit. La réforme à laquelle il est fait allusion est celle proposée par le projet de loi n° 7323.

<sup>133</sup> Robert BIEVER, Considérations sur le Ministère public, Pasirisie, 35, pages 103 et suivantes.

<sup>134</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le Projet de loi n° 7323, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323-10), page 16, dernier alinéa.

<sup>135</sup> Il est fait référence à la Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice.

<sup>136</sup> Voir le décret des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui dispose dans son Titre VIII, article 1<sup>er</sup>, que « les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux ».

<sup>137</sup> Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

ce qui serait « évident »<sup>138</sup> puisque « il n'appartient en effet pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi »<sup>139</sup>.

La précision ne saurait réellement rassurer, puisqu'elle n'est pas consacrée par la Constitution, donc ne constitue qu'une déclaration d'intention dans les travaux préparatoires qui n'est pas de nature à mettre en échec des lois futures contraires.

Elle présente surtout la difficulté, relevée ci-avant, sous 2.3., qu'elle implique que le Gouvernement serait en droit d'émettre des injonctions négatives à caractère général. Or, cette solution serait contraire à celle retenue par le droit constitutionnel belge. Elle reviendrait aussi à permettre au pouvoir exécutif de dispenser de l'exécution de la loi, et ce de surcroît dans le cadre d'injonctions à caractère général, dont la portée serait donc encore plus large que celle d'injonctions individuelles.

### **2.7.6. Est-ce que le Gouvernement devrait disposer du droit d'injonction positive individuelle ?**

Si le Commentaire de l'article 87 rappelle que le Gouvernement ne saurait donner des injonctions négatives individuelles (tout comme il ne saurait, à plus forte raison, donner des injonctions négatives à caractère général), il insiste que le Gouvernement devrait disposer d'un droit d'injonction positive individuelle<sup>140</sup>. Cette prérogative ferait partie du droit constant (« *de lege lata* »)<sup>141</sup>.

Ainsi qu'il a été vu ci-avant, sous 2.7.4., le droit d'injonction positive individuelle, s'il est consacré par la loi, n'a toutefois plus été exercé depuis de longues années par le Gouvernement. L'état de droit actuel n'est donc pas décrit de façon adéquate et complète sans cette précision.

L'insistance sur cette prérogative constitue une volte-face par rapport aux travaux de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle effectués depuis 2009 dans le cadre de la Proposition de révision n° 6030. Le père de cette Proposition, le député Paul-Henri MEYERS, soutenu par la Commission, l'avait à bon escient abandonné, se départant sur ce point de l'article 151 de la Constitution belge, qui servit par ailleurs comme modèle pour sa proposition de texte<sup>142</sup>. Cet abandon n'a à aucun moment été remis en cause par la Commission pendant les neuf ans des travaux ayant débouché sur l'adoption, en plein consensus, du texte final en juin 2018.

Ce revirement, qui, comme exposé ci-avant sous 2.7.3., se fonde sur des motifs non pertinents, expose la justice pénale au risque d'une ingérence politique indue. Il est, pour les raisons précisées sous 2.7.3.2., de nature à favoriser la diffusion du « *venin de la suspicion* »<sup>143</sup> d'une instrumentalisation de la Justice par le Gouvernement. Il constitue pour ce dernier un cadeau empoisonné ou une lame à double tranchant, puisqu'il l'expose inexorablement aux sollicitations de plaignants souhaitant se ménager une nouvelle voie de recours. Si ce droit a été jugé non adéquat pour un pays de la taille de la France, qui l'a abandonné en 2013, il soulève des problèmes incommensurablement plus importants dans un pays à taille aussi réduite que le Luxembourg, où chaque injonction est forcément perçue comme une faveur personnelle du Gouvernement à l'égard du plaignant et/ou une rancune à l'égard du suspect. Ces motifs expliquent et justifient l'abandon de l'exercice de ce droit par le Gouvernement depuis des décennies et le refus de sa prise en considération par la Proposition de révision n° 6030.

La décision de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de l'abandonner dès la première version de la Proposition de révision n° 6030 de 2009, a été prémonitoire, puisque la Commission de Venise a entretemps précisé qu'un Etat de droit suppose que le Ministère public agisse sur la base du droit et non de l'opportunité politique<sup>144</sup>, une exigence qui est mise en cause par une

138 Idem et loc.cit

139 Idem et loc.cit

140 Document parlementaire n° 7575, page 7, premier alinéa.

141 Idem, page 6, dernier alinéa.

142 Document parlementaire n° 6030, page 45, troisième alinéa.

143 Audition, précitée, du 5 février 2020, de M. François MOLINS, page 3, dernier alinéa, citant son prédécesseur Jean-Louis NADAL.

144 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, I Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23.



prérogative d'injonction de poursuites individuelles<sup>145</sup>, qui, par son ingérence dans le traitement des affaires individuelles, méconnaît le principe de l'indépendance du Ministère public<sup>146</sup>.

Ainsi qu'il a été rappelé ci-avant, le Conseil d'Etat vient de préciser à ce sujet que la prérogative du Ministre de la Justice d'enjoindre le Procureur général d'Etat d'engager des poursuites « *outré qu'elle n'est plus exercée depuis le milieu du XXe siècle, n'est pas conforme à la logique de la séparation des pouvoirs et au statut du ministère public en tant qu'autorité faisant partie du pouvoir judiciaire* »<sup>147</sup>.

### 2.7.7. Est-ce que le Gouvernement devrait disposer du droit de donner des directives de politique criminelle ?

Le Commentaire de l'article 87 précise « *que le texte proposé laisse intact la possibilité pour le pouvoir législatif et/ou le pouvoir exécutif d'élaborer une politique en matière criminelle* »<sup>148</sup>.

Cette phrase, à la prendre à la lettre, se limite à rappeler une évidence, à savoir que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont en mesure d'élaborer une politique en matière criminelle. Le terme de « *politique criminelle* » est en général compris comme ayant « *pour objet de tenter de proposer des réponses à la délinquance de la part de l'Etat ou de la société* »<sup>149</sup>. Il désigne donc « *l'ensemble de la stratégie, y compris législative, civile ou administrative, que la société destine à lutter contre l'insécurité publique* »<sup>150</sup>.

