

N° 7575¹¹**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

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

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

(17.11.2020)

Par dépêche du 12 mai 2020, le président de la Chambre des députés a soumis à l'avis du Conseil d'État la proposition de révision du Chapitre VI de la Constitution, déposée le 5 mai 2020 par les députés Simone Beissel, Mars Di Bartolomeo, Léon Gloden et Charles Margue, et déclarée recevable le 12 mai 2020, conformément à l'article 61 du règlement de procédure de la Chambre des députés.

Au texte de la proposition de révision étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi que le texte coordonné de la Constitution, tenant compte de la proposition de révision sous examen.

Une entrevue avec les membres de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés a eu lieu en date du 25 mai 2020.

Par dépêche du 30 juin 2020, les avis de la Cour administrative et de l'Ordre des avocats du Barreau de Diekirch ont été communiqués au Conseil d'État.

Par dépêches du 3 juillet 2020, l'avis de la Cour supérieure de justice ainsi que l'avis commun du Parquet général et des parquets près les tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch ont été transmis au Conseil d'État.

L'avis du Tribunal administratif a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 10 septembre 2020.

L'avis du Groupement des magistrats luxembourgeois a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 29 septembre 2020.

Par dépêche du 9 octobre 2020, les avis du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, de la Justice de Paix de Luxembourg, de la Justice de Paix de Diekirch et de la Justice de Paix d'Esch-sur-Alzette ont été communiqués au Conseil d'État.

L'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics a été communiqué au Conseil d'État par dépêche du 20 octobre 2020.

Par dépêche du 26 octobre 2020, la prise de position du Gouvernement a été communiquée au Conseil d'État.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La proposition de révision constitutionnelle sous examen s'inscrit dans une nouvelle démarche retenue par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (ci-après la « Commission »). Celle-ci explique, dans l'exposé des motifs, que le consensus ayant existé dans le passé sur une révision

globale du texte constitutionnel¹, dont le texte avait été arrêté par la Commission à l'occasion des amendements du 10 juillet 2019², n'est plus donné et « qu'il a fallu s'accorder sur une feuille de route par étapes », consistant à procéder à une révision de la Constitution actuelle par étapes et par blocs, et en fonction des priorités arrêtées en commission.

La décision a été prise « de réformer en premier lieu les dispositions ayant trait au fonctionnement de la Justice », cela tant au regard des révisions constitutionnelles plus récentes portant sur l'article 95^{ter} de la Constitution relatif à la Cour constitutionnelle³ qu'au regard du fait que la révision du chapitre VI de la Constitution relatif à la justice n'a pas de « répercussions sur d'autres chapitres de la Constitution ».

Comme les auteurs de la proposition de révision sous avis le relèvent, la proposition de révision sous examen reprend, pour la plupart des dispositions, les modifications de la proposition de révision n° 6030 portant instauration d'une nouvelle Constitution. Sur ces points, le Conseil d'État pourra se référer à ses avis antérieurs, en particulier à son avis du 6 juin 2012⁴, dans lequel il avait d'ailleurs fait des propositions de texte, sur le chapitre relatif à la justice, reprises par la Commission. La différence majeure entre la proposition de révision sous examen et le texte de la proposition de révision n° 6030 précitée porte sur le statut du ministère public. Par ailleurs, certaines dispositions ayant figuré dans la proposition de révision n° 6030 ont été omises ou ont été modifiées. Le Conseil d'État reviendra à ces questions dans le cadre de l'examen des articles. Il procédera, comme méthode de travail, à un examen comparatif des dispositions arrêtées dans la proposition de révision n° 6030 précitée et de celles retenues dans la proposition de révision sous examen. Il commentera les propositions faites par le Gouvernement dans sa prise de position du 26 octobre 2020 seulement dans la mesure où elles portent sur les dispositions objet de la proposition de révision.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Observation liminaire

Alors que les auteurs de la proposition de révision sous examen ont repris, dans un respect absolu, l'ordonnancement des dispositions de la proposition de révision n° 6030 précitée, ils ont omis l'article introductif du chapitre 7, section 1^{re}, de cette proposition de révision, relatif à l'organisation de la justice. Aux termes de cette disposition (article 93), « [l]e pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public ». Ni l'exposé des motifs ni les commentaires de la proposition de révision sous examen ne donnent une explication sur cette omission. Le Conseil d'État ajoute que la proposition de révision n° 6030 précitée consacre expressément les trois concepts de pouvoirs législatif⁵, exécutif⁶ et judiciaire⁷. La non-consécration de la notion de « pouvoir judiciaire » dans le cadre de la proposition de révision sous examen conduira à des débats sur la cohérence du futur dispositif constitutionnel si, dans le cadre des travaux de révision ultérieurs, le constituant entend maintenir une reconnaissance expresse des pouvoirs législatif et exécutif.

Il est vrai qu'une consécration expresse du concept de « pouvoir judiciaire », dans le cadre d'une révision par étapes du texte constitutionnel actuel, n'est pas indispensable, étant donné que l'ordre

1 Voir proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution du 21 avril 2009, déposée par le député P.-H. Meyers (doc. parl. n° 6030, pp. 18 et 45) ; prise de position du gouvernement du 15 juillet 2011 (doc. parl. n° 6030⁵, pp. 42 et 43) ; 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 (doc. parl. n° 6030²⁷, p. 71).

2 Amendements adoptés par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (doc. parl. n° 6030³⁰, p. 19).

3 Lois portant révision de l'article 95^{ter} de la Constitution du 6 décembre 2019 (Mém. A – n° 831 de 2019) et du 15 mai 2020 (Mém. A – n° 406 de 2020).

4 Avis du Conseil d'État du 6 juin 2012 sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution (doc. parl. n° 6030⁶).

5 « Art. 63. La Chambre des Députés représente le pays. Elle exerce le pouvoir législatif.