Ce terme « *ne se réduit pas au droit pénal, à la détermination des infractions et des peines, mais s'étend à l'organisation judiciaire, à l'organisation et au travail de la police, à l'exécution des peines, à la procédure pénale et, au-delà, aux mesures de prévention de la délinquance, tels l'assistance sociale et l'encadrement ou le soutien de populations fragiles, la prévention routière, la lutte contre le trafic de stupéfiants etc.* »<sup>151</sup>.

Ainsi comprise, la compétence des pouvoirs législatifs et exécutifs d'élaborer une politique criminelle est sans rapport avec la question de savoir si le Ministère public est indépendant dans l'exercice de l'action publique, donc dans l'appréciation au cas par cas, au regard des circonstances de l'espèce, de la suite à donner aux infractions dont il reçoit connaissance. La mission de ce dernier se limite à appliquer d'une façon impartiale la loi pénale aux cas d'espèces dans le respect de la procédure pénale avec l'assistance des officiers et agents de police judiciaire qui sont à cette fin mis à sa disposition. En revanche, la « *politique criminelle* » comprise dans le sens précité a dans ce contexte pour objet de définir le domaine et la portée du droit pénal, de la procédure pénale et de l'organisation des services policiers.

La « *politique criminelle* » ainsi comprise et l'exercice de l'action publique ne sont donc pas susceptibles de se trouver en conflit. Dans cette logique l'article 99 de la Proposition de révision n° 6030, ayant retenu que le « *le ministère public est indépendant dans l'exercice [des] fonctions [consistant à exercer l'action publique] n'a, pas moins que l'actuel article 87 de la Proposition de révision n° 7575, ne comportant plus cette précision, « laiss[é] intact la possibilité pour le pouvoir législatif et/ou le pouvoir exécutif d'élaborer une politique en matière criminelle* »<sup>152</sup>.

Toutefois les auteurs du Commentaire ont sans doute en réalité voulu dire que l'abandon de la garantie d'indépendance du Ministère public dans l'exercice des poursuites pénales est une condition pour laisser intact le pouvoir du Parlement et du Gouvernement d'élaborer une politique criminelle. Dans cette lecture cette indépendance constituerait donc un obstacle à l'exercice de ce pouvoir.

145 Idem, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, Etude n° 494/2008 du 3 janvier 2011, CDL-AD(2010)040, n° 30, page 7.

146 Arrêt *Kövesi c. Roumanie*, précité, § 208.

147 Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le projet de loi n° 7323, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323-10), page 16, dernier alinéa.

148 Document parlementaire n° 7575, page 7, premier alinéa.

149 Avis du Parquet général du 19 août 2011 (Document parlementaire n° 6030-8), page 11, dernier alinéa.

150 Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Justice internationale pénale : institutions – Avènement du système, par Aurélien LEMASSON, octobre 2019, n° 18, citant Mireille DELMAS-MARTY, Les grands systèmes de politique criminelle, Paris, France, PUF, 1992.

151 Avis précité du Parquet général du 19 août 2011 (Document parlementaire n° 6030-8), page 12, premier alinéa.

152 Document parlementaire n° 7575, page 7, premier alinéa.

La « politique en matière criminelle » ainsi visée est dès lors, à bien comprendre, ce que le droit français désigne, par opposition à la « politique criminelle », comme « *politique pénale* »<sup>153</sup>, qui « *consiste, face à la délinquance existante, à orienter les moyens disponibles de répression vers les infractions estimées les plus nuisibles à l'ordre social* »<sup>154</sup>. Il s'agit donc d'une « *politique d'action publique* »<sup>155</sup>.

Ainsi qu'il a été relevé ci-avant sous 2.1., la Proposition de révision n° 6030 avait, dans sa version originale de 2009, suggéré de s'inspirer de l'article 151 de la Constitution belge, en retenant que « *Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite* »<sup>156</sup>.

Cette notion de « *directives générales de politique criminelle* » trouve son origine en droit belge dans une loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux, qui l'a inséré au Code judiciaire belge<sup>157</sup>. Au cours des travaux préparatoires de cette loi il a été précisé que « *la politique criminelle telle qu'est visée ici ne comprend ni la politique préventive ni la politique pénitentiaire [et que] la politique criminelle telle qu'elle est visée ne couvre pas les mesures qui sont de la compétence du législateur* »<sup>158</sup>. Ces directives ne peuvent, d'abord, avoir pour objet « *l'injonction qui serait donnée par le ministre de la Justice de ne pas entamer de poursuites dans une affaire déterminée ou de mettre fin à des poursuites déjà entamées [ce qui serait] en effet, de nature à méconnaître les articles 10 et 11 de la Constitution [belge, similaires à l'article 10bis de la Constitution luxembourgeoise] qui garantissent l'égalité des citoyens* »<sup>159</sup>. Elles ne peuvent, ensuite, avoir pour objet de permettre au Ministre de la Justice d'« *adresser une injonction négative à caractère général par laquelle il empêcherait le ministère public d'entamer des poursuites dans tous les cas d'application de tel ou tel texte de loi pénale* »<sup>160</sup>. En effet, « *le ministère public exerce l'action que la Nation lui a déléguée sans qu'il soit permis à l'exécutif d'interférer dans l'exercice de celle-ci* »<sup>161</sup>. Finalement, « *une directive ne peut ignorer la loi [ce qui implique que] le ministre ne peut se substituer au législateur* »<sup>162</sup>.

Eu égard à toutes ces limites, il se pose la question de savoir quel peut bien être l'objet de ces directives. Les travaux préparatoires belge tentent d'en donner la description suivante :

« *Les directives de politique criminelle visent à arrêter des critères et des modalités permettant une application différenciée de la loi. Il ne saurait toutefois être question, dans ce cadre, d'une politique de tolérance. En guise d'exemples de ce qu'une directive pourrait prévoir, le ministre souligne qu'elle pourra fixer les critères précisant dans quels cas on doit agir contre une secte, déterminer la vitesse à partir de laquelle un permis de conduire doit être retiré, établir des scénarios en cas de prise d'otages ou de disparition ou encore préconiser l'application de sanctions administratives ou pénales.* »<sup>163</sup>.

Il est à relever que ces directives se sont vus reconnaître en droit belge un caractère contraignant. Le Conseil d'Etat belge s'était pourtant, à juste titre, opposé à cette disposition aux motifs qu'elle contrevient « *aux règles et principes traditionnellement admis en la matière* »<sup>164</sup>, à savoir « *que le*

153 Articles 30, alinéa 4, 35, alinéa 3, et 39-1, alinéa 1, du Code de procédure pénale français.

154 Répertoire Dalloz Droit pénal, V° Ministère public, par François MOLINS, mars 2014, n° 60.

155 Idem et loc.cit.

156 Document parlementaire n° 6030, page 18 (c'est nous qui soulignons).

157 Actuellement l'article 143<sup>quater</sup> du Code judiciaire belge : « Le ministre de la Justice arrête les directives de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite après avoir pris l'avis du collège des procureurs généraux. Ces directives sont contraignantes pour tous les membres du ministère public. Les procureurs généraux près les cours d'appel veillent à l'exécution de ces directives au sein de leur ressort. ».

158 Exposé des motifs, Sénat de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 447 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral), Document n° 1-447/1, page 2, avant-dernier et dernier alinéas.

159 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants de Belgique, Réponse du Ministre, Chambre des Représentants de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 867 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral), Document 867/6, page 17, quatrième alinéa.

160 Idem, même page, cinquième alinéa.

161 Idem et loc.cit, citant l'avis du Conseil d'Etat belge relatif au projet de loi.

162 Idem, même page, sixième alinéa.

163 Idem, même page, dernier alinéa.

164 Avis du Conseil d'Etat belge, Sénat de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 447 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral), Document n° 1-447/1, page 22, avant-dernier alinéa.

*ministère public exerce l'action que la Nation lui a déléguée sans qu'il soit permis à l'exécutif d'interférer dans l'exercice de celle-ci* »<sup>165</sup> et que si, au regard des textes, le Ministère public exerce ses fonctions sous l'autorité du Ministre de la Justice, cette « *formulation [...] ne permet pas d'adresser au ministère public une injonction tendant à l'arrêt des poursuites, ni de se substituer au ministère public dans l'exercice de ses attributions* »<sup>166</sup>. Il a également relevé que le caractère contraignant des directives constitue une double atteinte aux compétences du législateur. En effet, d'une part, ce caractère contraignant peut avoir pour effet d'adopter « *des règles déterminant ou aboutissant à déterminer le statut les attributions des membres du ministère public* »<sup>167</sup>, ce qui constitue une matière réservée au législateur. D'autre part, dans la mesure où ces « *mesures à caractère contraignant [...] sont susceptibles d'influer sur la situation des tiers et d'opérer, à leur égard, comme de véritables règles de droit* »<sup>168</sup>, elles empiètent d'un second point de vue sur les compétences du législateur. Aux fins d'éviter cette difficulté, les directives devraient se limiter à contenir « *des lignes de conduite destinées à guider et à inspirer – mais non pas à lier directement et inconditionnellement – les membres du ministère public dans l'exercice de leurs fonctions* »<sup>169</sup>.

Ce caractère contraignant viole, partant, le principe de la séparation des pouvoirs<sup>170</sup>. C'est donc à juste titre que le Proposition de révision n° 6030 du député Paul-Henri MEYERS de 2009, si elle s'est inspirée de l'article 151 de la Constitution belge, n'a pas repris le caractère « *contraignant* » des directives de politique criminelle y prévu<sup>171</sup>.

Le Conseil d'Etat a, par les motifs cités ci-avant au point 2.1., proposé d'abandonner la référence à ces directives de politique criminelle au regard notamment de l'empiètement qu'elles sont susceptibles d'opérer sur les attributions du pouvoir législatif. De telles directives, même si elles ne sont pas contraignantes, se réduisent, en effet, finalement à recommander à ne pas appliquer la loi. Cette recommandation peut être directe, en incitant à ne pas poursuivre des infractions déterminées dans des conditions déterminées. Elle peut également être indirecte, en incitant à se concentrer sur la poursuite de certaines catégories d'infractions, que le Gouvernement juge prioritaires, ce qui, au regard du caractère fini des ressources en termes de temps et de personnel des autorités judiciaires et des services de police, implique, implicitement mais nécessairement, de délaissé, ou en tout cas de négliger, d'autres catégories d'infractions.

Il est donc difficile d'imaginer une directive qui ne puisse être comprise comme une injonction négative à caractère général, qui est pourtant prohibée parce que, comme le constate à juste titre le Commentaire de l'article 87 « *il n'appartient en effet pas à l'exécutif de dispenser de l'exécution de la loi* »<sup>172</sup>.

Il est par ailleurs difficile de concevoir une directive qui n'ait pas finalement pour objet ou pour effet de mettre le Ministre de la Justice en mesure « *de se substituer au ministère public dans l'exercice de ses attributions* »<sup>173</sup>. Or, un tel empiètement de pouvoirs est incompatible même dans un système qui accorde au Ministre de la Justice autorité sur le Ministère public<sup>174</sup>, étant donné que ce dernier « *exerce l'action que la Nation lui a déléguée sans qu'il soit permis à l'exécutif d'interférer dans l'exercice de celle-ci* »<sup>175</sup>.

Il y a lieu dans cet ordre d'idées – de la Nation<sup>176</sup> déléguant l'exercice de l'action publique au Ministère public – de relever qu'un auteur français a rendu attentif à ce que « *l'idée consacrée par les*

165 Idem, même page, troisième alinéa.

166 Idem, même page, premier alinéa.

167 Idem, page 23, quatrième alinéa.

168 Idem, même page, cinquième alinéa.

169 Idem et loc.cit.

170 Damien VANDERMEERSCH et Olivier KLEES, La réforme Franchimont, Journal (belge) des tribunaux, 1998, pages 417 et suivantes, voir note de bas de page n° 50.

171 Document parlementaire n° 6030, page 45, troisième alinéa.

172 Document parlementaire n° 7575, page 6, dernier alinéa.

173 Avis du Conseil d'Etat belge, Sénat de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 447 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral), Document n° 1-447/1, page 22, premier alinéa.