Les députés votent sans en référer à leurs commettants et ne peuvent avoir en vue que l'intérêt général. »

6 « Art. 47. Le Chef de l'Etat n'a d'autres attributions que celles que lui accordent la Constitution et les lois.

Il exerce conjointement avec le Gouvernement le pouvoir exécutif. »

7 « Art. 93. Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public. »

constitutionnel luxembourgeois est fondé sur les principes de l'État de droit et de la séparation des pouvoirs, impliquant nécessairement l'indépendance des organes assumant la fonction de rendre la justice⁸. En effet, le Conseil d'État a toujours préféré viser, dans ses avis, la fonction de rendre la justice plutôt que d'insister sur l'existence d'un pouvoir au sens organique du terme. Sous réserve de l'article 49*bis* relatif à la dévolution d'attributions à des institutions de droit international, le texte constitutionnel actuel ne consacre d'ailleurs pas davantage le pouvoir législatif⁹. L'absence de consécration expresse des concepts de pouvoirs législatif et judiciaire n'a d'ailleurs pas empêché la Cour constitutionnelle de constater que la Constitution « consacre implicitement, mais nécessairement, la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs », qui « implique que chacun des organes étatiques exerçant respectivement les pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel est souverain dans son existence »¹⁰.

Le dispositif omis, dont le principe remonte à une prise de position du Gouvernement du 15 juillet 2011 et dont le libellé est issu d'une suggestion du Conseil d'État formulée dans son avis du 6 juin 2012 sur la proposition de révision n° 6030 précitée, avait pour avantage de préciser, dans une approche fonctionnelle, que la mission de rendre la justice revient aux juridictions, avant de distinguer, aux articles 84 et 84*bis* de la proposition de révision actuelle, entre les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire et celles des juridictions de l'ordre administratif¹¹ ; il permettait encore de marquer, d'emblée, la distinction entre les fonctions du siège et celles du ministère public, les deux participant à l'exercice de la fonction juridictionnelle, et d'introduire le concept de « magistrat », dont le statut est déterminé au paragraphe 2. Il résulte du procès-verbal d'une réunion de la Commission que c'est la référence au ministère public, dans le texte relatif au pouvoir judiciaire, qui explique l'abandon de cette disposition¹². Quelle que soit la position adoptée sur cette question, sur laquelle le Conseil d'État reviendra par la suite, il ne saurait être contesté que l'abandon de l'article 93 de la proposition de révision n° 6030 précitée porte atteinte à la logique de la structure du dispositif, en ce qu'il omet d'introduire certains concepts qui reviennent dans la suite du texte, en particulier la distinction entre magistrats du siège et ceux du ministère public et leur rattachement à la fonction de rendre la justice.

Article 1^{er}

Articles 84 à 86

Les articles 84 à 86 nouveaux, figurant dans le futur paragraphe 1^{er} relatif à l'organisation de la justice, correspondent aux articles 94 à 98 de la proposition de révision n° 6030 précitée dans la version telle qu'amendée le 10 juillet 2019¹³.

Le Conseil d'État peut se borner à renvoyer à ses avis relatifs à la proposition de révision n° 6030 précitée.

Dans le cadre de la proposition de révision dont il est actuellement saisi, il marque son accord avec ces dispositions.

Article 87

L'article sous examen reprend le dispositif de l'article 99 de la proposition de révision n° 6030 précitée, premier article d'une série de dispositions relatives au statut des magistrats. Le texte actuellement proposé continue à consacrer le concept de « magistrat » et à distinguer entre le siège et le ministère public. La différence fondamentale avec le dispositif antérieur réside dans l'omission de la deuxième phrase du paragraphe 2, selon laquelle le ministère public « est indépendant dans l'exercice

8 Cour constitutionnelle, arrêts n^{os} 57/10 du 1^{er} octobre 2010, Mém. A n° 180 du 11 octobre 2010, p. 3004, et 146/19 du 28 mai 2019, Mém. A n° 383 du 4 juin 2019.

9 Le concept de pouvoir exécutif figure aux articles 33 et 49*bis* de la Constitution.

10 Cour constitutionnelle, arrêt précité n° 57/10 du 1^{er} octobre 2010.

11 Les auteurs de la proposition de révision consacrent, à l'article 84*ter*, le renvoi aux juridictions en matière de sécurité sociale que le Conseil d'État avait considérées comme devant être rattachées à l'ordre judiciaire : voir l'avis précité du 6 juin 2012, p. 104 : « Le maintien des juridictions du travail et en matière de sécurité sociale relève certes d'un choix politique. Dans la logique de la consécration de deux ordres de juridiction [...], il y aurait toutefois lieu d'intégrer les juridictions du travail et celles en matière de sécurité sociale dans l'un de ces deux ordres, concrètement dans l'ordre judiciaire. »

12 Le procès-verbal de la réunion de la commission du 7 janvier 2020 se borne à renseigner que l'article 93 de la proposition de révision n°6030 n'aurait pas été repris « en raison d'un désaccord sur l'indépendance du parquet ».

13 Amendements précités du 10 juillet 2019, doc. parl. n° 6030/30.

(des) fonctions » d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi. Le commentaire de la proposition de révision sous examen fait état d'un défaut de consensus sur ce point, ce qui expliquerait que la Commission aurait décidé « de ne pas reprendre à son compte la précision que le ministère public est indépendant dans l'exercice de ses fonctions ».

Le Conseil d'État est conscient que la question du statut du ministère public ne reçoit pas de réponse uniforme dans les systèmes constitutionnels répondant aux principes de l'État de droit¹⁴. La position actuellement adoptée par la Commission doit toutefois être analysée au regard du statut revenant à l'heure actuelle au ministère public dans l'ordre constitutionnel luxembourgeois, au regard de la ligne adoptée dans la proposition de révision antérieure n° 6030, qui a fait l'unanimité de tous les acteurs pendant une décennie, et au regard d'une série d'évolutions récentes en la matière au niveau européen. Se posera encore la question de l'articulation du dispositif sous examen avec le maintien de la référence au ministère public dans le cadre d'autres dispositions de la proposition de révision sous examen, en particulier celles relatives au Conseil national de la justice.