174 Idem et loc.cit.

175 Idem, même page, troisième alinéa.

176 Voir, à ce sujet, l'article 32, paragraphe 1, de la Constitution, issue de la Révision du 15 mai 1919 : « *La puissance souveraine réside dans la Nation* ».

textes napoléoniens d'un ministère public « agent du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » procède d'une complète erreur historique »<sup>177</sup> :

« Le droit de poursuivre les infractions, dès lors qu'il est retiré à leur victime directe, ne peut être que l'apanage du pouvoir souverain tel qu'il est défini dans la société considérée. Il était donc parfaitement logique que les agents du ministère public fussent dits officiers du Roi dans l'ancien régime parce que le Roi était le seul titulaire de la souveraineté. Il n'est pas exact, par contre, d'avoir fait de ce ministère public, par une transposition en quelque sorte littérale, les agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux parce que dans la société démocratique post révolutionnaire, le gouvernement n'est pas le pouvoir souverain. Depuis la Révolution, le pouvoir souverain réside dans la Nation et les officiers du Ministère public auraient dû être reconnus comme les agents de la Nation auprès des tribunaux. »<sup>178</sup>

Cette difficulté du Gouvernement d'émettre des « directives de politique générale » sans empiéter, le cas échéant cumulativement, sur les attributions du pouvoir législatif et sur celles du Ministère public, dont les magistrats sont chargés d'exercer de façon impartiale l'action publique, donc l'application au cas d'espèce de la loi pénale, définie par le pouvoir législatif, aux cas d'espèces permet sans doute d'expliquer pourquoi le Gouvernement s'est, jusqu'à présent, abstenu d'émettre de telles directives, qui sont inconnues dans la pratique luxembourgeoise<sup>179</sup>.

Au regard de ce fait il ne saurait être soutenu, comme paraît le faire, à bien comprendre, le Commentaire de l'article 87, que le texte proposé « *laisse intact* »<sup>180</sup> la possibilité pour le Gouvernement d'émettre des directives de politique criminelle à l'égard du Ministère public. Cette formule suggère la permanence d'une pratique qui ne se vérifie pas. La volonté affichée de faire à l'avenir, le cas échéant, usage de « *la possibilité pour le pouvoir législatif et/ou le pouvoir exécutif d'élaborer une politique en matière criminelle* »<sup>181</sup>, ce qui, dans le contexte de l'abandon d'une disposition garantissant l'indépendance du Ministère public, ne peut que signifier la volonté d'adresser à ce dernier des directives en cette matière, constitue dès lors une innovation, qui tranche avec la pratique séculaire.

La volonté sous-jacente au refus de toute garantie d'indépendance du Ministère public ne se limite donc sur ce point pas à sauvegarder le *statu quo*, mais de permettre à l'avenir une extension de l'emprise du Gouvernement sur le Ministère public.

Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi belge du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux, qui a créé dans ce droit les « directives générales de politique criminelle », certains parlementaires ont souligné à juste titre que cette loi était susceptible d'avoir pour effet de voir « *le ministère public [...] transformé en un instrument placé entre les mains du ministre* »<sup>182</sup>, engendrant « *le risque d'une politisation de la politique criminelle* »<sup>183</sup>, qui était susceptible de se manifester tant par « *une politique de tolérance* »<sup>184</sup> que par « *une véritable répression politique* »<sup>185</sup>.

De telles potentialités, qui méconnaissent que « *lors des poursuites, [le Ministère public] doit [...] agir en toute indépendance et relève du pouvoir judiciaire* »<sup>186</sup>, ce qui constitue au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme un principe à respecter par les Etats membres

177 Michèle-Laure RASSAT, Procédure pénale, Paris, France, Ellipses, 2C édition, 2013, page 186.

178 Idem et loc.cit. L'auteur poursuit en précisant que : « *Or, la Nation souveraine s'exprime de deux façons : par le vote de la loi et par le choix des gouvernements, deux valeurs qui devraient être également représentées auprès du troisième pouvoir que sont les tribunaux. Un ministère public bien conçu aurait dû être constitué de deux agents : un défenseur de la loi, magistrat indépendant, et un représentant du gouvernement, fonctionnaire soumis intervenant l'un et l'autre dans la poursuite pénale* ».

179 Avis du Parquet général du 19 août 2011 (Document parlementaire n° 6030-8), page 13, onzième alinéa.

180 Document parlementaire n° 7575, page 7, premier alinéa.

181 Idem et loc.cit.

182 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants de Belgique, Discussion générale, Remarque des membres, Chambre des Représentants de Belgique, Législature 49 (1995-1999), 867 (Projet de loi instituant le collège des procureurs généraux et créant la fonction de magistrat fédéral), Document 867/6, page 11, dernier alinéa.

183 Idem, page 12, quatrième alinéa.

184 Idem et loc.cit.

185 Idem et loc.cit.

186 Idem, même page, dernier alinéa.

du Conseil de l'Europe<sup>187</sup>, sont de nature à mettre en cause l'exigence à respecter par tout Etat de droit, de garantir que le Ministère public agisse sur base du droit et non de l'opportunité politique<sup>188</sup>.

C'est donc à juste titre que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle a suivi le Conseil d'Etat en abandonnant la référence faite à de telles directives dans la Proposition de révision n° 6030.

## 2.8. Conclusion

L'indépendance du Ministère public est, ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Kövesi c/ Roumanie*<sup>189</sup>, un principe qui, au regard des instruments du Conseil de l'Europe, constitue un élément crucial pour la préservation de l'indépendance de la justice.

Ce principe, qui fait partie des principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, doit, conformément aux critères à respecter par tout Etat de droit, rappelés par la Commission de Venise<sup>190</sup>, figurer dans la Constitution<sup>191</sup>.

Ce principe implique l'interdiction de toute injonction individuelle, qu'elle soit négative<sup>192</sup> ou positive<sup>193</sup>, ainsi que de toute injonction négative à caractère général<sup>194</sup>.