Un changement de paradigme

Le dispositif constitutionnel actuel ne fait pas mention du ministère public dans le chapitre relatif à la justice. Le statut et les fonctions du ministère public sont déterminés par la loi. La législation sur l'organisation judiciaire, actuellement la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, considère les parquets comme partie intégrante des juridictions, qu'il s'agisse du tribunal d'arrondissement, pour ce qui concerne le parquet, ou de la Cour supérieure de justice, pour ce qui est du Parquet général. La loi précitée du 7 mars 1980 organise le statut des juges et des membres du ministère public et retient, pour les deux catégories, le terme de « magistrat ». La législation luxembourgeoise connaît encore un système unique pour le recrutement des magistrats¹⁵ et pour leur discipline obéissant à des règles différentes de celles valant pour la fonction publique traditionnelle¹⁶.

Il est vrai que le Code de procédure pénale maintient, jusqu'à l'heure actuelle, à l'article 19, une disposition, remontant au XIX^e siècle, d'après laquelle le procureur général d'État est soumis à un pouvoir d'injonction du ministre de la Justice¹⁷. Ce dispositif, repris du système belge de l'époque, similaire au régime français, était interprété en ce sens que le ministre pouvait ordonner au ministère public d'engager une poursuite pénale, mais ne pouvait en aucun cas lui donner des ordres astreignants ou péremptoires de s'abstenir d'une poursuite déterminée¹⁸. Dans la pratique judiciaire luxembourgeoise, le ministre de la Justice n'a guère exercé cette prérogative¹⁹ et a respecté la mission du ministère public d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi sans ingérence de la part du pouvoir politique. Le principe de l'opportunité des poursuites, dont bénéficie le procureur d'État, ne dispense pas ce dernier du respect de la loi. En effet, au regard de la soumission à la loi, cette opportunité des poursuites ne saurait signifier risque d'arbitraire.

La proposition de révision n° 6030 précitée entendait, dans la lignée de la révision de la constitution belge du 20 novembre 1998²⁰, donner une base constitutionnelle au ministère public et à ses fonctions, en reconnaissant le caractère juridictionnel de l'institution et en soustrayant l'exercice de ses fonctions à une emprise du pouvoir politique. Alors que le dispositif de l'article 151 de la constitution belge réserve le droit du pouvoir politique d'ordonner des poursuites et d'arrêter des directives contraignantes de politique criminelle, les auteurs de la proposition de révision n° 6030 précitée n'avaient repris que le pouvoir du ministre « d'arrêter des directives générales de politique criminelle », abandonnant

14 Voir *Le rôle du ministère public dans une société démocratique*, réunion multilatérale organisée par le Conseil de l'Europe à Messine, 5 au 7 juin 1996 ; *Réformes de la justice en Europe*, De Boeck, 2018.

15 Loi modifiée du 7 juin 2012 sur les attachés de justice.

16 Titre II, chapitre XII, de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

17 « Art. 19. Le ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général d'État les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes. »

18 CSJ, Ch. des mises, 24 janvier 1972, Pas. 22, p. 110.

19 Voir, pour l'historique, R. Biever, « Considérations sur le Ministère public. Allocution prononcée à l'audience publique solennelle de la Cour du 4 mai 2011 », Pas. 35, pp. 105 et suivants.

20 Article 151, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} : « 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. »

expressément la référence au caractère contraignant de la directive et renonçant à un pouvoir d'injonction dans des dossiers particuliers. Il est vrai que, à la suite de l'avis du Conseil d'État du 6 juin 2012²¹, ces réserves ont été abandonnées par la Commission. Le Conseil d'État reviendra à cette question dans le cadre de la proposition de solution.

Le revirement consistant à consacrer l'existence du ministère public dans le futur texte constitutionnel, tout en renonçant à une consécration expresse de son indépendance, ne signifie pas seulement que le constituant s'abstient ou continue de s'abstenir de régler cette question – la pratique actuelle n'imposant pas une réponse sur le plan constitutionnel – mais risque surtout d'être interprété en ce sens qu'il appartient, à l'avenir, au législateur de déterminer le cadre des rapports entre le Gouvernement, en la personne du ministre de la Justice, et le ministère public. Ce « retour » sur la proposition de révision n°6030 précitée signifie dès lors moins le maintien du *statu quo* que la reconnaissance expresse du droit du législateur de déterminer, au fil de l'évolution législative, les rapports entre le ministère public et le Gouvernement. Cette lecture est encore confortée par les commentaires de la proposition de révision sous examen, selon lesquels « il est évident que l'injonction négative individuelle est interdite », ce qui laisse ouverte la question du pouvoir d'injonction à portée positive individuelle et générale.

Historiquement, c'est le droit belge qui constitue la référence de l'ordre juridique luxembourgeois tant pour le droit constitutionnel que pour le droit pénal. Aussi, le Luxembourg n'a jamais connu le parquet « à la française », objet au demeurant de critiques récurrentes et de tentatives de réforme. La révision constitutionnelle belge reconnaissant l'indépendance du ministère public, il est vrai sous réserve de la prérogative d'instruction reconnue au ministre de la Justice, n'a fait que consacrer sa nature de branche du pouvoir judiciaire et une indépendance fonctionnelle vérifiée dans les faits. Abandonner en 2020 cette référence historique peut être compris, au-delà du refus de consacrer constitutionnellement un état de fait, comme ouvrant la voie à des pratiques différentes à organiser par la loi ordinaire.

La question de la cohérence du dispositif constitutionnel

La révision constitutionnelle du chapitre sur la justice, dans la teneur arrêtée par la Commission en 2019, peut être résumée sous les points suivants : unicité du pouvoir judiciaire exercé par les magistrats du siège et ceux du parquet, indépendance fonctionnelle pour les deux corps et parallélisme des statuts, en rapport notamment avec l'institution du Conseil national de la justice.