Des directives de politique générale, si elles posent moins de problèmes du point de vue des critères d'un Etat de droit<sup>195</sup>, méconnaissent, en revanche, ces critères ainsi que le principe de la séparation des pouvoirs lorsqu'elles sont contraignantes et obligent ainsi le Ministère public à agir, le cas échéant, sur base de l'opportunité politique et non du droit<sup>196</sup>. Leur introduction en droit luxembourgeois aurait pour effet de mettre en cause la pratique séculaire d'abstention d'intervention du Gouvernement dans le traitement des poursuites pénales, que la réforme constitutionnelle entendait confirmer. Elle implique un risque d'instrumentalisation des poursuites pénales à des fins politiques partisans, incompatible avec les exigences d'une poursuite pénale impartiale. Elle constituerait du point de vue des garanties, à respecter par tout Etat de droit, de prévention de toute influence politique indue du Gouvernement sur les poursuites pénales, un manifeste recul.

Dans l'appréciation de l'opportunité d'une disposition constitutionnelle il n'y a enfin pas lieu de perdre de vue que la solution actuellement proposée se limite, en raison de réticences contre une indépendance complète du Ministère public, à biffer pur et simplement la disposition y relative, sans même commencer par envisager de la remplacer par une disposition alternative. Cette solution implique le refus de toute garantie constitutionnelle contre l'exercice par le Gouvernement d'une influence politique indue sur la poursuite pénale. Or, une telle garantie doit, dans un Etat de droit, être prévue par la Constitution, quelle que soit le statut envisagé du Ministère public. Elle le doit à plus forte raison et justement « *lorsque le ministère public est subordonné au pouvoir exécutif* »<sup>197</sup>. Le refus de consacrer une indépendance complète du Ministère public ne dispense donc pas le Pouvoir constituant de son devoir, au regard des exigences d'un Etat de droit, de définir des garanties contre toute immixtion indue du Gouvernement. Tout au contraire, il l'oblige à plus forte raison à prévoir de telles garanties lorsque le Ministère public est supposé rester sous l'autorité du Gouvernement et risque à ce titre de subir l'emprise de ce dernier.

187 Voir l'arrêt *Kövesi c. Roumanie*, évoqué ci-avant sous 2.5.4.

188 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, point i, page 23.

189 Voir ci-avant sous 2.5.4.

190 Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, I. Indépendance et impartialité, a. Indépendance du pouvoir judiciaire, i, page 20.

191 Voir ci-avant sous 2.3.

192 Idem.

193 Idem.

194 Idem.

195 Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, précité, n° 30, page 7 (« *Les instructions générales, par exemple de poursuivre plus sévèrement ou rapidement dans le cas de certains crimes, semblent poser moins de problèmes. Ces instructions peuvent être considérées comme un aspect de la politique pouvant être à juste titre fixé par le Parlement ou le gouvernement.* »).

196 Voir ci-avant sous 2.7.7.

197 Commission de Venise, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, précité, n° 85, page 16.

## 2.9. Proposition de texte.

Il est proposé d'ajouter à l'article 87, paragraphe 2, une seconde phrase, libellée comme suit :

« *Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions.* ».

A titre subsidiaire, il est proposé d'ajouter à l'article 87, paragraphe 2, une seconde phrase, libellée comme suit :

« *Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle.*<sup>198</sup> ».

Au regard de ces suggestions, l'article 87 de la Constitution, issu de la Proposition de révision n° 7575, prendrait dès lors la forme suivante :

« **Art. 87. (1)** *Les magistrats du siège sont indépendants dans l'exercice des fonctions juridictionnelles.*

(2). *Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions.* [Proposition subsidiaire : *Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle.*].

\*

## 3. LE REFUS DE GARANTIES STATUTAIRE DES MAGISTRATS, QUI ONT ETE PREVUES PAR LA PROPOSITION DE REVISION N° 6030 OU SONT EXIGEES PAR LA COMMISSION DE VENISE.

La Proposition de révision n° 7575 abandonne sans s'en expliquer certaines garanties statutaires des magistrats qui avaient été prévues par la Proposition de révision n° 6030. Elle omet, par ailleurs, de consacrer d'autres garanties exigées par la Commission de Venise.

### 3.1. La nomination des magistrats du Ministère public doit avoir lieu jusqu'à leur retraite.

Dans son Avis sur la Proposition de révision de la Constitution, la Commission de Venise retient que :

« *La Commission de Venise, tout en admettant que les procureurs soient nommés par leur hiérarchie, préconise qu'ils le soient jusqu'à leur retraite* »<sup>199</sup>.

Cette exigence fait suite au constat « *que les magistrats du ministère public ne bénéficient pas de l'inamovibilité [et] que le ministère public est entièrement soumis au principe hiérarchique* »<sup>200</sup>.

Elle n'a, sans explication, été transposée ni dans le cadre par la Proposition de révision n° 6030<sup>201</sup>, ni par la Proposition de révision n° 7575.

198 Le texte reprend celui du député Paul-Henri MEYERS (Document parlementaire n° 6030, page 18, article 105, alinéa 2), qui disposait, pour rappel, que : « *Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite* ». Il est cependant proposé de faire, d'une part, abstraction des termes « *dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles* », les fonctions du Ministère public étant décrites, de façon d'ailleurs plus complète, par la première phrase de l'article 87, paragraphe 2, proposée par la Proposition de révision n° 7575, reprenant sur ce point la Proposition n° 6030 (voir sur ce point l'avis du Conseil d'Etat dans le cadre de la Proposition de révision n° 6030 (Document parlementaire n° 6030-6), page 105, avant-dernier alinéa). Il est, d'autre part, proposé de faire abstraction des termes « *y compris en matière de politique de recherche et de poursuite* », au regard des observations faites dans l'avis du Parquet général dans le cadre de la Proposition de révision n° 6030 (Document parlementaire n° 6030-8), page 11, huitième au onzième alinéas.

199 Commission de Venise, Luxembourg, Avis sur la proposition de révision de la Constitution, Avis n° 934/2018, CDL-AD(2019)003, du 18 mars 2019, n° 102, page 21 ; Document parlementaire n° 6030-28, n° 102, page 17.

200 Idem et loc.cit.

201 Voir à ce sujet les Amendements de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle faits le 10 juillet 2019, à la suite de l'Avis de la Commission de Venise (Document parlementaire n° 6030-30).