L'abandon de la consécration de l'indépendance fonctionnelle du ministère public s'articule difficilement avec la reconnaissance d'un pouvoir ou d'une autorité judiciaire unique ou, à tout le moins, est de nature à générer les discussions bien connues en France²², où les parquets participent de la nature d'autorité judiciaire, mais sont constitués de magistrats revêtant un statut particulier par rapport à ceux du siège.

Même si la proposition de révision sous examen omet de reprendre l'article 93 de la proposition de révision n°6030 précitée, telle qu'arrêtée par la Commission en 2019, qui visait le « pouvoir judiciaire exercé par les juridictions qui comprennent les magistrats du siège et ceux du ministère public », il n'en reste pas moins que le nouveau chapitre VI de la Constitution considère le ministère public comme faisant partie intégrante de la justice. Ainsi, le paragraphe 2 du nouveau chapitre VI organise le statut des magistrats, qu'ils relèvent du siège ou du ministère public. L'article 87 continue à déterminer, dans le texte constitutionnel, la mission du ministère public d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi. La Constitution reconnaîtra donc expressément que le ministère public exerce une fonction judiciaire et que les magistrats des parquets font organiquement partie de l'institution judiciaire. Dans la même logique, l'article 90 relatif au Conseil national de la justice porte sur la nomination des « magistrats », sans distinguer entre les deux corps. La qualification même de magistrat participant à la fonction de rendre la justice et la reconnaissance d'un statut particulier du magistrat le différenciant

²¹ Avis précité du Conseil d'État, doc. parl. n° 6030/6, pp. 105 et 106.

²² Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi n° 845 relatif aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 21 mai 2013, document n° 1047 ; Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les obstacles à l'indépendance du pouvoir judiciaire, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 septembre 2020, document n° 3296.

du fonctionnaire, implique, dans une optique de respect de l'État de droit, une garantie d'indépendance qui ne saurait être limitée aux seuls magistrats du siège.

Comme il a été relevé dans certains avis, la structure du futur Conseil national de la justice pose problème si l'indépendance du ministère public est abandonnée. Le futur article 90 prévoit un seul système de nomination des magistrats. De même, au niveau de la composition du Conseil national de la justice, l'article 90 vise les magistrats sans distinguer entre ceux appartenant au siège et ceux du ministère public. Introduire une différenciation, en ce qui concerne l'indépendance dans l'exercice des fonctions judiciaires, entre les deux catégories de magistrats s'articule mal avec l'intégration du ministère public dans la fonction judiciaire et l'appartenance des magistrats du ministère public à un seul corps de magistrats. Le risque de voir surgir des discussions sur l'unicité ou la dualité du régime de représentation des magistrats et sur le système de nomination n'est pas à exclure. Le futur Conseil national est encore appelé, au titre de l'article 90, à exercer ses missions dans le respect de l'indépendance de la justice, sans distinguer entre les magistrats du siège et ceux du ministère public.

Partie poursuivante, impartialité et indépendance

Un argument déterminant, invoqué par les auteurs de la proposition de révision sous examen, pour s'écarter des positions antérieures consiste à insister sur la différence essentielle du rôle entre le magistrat du siège et celui du ministère public dans le procès pénal. Ce dernier serait partie poursuivante et son rôle serait plus proche de celui des autres parties au procès pénal, prévenu ou partie civile, que de celui du juge. La question de l'indépendance du ministère public ne se poserait pas dans les mêmes termes que pour le siège, voire ne se poserait pas du tout.

Le Conseil d'État ne saurait partager cette analyse. Même si la fonction du ministère public dans le procès pénal ne peut être assimilée à celle du juge, on ne saurait prétendre, comme le font, d'après le commentaire de l'article 87, « de nombreux pénalistes », que « le Parquet devrait prendre place au même niveau que les avocats des personnes inculpées (ou prévenues) dans un procès ».

À rappeler d'abord que, dans les systèmes juridiques de référence, le parquet fait organiquement et statutairement partie de la juridiction et que, même en France, où son indépendance n'est, à ce jour, pas expressément reconnue, il relève de l'autorité judiciaire et non pas de l'exécutif. Son rôle ne se limite d'ailleurs pas aux poursuites en matière pénale.

Même dans le procès pénal, le ministère public est le gardien de la loi et le défenseur de l'intérêt général auquel peut être rattachée la sauvegarde de l'ordre public, et non pas « l'avocat de l'État ». Il est certes partie « poursuivante », mais il est soumis à la loi dont il demande le respect. Cette soumission à la loi encadre très strictement l'exercice de sa mission de poursuite et emporte, vis-à-vis des parties, prévenu ou partie civile, une obligation de loyauté, d'équité et d'impartialité²³.

À noter que, dans les procédures civiles devant les juridictions de l'ordre judiciaire, dans la procédure devant la Cour de cassation et dans celle devant la Cour constitutionnelle, l'État, s'il est partie à la procédure, n'est pas représenté par le ministère public qui occupe, dans ces cas, une fonction particulière de gardien de la loi ou de *amicus curiae*.