Elle tire son origine dans la liste des critères d'un Etat de droit arrêtée par la Commission de Venise<sup>202</sup>, donc relève de ces critères. Elle constitue par ailleurs une conséquence du principe d'indépendance du Ministère public rappelé par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>203</sup>. Il s'agit donc d'une exigence dont le caractère impératif ne saurait sérieusement se discuter. Cette garantie trouve, conformément à l'avis de la Commission de Venise, sa place dans la Constitution, qui définit les règles qui s'imposent même au législateur (ordinaire).

Il est dès lors proposé de compléter l'article 88, paragraphe 2, de la Constitution, tel que proposé par la Proposition de révision n° 7575, comme suit :

« **Art. 88.** [...] »

(2). *Les magistrats du siège sont inamovibles. Les magistrats du ministère public sont nommés jusqu'à leur mise à la retraite.*

[...] ».

### 3.2. L'abandon non justifié des garanties constitutionnelles des magistrats en matière de poursuite disciplinaire.

La Proposition de révision n° 6030 avait retenu, dans le cadre du texte convenu par consensus le 6 juin 2018, que la Constitution devait comporter un article 100, libellé comme suit :

« **Art. 100.** (1) *Le statut des magistrats du siège et de ceux du ministère public est déterminé par la loi.*

(2). *Les magistrats du siège sont inamovibles.*

(3) *La loi règle la mise à la retraite des magistrats du siège et de ceux du ministère public pour raison d'âge, d'infirmité ou d'inaptitude.*

*Les sanctions de la suspension, du déplacement ou de la révocation doivent être prononcées par décision de justice. Les autres sanctions disciplinaires et les recours sont déterminés par la loi.* »<sup>204</sup>.

*Suite au projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle proposa de modifier le dernier alinéa du paragraphe 3 de l'article 100 comme suit :*

« **Art. 100** [...] »

(3) [...] »

*Les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent de la suspension, du déplacement ou de la révocation doivent être prononcées qu'à la suite d'une par décision du Conseil national de la justice. Les autres sanctions disciplinaires et les recours sont déterminés par la loi.* »<sup>205</sup>.

Cette modification a été motivée comme suit :

« *La Commission propose de reformuler l'alinéa 2, du paragraphe 3, afin de prévoir que les sanctions disciplinaires sont prononcées à la suite d'une décision du Conseil national de la justice, et non pas par décision de justice. Ce libellé est conforme aux dispositions de l'article 102, alinéa 4, de la nouvelle Constitution et du projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice. Dès lors la dernière phrase devient superflue et peut être supprimée.* »<sup>206</sup>.

202 Commission de Venise, Luxembourg, Avis sur la proposition de révision de la Constitution, Avis n° 934/2018, CDL-AD(2019)003, du 18 mars 2019, n° 102, page 21 ; Document parlementaire n° 6030-28, n° 102, page 17 ; voir la note de bas de page n° 71, renvoyant tant au Rapport de la Commission de Venise sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – Le Ministère public, précité, n° 38 à n° 40, page 8, qu'à sa Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, d. Ministère public : autonomie et contrôle, pages 23 à 24.

203 Arrêt *Kövesi c. Roumanie*, précité, § 208.

204 Document parlementaire n° 6030-27, page 72.

205 Amendements adoptés par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 10 juillet 2010 (Document parlementaire n° 6030-30), page 6.

206 Idem et loc.cit.

Cette motivation se réfère à l'article 102 de la Constitution, issu de la Proposition n° 6030, qui y a été retenu dans la forme suivante :

*« Art. 102. Le Conseil national de la justice veille au bon fonctionnement de la justice et respecte l'indépendance des magistrats.*

*La composition et l'organisation du Conseil national de la justice sont réglées par la loi. Le Conseil national de la justice est majoritairement composé de magistrats.*

*Les magistrats sont nommés par le Chef de l'Etat sur proposition du Conseil national de la Justice et suivant les conditions déterminées par la loi.*

*Les autres attributions du Conseil national de la justice sont fixées par la loi qui détermine également la manière de les exécuter. »<sup>207</sup>.*

Dans ses observations sur l'amendement précité de l'article 100, paragraphe 3, alinéa 2, le Conseil d'Etat releva notamment que :

*« En ce qui concerne le libellé du texte proposé, il note que les sanctions disciplinaires seront prononcées, « à la suite d'une décision du Conseil national de la justice ». Le projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice, auquel les auteurs de l'amendement renvoient dans le commentaire, se propose de modifier le régime disciplinaire des magistrats. Même si le présent avis n'est pas le cadre pour anticiper les commentaires que le Conseil d'Etat aura l'occasion de faire à ce sujet, il se doit de relever que ce futur dispositif légal ne prévoit pas de décision du Conseil suprême de la justice, en matière disciplinaire, mais uniquement un droit de saisine des juridictions disciplinaires.*

*Le Conseil d'Etat entrevoit trois solutions.*

*La première consisterait à omettre toute référence au rôle du Conseil national de la justice en matière disciplinaire ; l'article 102, alinéa 3, selon lequel « les autres attributions du Conseil nationale de la justice sont fixées par la loi », n'exclut pas d'attribuer, dans une loi, des compétences en matière disciplinaire au Conseil national de la justice.*

*La deuxième solution consister à insérer expressément une référence à la matière disciplinaire, étant entendu qu'il appartiendra à la loi de déterminer les missions du Conseil national de la justice. La disposition pourrait se lire comme suit :*

*« Les attributions du Conseil national de la justice dans les procédures disciplinaires contre les magistrats sont déterminées par la loi. ».*

*Une troisième solution consisterait à déterminer, dans l'article 100 ou 102, le rôle précis qui revient au Conseil national de la justice en matière disciplinaire. »<sup>208</sup>.*

La Proposition de révision n° 7575 adopte dans l'article 88 le texte de l'article 100 de la Proposition de révision n° 6030, sous réserve de l'alinéa 2 du paragraphe 3, qui n'est pas repris. Cet abandon n'est pas motivé par le Commentaire de l'article<sup>209</sup>.