Ce statut particulier a été reconnu dans la Recommandation REC(2000)19 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale du 6 octobre 2000²⁴ qui consacre les principes d'équité, d'impartialité et d'objectivité et rappelle le nécessaire res-

23 R. BADINTER, *La Justice en ses temples – Regards sur l'architecture judiciaire en France*, Errance, Paris, 1992, p. 11 : « 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. »

24 Point 24 : « Dans l'exercice de sa mission, le Ministère Public doit notamment : (a) agir de façon équitable, impartiale et objective ; (b) respecter et faire protéger les droits de l'homme tels qu'ils sont énoncés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

pect des droits de l'homme. Le code de procédure pénale français consacre expressément le devoir d'impartialité en relation avec les missions du ministère public d'exercer l'action publique et de requérir l'application de la loi²⁵. Cette obligation d'impartialité s'oppose à une action des procureurs qui serait arbitraire ; elle requiert, tant au niveau de l'engagement de l'action publique que de son exercice, le respect de la présomption d'innocence, de l'égalité des armes, des droits des autres parties au procès et de la loyauté des preuves²⁶. Cette position particulière explique justement que le parquet fait organiquement partie de la juridiction et ne constitue pas un service de l'exécutif ; les membres du ministère public ne sont pas de simples fonctionnaires, mais ont la qualité de magistrat avec toutes les prérogatives et les devoirs qui s'y attachent²⁷.

Aux yeux du Conseil d'État, cette soumission à la loi et au respect du devoir de loyauté, vis-à-vis des autres parties au procès, requiert une protection vis-à-vis d'ingérences éventuelles de la part du pouvoir politique. L'impartialité du ministère public constitue un aspect de l'impartialité de la juridiction en tant que telle. Le meilleur moyen de garantir ce rôle particulier du ministère public est de reconnaître son indépendance fonctionnelle. Si l'impartialité du parquet est un aspect de l'impartialité de la juridiction, l'indépendance fonctionnelle du parquet est, dans cette optique, le corollaire de l'indépendance du siège²⁸.

L'opportunité des poursuites dont bénéficie le procureur est exercée dans le cadre de la loi. Elle ne saurait être comprise comme ouvrant la voie à des choix de politique criminelle, l'adoption de la loi pénale relevant du seul législateur. À noter que la procédure pénale prévoit, au profit des victimes, des réponses à une inaction éventuelle des parquets, qu'il s'agisse de la citation directe, de la constitution de partie civile ou encore du recours contre le classement d'une plainte. Par contre, il s'impose de protéger les parquets contre des immixtions ou ingérences de la part du pouvoir politique dans leur fonction d'exercer l'action publique et de demander l'application de la loi. Omettre la reconnaissance de l'indépendance du ministère public revient à garantir la conformité avec la Constitution d'un dispositif légal qui investit le ministre de la Justice du pouvoir de déclencher des poursuites pénales qu'il considère comme opportunes. Si l'opportunité des poursuites dans le chef du procureur s'exerce dans le cadre de la loi, l'opportunité du ministre est, par essence, de nature politique.

L'évolution dans les autres États européens quant à l'indépendance du ministère public

La position nouvelle prise par la Commission s'inscrit en contre-courant des évolutions récentes dans d'autres États européens qui connaissent l'institution du ministère public dans les formes comparables à celles au Luxembourg. En effet, dans la plupart de ces ordres juridiques, le rôle particulier du ministère public est reconnu *expressis verbis* dans les textes constitutionnels, qui contiennent également des règles sur son statut ou qui déterminent ses missions et cela dans des termes le mettant à l'abri d'une prise d'influence politique²⁹.

Le Conseil d'État rappelle que le dispositif initialement prévu dans la proposition de révision n°6030 précitée trouve son origine dans la révision constitutionnelle intervenue en Belgique par la loi du

25 Article 31 du code de procédure pénale français : « 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. »

26 Sous l'égide de la Cour de Cassation, *Quel avenir pour le ministère public ?*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2008.

27 Voir Conseil constitutionnel, décisions n°s 93-326 DC du 11 août 1993 et 95-360 DC du 2 février 1995.

28 R. HAYOIT DE TERMICOURT, Procureur Général près la Cour d'Appel de Bruxelles, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1936, pp. 961 et suivants : « 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. Or, cette impartialité, on la contesterait nécessairement le jour où le ministère public ne jouirait plus de l'indépendance et où un homme politique, si éminente que soit sa valeur, mais soumis au contrôle d'assemblées politiques, pourrait décider que telle personne ne sera pas poursuivie, que telles infractions demeureront impunies. Ce serait d'ailleurs faire au ministre le plus encombrant et le plus dangereux des présents. Une fois admis qu'il peut entraver l'exercice de l'action publique, à quelles sollicitations sera-t-il exposé, de quels ménagements devra-t-il user ? Souvent même il lui sera bien difficile de refuser d'accueillir les requêtes vigoureusement appuyées qu'il peut écarter aujourd'hui par une simple déclaration à défaut de pouvoirs. »

29 Les organes des Nations Unies compétents en matière de droits de l'homme ont également abordé la question de l'indépendance du ministère public en relation avec l'indépendance de la Justice. Le Conseil d'État renvoie, à titre d'exemple, « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur l'indépendance des juges et des avocats », G. KNAUL, doc. n° A/HRC/20/19. <https://undocs.org/fr/A/HRC/20/19>.

20 novembre 1998. Il souligne l'importance de la référence à l'ordre juridique belge pour le droit constitutionnel et pour le droit pénal luxembourgeois.

Comme exposé ci-dessus, la position du ministère public en France est différente et le dispositif actuellement proposé peut être compris comme un rapprochement avec le statut des parquets en France. Au-delà des tentatives de réforme, il n'est pas inutile de rappeler les positions adoptées par le Conseil constitutionnel français sur le rôle du ministère public. Se référant à l'article 64, alinéa 1^{er}, de la constitution française relatif à l'indépendance de l'autorité judiciaire³⁰, il a jugé 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 »³¹. Cette prise de position n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de reconnaître la différence de fonction et de statut entre les magistrats du ministère public et ceux du siège, ni d'admettre qu'il appartient au seul gouvernement de déterminer et de conduire la « politique de la nation »³², sous-entendu également en matière pénale.

D'autres États européens, de tradition juridique française, consacrent également l'indépendance du ministère public ou énoncent des garanties constitutionnelles pour l'exercice de ses missions.