La Proposition de révision prévoit l'insertion dans l'article 90, consacré au Conseil national de la justice, d'un alinéa disposant, conformément à la suggestion précitée du Conseil d'Etat, que :

*« Les attributions du Conseil national de la justice dans les procédures disciplinaires contre les magistrats sont déterminées par la loi. ».*

Il résulte de ce qui précède que, sous réserve de la concession que le Conseil national de la justice aura des attributions en matière de procédures disciplinaires, la Constitution ne comporte aucune précision ou garantie au sujet des procédures et critères régissant la discipline des magistrats. Cet oubli pose manifestement problème au regard des critères d'un Etat de droit, qui, ainsi que le rappelle la Commission de Venise, exige que « les principes fondamentaux de l'indépendance de la justice, y compris des procédures et critères objectifs pour la nomination, la titularisation, la discipline et la

207 Document parlementaire n° 6030-27, page 72.

208 Conseil d'Etat, Quatrième avis complémentaire sur la Proposition de révision n° 6030, du 11 février 2020 (Document parlementaire n° 6030-32), page 8, sous « Amendement 12 concernant l'article 100 », quatrième au dernier alinéa.

209 Document parlementaire n° 7575, page 7, Commentaire de l'article 88.



*révocation des magistrats figurent [...] dans la constitution [et non dans] la législation ordinaire* »<sup>210</sup>.

La circonstance que le Conseil national de la justice a des attributions en matière disciplinaire ne constitue pas une garantie suffisante au sujet des sanctions disciplinaires des magistrats. La Proposition de révision n° 6030, modifiée en dernier lieu par un Amendement de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle avait à ce sujet apporté deux précisions essentielles, à savoir :

- que les sanctions disciplinaires doivent être prévues par la loi et
- qu'elles ne peuvent qu'être prononcées qu'à la suite d'une décision de justice<sup>211</sup>.

Le projet de loi n° 7323 prévoit l'institution de juridictions disciplinaires et leur saisine par le Conseil national de la justice.

Il est dès lors proposé de libeller l'article 88, paragraphe 3, alinéa 2, nouveau, comme suit :

« **Art. 88.** [...] »

(3) [...] »

***Les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent être prononcées que par décision de justice rendue par une juridiction disciplinaire prévue par la loi sur saisine du Conseil national de la justice.*** ».

### 3.3. Proposition de texte.

Au regard de ce qui a été exposé ci-avant, sous 3, il est proposé de modifier l'article 88 de la Constitution, tel qu'il résulte de la Proposition de révision n° 7575, comme suit :

« **Art. 88.** (1) *Le statut des magistrats du siège et de ceux du ministère public est déterminé par la loi.*

(2) *Les magistrats du siège sont inamovibles. Les magistrats du ministère public sont nommés jusqu'à leur mise à la retraite.*

(3) *La loi règle la mise à la retraite des magistrats du siège et de ceux du ministère public pour raison d'âge, d'infirmité ou d'inaptitude.*

***Les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent être prononcées que par décision de justice rendue par une juridiction disciplinaire prévue par la loi sur saisine du Conseil national de la justice.*** ».

\*

<sup>210</sup> Commission de Venise, Liste des critères d'un Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1 Indépendance et impartialité, a. Indépendance du pouvoir judiciaire, i, pages 20. Voir également en ce sens Commission de Venise, Rapport sur l'indépendance du système judiciaire, Partie I : L'indépendance des juges, Etude n° 494/2008, CDL-AD(2010)004, du 16 mars 2010, point 22, page 5.

<sup>211</sup> Document parlementaire n° 6030-30, page 6.

#### **4. LE REFUS, DEJA MANIFESTE DANS LA PROPOSITION DE REVISION N° 6030, DE CONFIER AU CONSEIL NATIONAL DE LA JUSTICE LA MISSION DE DEFENDRE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE**

La Proposition de révision n° 7575 impartit au Conseil national de la justice le rôle de veiller « *au bon fonctionnement de la justice dans le respect de son indépendance* »<sup>212</sup>.

La Proposition de révision n° 6030 avait sur ce point retenu une disposition similaire, précisant que le Conseil national de la justice « *veille au bon fonctionnement de la justice et respecte l'indépendance des magistrats* »<sup>213</sup>. Ce libellé a été motivé par le souhait « *de préciser la mission principale du Conseil national de la justice, consistant à veiller au bon fonctionnement de la justice et l'obligation de respecter l'indépendance des magistrats* »<sup>214</sup>.

Ce libellé de la Proposition n° 6030 et, à plus forte raison, celui de la Proposition n° 7575, implique que la mission du Conseil se limite à veiller au bon fonctionnement de la justice et qu'il est, dans l'exercice de cette mission, tenu par une obligation de respecter l'indépendance de la justice. S'il doit donc respecter l'indépendance de la justice, il n'a, en revanche, pas pour mission de veiller à ce que cette indépendance soit respectée par autrui.

Cette formule a trouvé l'accord du Conseil d'Etat<sup>215</sup>. Elle est, il est vrai, également employé par la Constitution belge<sup>216</sup>. Dans son avis sur le projet de loi n° 7323, le Conseil d'Etat « *s'interroge [dans cet ordre d'idées] [...] sur la nécessité d'instituer, dans un Etat de droit, un organe appelé à garantir l'indépendance de la justice [qui] trouve son fondement dans les règles organisant la séparation des pouvoirs, les dispositions constitutionnelles et légales sur le fonctionnement de la justice et le statut des magistrats ainsi que dans les procédures soumettant les actes des organes du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif à un contrôle juridictionnel* »<sup>217</sup>.

Cette inutilité alléguée de confier au Conseil national la mission de veiller au respect de l'indépendance de la justice et des magistrats tranche toutefois avec le but affiché de sa création, qui a été rappelé par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle tant dans le cadre de la Proposition de révision n° 6030, que dans l'actuelle Proposition n° 7575, qui est le suivant :

« *La mission d'un tel organe est de renforcer l'indépendance et la transparence de la justice* »<sup>218</sup>.

Si la finalité de transparence de la justice est réalisée par la mission du Conseil de veiller au bon fonctionnement de la justice, la finalité de renforcer l'indépendance de la justice ne l'est certainement pas en se limitant à imposer au Conseil de respecter lui-même cette indépendance, sans lui confier par ailleurs la mission de veiller à ce que celle-ci soit respectée par autrui.

Cette finalité a pourtant été consacrée par la Recommandation CM/Rec(2010)12 du Conseil de l'Europe sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, qui retient que :

212 Article 90, alinéa 1, de la Constitution, tel que proposé par la Proposition de révision n° 7575.

213 Document parlementaire n° 6030-27, page 72, article 102, alinéa 1, de la Constitution, tel que proposé.

214 Commentaire de l'amendement 17 de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 27 septembre 2017 (Document parlementaire n° 6030-20), page 7.

215 Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat sur la Proposition de révision n° 6030 (Document parlementaire n° 6030-21), page 6, premier alinéa.

216 Avis conjoint du Parquet général et des Parquets de Luxembourg et de Diekirch sur le Projet de loi n° 7323, du 18 décembre 2018 (Document parlementaire n° 7323-5), page 38, premier alinéa. La Constitution belge dispose dans son article 151, paragraphe 2, que « *Il y a pour toute la Belgique un Conseil supérieur de la justice. Dans l'exercice de ses compétences, le Conseil supérieur de la justice respecte l'indépendance visée au § 1<sup>er</sup>* ».

217 Avis complémentaire du Conseil d'Etat sur le projet de loi n° 7323, du 10 mars 2020 (Document parlementaire n° 7323), page 3, antépénultième alinéa.

218 Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle sur la Proposition de révision n° 6030, du 6 juin 2018 (Document parlementaire n° 6030-27), page 32, septième alinéa. Cette phrase du Rapport est également citée par l'Exposé des motifs de la Proposition de révision n° 7575 (Document parlementaire n° 7575, page 3, dernier alinéa de la citation en début de page).

« Les conseils de la justice sont des instances indépendantes, établies par la loi ou la Constitution, qui visent à garantir l'indépendance de la justice et celle de chaque juge et ainsi promouvoir le fonctionnement efficace du système judiciaire »<sup>219</sup>.

Elle a été reprise par la Commission de Venise dans sa liste des critères d'un Etat de droit, qui exige qu'il « existe [...] un conseil indépendant de la magistrature ou de la justice [et que] un juge peut [...] en particulier recourir auprès de ce conseil s'il estime qu'il est porté atteinte à son indépendance »<sup>220</sup>.

Il existe donc une contradiction entre la mission confiée au Conseil par les travaux préparatoires et celle qui lui est impartie par le texte proposé. Cette contradiction est regrettable, alors que la mission de veiller au respect de l'indépendance de la justice et des magistrats constitue la mission première d'un conseil de la justice dans un Etat de droit. La circonstance que, comme le souligne le Conseil d'Etat, le respect de la séparation des pouvoirs est aussi susceptible d'être sauvegardé par d'autres dispositions ne constitue pas un argument pertinent pour refuser au Conseil de veiller au respect de celle-ci.

#### 4.1. Proposition de texte.

Il est dès lors proposé de reformuler l'article 90, alinéa 1, de la Constitution, tel qu'il est issu de la Proposition de révision n° 7575. Cette proposition de reformulation tient compte de la réticence exprimée par certains membres de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle d'évoquer par la mention d'une indépendance des magistrats, la question discutée ci-avant, sous 2, de l'indépendance des magistrats du Ministère public<sup>221</sup>.

La modification suggérée est la suivante :

« **Art. 90.** *Le Conseil national de la justice veille au bon fonctionnement de la justice et au dans le respect de son indépendance.*

[...] ».

\*

### 5. SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS DE TEXTE SUGGÉRÉES

Au regard des observations faites ci-avant sous 1 à 4, il est donc suggéré de modifier les textes proposés par la Proposition de révision n° 7575 comme suit :

« **Art. 84.** *Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public.* [Proposition subsidiaire : *Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions*].

**Art.84bis.** *Les juridictions de l'ordre judiciaire ont compétence générale en toute matière, à l'exception des attributions conférées par la Constitution à d'autres juridictions à compétence particulière.*

**Art.84ter.** *Le contentieux administratif et fiscal est du ressort des juridictions de l'ordre administratif, dans les cas et sous les conditions déterminées par la loi.*

**Art.84quater.** *Les juridictions en matière de sécurité sociale sont réglées par la loi.*

[...]

219 Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités, adoptée le 17 novembre 2010, point 26.

220 Commission de Venise, Liste des critères de l'Etat de droit, précitée, II. Critères, E. Accès à la justice, 1. Indépendance et impartialité, a. Indépendance du pouvoir judiciaire, viii et ix, page 20.

221 Procès-verbal de la réunion de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, du 14 janvier 2020, page 2, sous 2.

*Art. 87. (1) Les magistrats du siège sont indépendants dans l'exercice des fonctions juridictionnelles.*

*(2). Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. **Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions.** [Proposition subsidiaire : **Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle.**].*

*Art 88. (1) Le statut des magistrats du siège et de ceux du ministère public est déterminé par la loi.*

*(2). Les magistrats du siège sont inamovibles. **Les magistrats du ministère public sont nommés jusqu'à leur mise à la retraite.***

*(3) La loi règle la mise à la retraite des magistrats du siège et de ceux du ministère public pour raison d'âge, d'infirmité ou d'incapacité.*

*Les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent être prononcées que par décision de justice rendue par une juridiction disciplinaire prévue par la loi sur saisine du Conseil national de la justice.*

[...]

*« Art. 90. Le Conseil national de la justice veille au bon fonctionnement de la justice **et au dans** le respect de son indépendance.*

*La composition et l'organisation du Conseil national de la justice sont réglées par la loi. Le Conseil national de la justice doit être majoritairement composé de magistrats.*

*Le Grand-Duc nomme les magistrats proposés par le Conseil national de la justice et suivant les conditions déterminées par la loi.*

*Les attributions du Conseil national de la justice dans les procédures disciplinaires contre les magistrats sont déterminées par la loi.*

*Les autres attributions du Conseil national de la justice sont fixées par la loi qui détermine également la manière de les exercer.*

[...] ».

Ernest NILLES  
Procureur d'État  
à Diekirch

Martine SOLOVIEFF  
Procureur général d'État

Georges OSWALD  
Procureur d'État  
à Luxembourg