Ainsi, depuis la réforme du 23 novembre 1999, la constitution italienne ne distingue plus, en ce qui concerne le statut des magistrats, entre les juges et les magistrats du ministère public et vise l'indépendance du ministère public³³. La constitution espagnole de 1978 circonscrit le rôle du ministère public

30 « Le président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. »

31 Décision n° 207-680 QPC du 8 décembre 2017. Dès sa décision précitée du 11 août 1993, le Conseil constitutionnel avait reconnu l'unité du corps judiciaire.

32 Article 20 de la Constitution de la République française.

33 « Art. 107. I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.

Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario. »

« Art. 107. Les magistrats sont inamovibles. Ils ne peuvent être privés ou suspendus de leur service ni affectés à d'autres sièges ou à d'autres fonctions si ce n'est qu'à la suite d'une décision du Conseil supérieur de la magistrature, adoptée soit pour les motifs et avec les garanties de la défense prévus par les règles sur l'organisation judiciaire, soit avec le consentement des intéressés. Le Ministre de la justice a la faculté de donner cours à l'action disciplinaire. Les magistrats ne se distinguent entre eux que par la diversité de leurs fonctions.

Le ministère public jouit des garanties qui lui sont accordées par les règles relatives à l'organisation judiciaire. »

« Art. 108. Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia. »

« Art. 108. Les règles relatives à l'organisation judiciaire et à chaque magistrature sont fixées par la loi. La loi garantit l'indépendance des juges des juridictions spéciales, du ministère public auprès de celles-ci, et des personnes n'appartenant pas à la magistrature et qui participent à l'administration de la justice. »

https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_francese.pdf.

dans des termes qui visent à le mettre à l'abri d'une prise d'influence du gouvernement³⁴. La même observation peut être faite pour la constitution portugaise³⁵.

La prise en compte des positions du Conseil de l'Europe

Peuvent également être invoquées à l'encontre d'un abandon d'une reconnaissance constitutionnelle de l'indépendance du ministère public les prises de position de différents organes du Conseil de l'Europe, résultat d'études et de réflexions sur de longues années.

Dans le commentaire de la proposition de révision sous avis, les auteurs rappellent que la Commission européenne pour la démocratie par le droit (ci-après « Commission de Venise ») a constaté, dans un rapport de 2010, que « si la tendance générale est à accorder une plus grande indépendance au ministère public, aucune norme commune ne l'exige »³⁶. À la lecture intégrale de ce rapport, il s'avère toutefois que la Commission de Venise adopte une position plus nuancée. Elle présente les principaux modèles d'organisation du ministère public dans les États membres du Conseil de l'Europe, en relevant la diversité et les points de convergence des systèmes. Elle passe en revue le statut du procureur général

34 « Artículo 124

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. »

« Article 124

1. *Le ministère public, sans préjudice des fonctions confiées à d'autres organes, a pour mission de promouvoir l'action de la justice en défense de la légalité, des droits des citoyens et de l'intérêt public protégé par la loi, d'office ou à la demande des intéressés, de veiller à l'indépendance des tribunaux et de rechercher devant ceux-ci la satisfaction de l'intérêt social.*

2. *Le ministère public exerce ses fonctions par l'intermédiaire de ses propres organes conformément aux principes de l'unité d'action et de la dépendance hiérarchique et, dans tous les cas, à ceux de la légalité et de l'impartialité.*

3. *La loi définira le statut organique du ministère public.*

4. *Le Procureur général de l'État sera nommé par le Roi, sur proposition du Gouvernement, et après consultation du Conseil général du pouvoir judiciaire. »*

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionFRANCES.pdf>.

35 « Artigo 219

1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.

3. A lei estabelece formas especiais de assessoria junto do Ministério Público nos casos dos crimes estritamente militares.

4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

5. A nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da ação disciplinar competem à Procuradoria-Geral da República. »

« Article 219

1. *Le ministère public représente l'État et défend les intérêts protégés par la loi. Il participe également à l'application de la politique pénale définie par les pouvoirs publics constitutionnels, il exerce l'action pénale selon le principe de la légalité et il défend la légalité démocratique, conformément aux dispositions du paragraphe suivant et dans les conditions prévues par la loi.*

2. *Le ministère public jouit d'un statut propre et d'autonomie, dans les conditions prévues par la loi.*

3. *Pour les infractions de nature strictement militaire, la loi établit les modalités particulières selon lesquelles le ministère public peut bénéficier d'une assistance.*

4. *Les agents du ministère Public sont des magistrats responsables, relevant d'une hiérarchie et qui ne peuvent être mutés, mis à la retraite, suspendus ou démis de leurs fonctions hormis les cas prévus par la loi.*

5. *La nomination, l'affectation, la mutation et l'avancement des agents du ministère Public ainsi que l'exercice de l'action disciplinaire à leur encontre appartiennent au Parquet général de la République ou Procuradoria-Geral da República. »*

<https://dre.pt/constitution-de-la-republique-portugaise>.

36 Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire (CDL-AD(2010)040), partie II – Le ministère public, adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière, Venise, 17 au 18 décembre 2010, p. 17.

et des procureurs, y compris au regard des questions de formation et de rémunération. Elle met en évidence les critères de qualité auxquels doit répondre un procureur qui « doit faire preuve d'équité et d'impartialité »³⁷ et relève le risque de décisions incorrectes et d'ingérence politique. Elle attire toutefois l'attention sur le « risque [...] pour les droits de l'homme des personnes concernées mais aussi pour l'indépendance de la justice dans son ensemble »³⁸ si des pouvoirs excessifs sont accordés au ministère public qui échapperaient à un contrôle par les juges. Sans nier la « différence essentielle de perception de la notion d'indépendance ou d'autonomie, selon qu'elle s'applique aux juges ou au ministère public »³⁹, elle relève l'importance des « garanties [au profit du ministère public] contre les pressions extérieures ».⁴⁰ Selon la Commission de Venise, « [l]'élément crucial semble être le suivant : la décision d'engager ou non des poursuites devrait incomber au seul ministère public et non au pouvoir exécutif ou au pouvoir législatif. Toutefois, l'élaboration de la politique en matière de poursuite (par exemple priorité donnée à certains types d'affaires, délais, coopération plus étroite avec d'autres organes, etc.) semble être un domaine dans lequel le Parlement et le ministère de la Justice ou le gouvernement peuvent, à juste titre, jouer un rôle décisif. »⁴¹

Toujours en ce qui concerne la position de la Commission de Venise, il s'impose de considérer un rapport plus récent de 2016 sur les critères de l'État de droit⁴². Dans ce rapport, la Commission de Venise considère comme critère d'un État de droit l'exigence que le Ministère public « bénéficie [...] d'une autonomie suffisante au sein de la structure de l'État [lui permettant d'agir] sur la base du droit, et non de l'opportunité politique »⁴³. 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 »⁴⁴. Elle relève également l'exigence d'impartialité nécessaire au bon fonctionnement du système judiciaire⁴⁵. Selon la Commission de Venise, ces exigences relèvent des « principes fondamentaux de l'indépendance de la justice »⁴⁶ et doivent figurer dans la Constitution des États membres du Conseil de l'Europe⁴⁷.

Le Conseil d'État renvoie également à la position adoptée par le Conseil consultatif des procureurs européens, qui constitue un organe consultatif du Conseil de l'Europe institué en 2005 par le Conseil des ministres. Le Conseil consultatif a adopté en 2014 un avis sur les normes et principes européens concernant les procureurs, contenant une Charte, dite « Charte de Rome »⁴⁸. Ce texte souligne à son tour le lien entre l'indépendance et l'autonomie du ministère public et l'indépendance du pouvoir

37 *Idem*, n°15, p. 5.

38 « Compte tenu de cette diversité, cette deuxième partie du rapport consacrée au ministère public est axée sur les garanties contre les pressions extérieures dont bénéficie le ministère public. En particulier lorsque le ministère public est subordonné au pouvoir exécutif, ces garanties sont nécessaires pour le protéger de toute influence politique indue de ce pouvoir. Parmi les autres garanties examinées dans le présent rapport, un instrument fréquemment utilisé est celui du conseil indépendant de procureurs chargé des nominations, des promotions et de la discipline. », n°73, p. 14.

39 *Idem*, n°28, p. 7.

40 *Idem*, n° 85, p. 16.

41 *Idem*, n°43, p. 10.

42 *Liste des critères de l'État de droit*, adoptée par la Commission de Venise à sa 106e session plénière, (Venise, 11-12 mars 2016), entérinée par les délégués des ministres lors de leur 1263e réunion (6-7 septembre 2016), entérinée par le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe à sa 31e session (19-21 octobre 2016).

43 *Idem*, 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'État ? Agit-il sur la base du droit, et non de l'opportunité politique ? »).

44 *Idem*, n° 91, p. 23.

45 *Idem*, n° 95, p. 24.

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

47 *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 ? »).

48 CCPE, Avis n° 9 (2014) sur les normes et principes européens concernant les procureurs, du 17 décembre 2014, CCPE(2014)4Final, dite « Charte de Rome ».

judiciaire dans une optique de respect de la séparation des pouvoirs⁴⁹. La note explicative insiste sur l'exigence de l'indépendance du procureur, élément central dans un État de droit⁵⁰.

Le Groupe d'États du Conseil de l'Europe contre la corruption, ci-après « GRECO », constitue un autre organe créé au sein du Conseil de l'Europe, qui a formulé, parmi les recommandations adressées aux États, la garantie de l'indépendance des parquets. À l'occasion 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 »⁵¹, « recommandé (en ce qui concerne le Luxembourg) 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 »⁵² que constituait la proposition de révision n° 6030. Dans son (premier) rapport de conformité intérimaire adopté lors de sa 82e réunion plénière (Strasbourg, 18-22 mars 2019) du Luxembourg, le GRECO a « apprécié tant les dispositions énonçant l'indépendance du Ministère public que les dispositions visant à traduire concrètement cette indépendance dans le fonctionnement du parquet » et considéré « 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 ».⁵³

Dans son deuxième rapport de conformité intérimaire adopté lors de sa 86e réunion plénière (Strasbourg, 26-29 octobre 2020), le GRECO a rappelé, à propos de la recommandation xiii émise en 2013, qu'il « avait 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 ».

À propos des changements d'orientation intervenus au Luxembourg, le GRECO s'exprime comme suit :

« Le GRECO regrette profondément l'abandon du consensus politique autour de la consécration dans les textes du principe de l'indépendance du ministère public, qui a été biffé de la proposition de révision du chapitre de la Constitution sur la Justice déposée le 5 mai 2020 à la Chambre des Députés. Ce consensus a été remplacé par un compromis en faveur du maintien de la situation antérieure, qu'il avait critiquée dans le Rapport d'Évaluation de 2013.

Alors que les travaux autour de cette question depuis 2013 allaient dans le sens d'une attente légitime concernant l'indépendance du parquet, il souligne que le maintien du statu quo ante risque de raviver les risques et les craintes d'intervention du pouvoir exécutif dans les dossiers sensibles et de venir remettre en cause la pratique établie d'une absence d'intervention. Il s'agit

49 « 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. »

50 « 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 États 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. »

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

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

53 Rapport : point 53 ; <https://rm.coe.int/quatrieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-des-parlement/168093ab41>.

là d'un pas en arrière, d'une chance perdue de cimenter au plus haut niveau juridique le principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du parquet.

Le GRECO appelle les autorités luxembourgeoises à revoir leur position sur cette question, conformément à la recommandation. En attendant, il ne peut que constater que la recommandation redevient non mise en œuvre.

Le GRECO conclut que la recommandation xiii est non mise en œuvre. »⁵⁴

Parmi les organes du Conseil de l'Europe, une importance toute particulière revient à la Cour européenne des droits de l'homme, dont il convient de rappeler l'évolution de la jurisprudence.

Jusqu'à une période récente, la Cour européenne des droits de l'homme a uniquement été amenée à examiner la position du ministère public dans les ordres constitutionnels des États membres au regard de l'article 5, paragraphe 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La question était de savoir si le ministère public constituait une autorité judiciaire au sens de cette disposition. Cette qualification a été refusée, en particulier, au ministère public en France, au motif que « les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3 »⁵⁵. Même si cette jurisprudence ne peut pas être interprétée en ce sens que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales imposerait l'indépendance du ministère public, elle peut être comprise en ce sens que le ministère public peut difficilement être considéré comme une branche du pouvoir judiciaire et que ses membres ne méritent pas le qualificatif de magistrat si l'indépendance de ce corps par rapport à l'exécutif n'est pas garantie. En d'autres termes, le refus de reconnaissance de l'indépendance jette le doute sur l'appartenance des parquets à l'institution judiciaire.

Dans un arrêt récent du 5 mai 2020⁵⁶, la Cour a franchi un pas supplémentaire en soulignant l'importance de l'indépendance du ministère public en tant qu'élément clé du maintien de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans un État de droit. Appelée à apprécier la révocation par le ministre de la justice de Roumanie d'un procureur, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « 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. »

L'évolution du droit de l'Union européenne

Si, historiquement, les questions relatives à l'indépendance du ministère public n'étaient pas au centre des compétences et des discussions de l'Union européenne, la question s'est posée en relation avec l'instauration du mandat d'arrêt européen⁵⁷ et la création du Parquet européen.

Dans des arrêts relatifs à la qualification comme « autorité judiciaire d'émission » d'un mandat d'arrêt européen, la Cour de justice de l'Union européenne, statuant sur renvoi préjudiciel, entre autres, de la Cour d'appel de Luxembourg, a reconnu que la qualité d'autorité judiciaire « s'applique également au procureur général d'un État membre compétent pour exercer les poursuites pénales, pourvu que son statut lui confère une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de l'émission du mandat d'arrêt européen », en l'occurrence aux parquets respectifs des tribunaux de grande instance de Lyon et de Tours⁵⁸. Le Conseil d'État comprend l'arrêt en ce sens que la reconnaissance du ministère public comme une des branches du pouvoir judiciaire requiert l'existence d'une garantie d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif pour que le ministère public puisse être reconnu comme autorité judiciaire au sens du mandat d'arrêt européen.

⁵⁴ Rapport : points 40 à 43 ; <https://rm.coe.int/quatrieme-cycle-d-evaluation-prevention-de-la-corruption-des-parlement/1680a0424e>.

⁵⁵ CEDH, *Medvedyev et a. c/ France*, n° 3394/03, arrêt du 29 mars 2010 ; *Moulin c/ France*, n° 37104/06, arrêt du 23 novembre 2010.

⁵⁶ CEDH, *Kövesi c. Roumanie*, n° 3594/19, arrêt du 5 mai 2020.

⁵⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

⁵⁸ CJUE, arrêt du 12 décembre 2019, JR et YC, affaires jointes C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077.

Par le règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, a été créé un Parquet européen, auquel est expressément reconnu l'indépendance⁵⁹. 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 État membre de l'Union européenne, ou d'aucune institution, d'aucun organe ou organisme de l'Union [et que] les États 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 »⁶⁰. Le Parquet européen exerce ses fonctions en s'appuyant sur les ministères publics des États membres et son objet est la poursuite de formes de criminalité susceptibles d'impliquer des organes et des responsables des États membres ; aussi son indépendance ne saurait se concevoir sans celle des ministères publics nationaux par l'intermédiaire desquels il agit⁶¹.

Dans son rapport 2020 sur l'état de droit, daté du 30 septembre 2020⁶², la Commission européenne note que « l'indépendance du ministère public à l'égard de l'exécutif est de plus en plus sujette à débat, car elle a des implications importantes pour la capacité à lutter contre la criminalité et la corruption »⁶³. Tout en reconnaissant qu'il « n'existe pas de modèle unique dans l'UE pour la structure institutionnelle du ministère public », elle souligne que des « garanties institutionnelles peuvent contribuer à faire en sorte que le ministère public soit suffisamment indépendant et exempt de pressions politiques intempestives »⁶⁴. Le rapport fait encore état de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a « souligné que l'indépendance des procureurs était un élément clé pour la sauvegarde de l'indépendance de la justice »⁶⁵.

Dans le chapitre consacré à la situation de l'état de droit au Luxembourg⁶⁶, la Commission relève ce qui suit :

« Si le projet initial de révision [de la Constitution] prévoyait de faire figurer l'indépendance des juges et du ministère public, la version la plus récente mentionne uniquement l'indépendance des juges, ce qui a suscité des préoccupations auprès de certaines parties prenantes. Cette révision fera également l'objet d'un débat à la Chambre des députés.

Le pouvoir conféré au ministre de la Justice d'ordonner des poursuites dans le cadre d'une affaire spécifique n'est pas utilisé dans la pratique et s'accompagne de garanties. Le ministère public est indépendant, mais l'action publique est exercée formellement sous l'autorité du ministre de la Justice. Le ministre est compétent pour enjoindre au ministère public d'engager des poursuites dans une affaire spécifique, mais il ne peut pas lui ordonner de s'abstenir d'engager des poursuites. Lorsque des instructions spécifiques de poursuite sont données, elles doivent être motivées et émises par écrit, et les parties à la procédure judiciaire y ont accès. En outre, il apparaît que le pouvoir de donner des instructions spécifiques n'est pas utilisé dans la pratique. Les garanties juridiques mises en place, associées à la pratique actuelle, semblent atténuer le risque pour l'autonomie du ministère public. »

Les analyses qui précèdent amènent le Conseil d'État à considérer que la consécration constitutionnelle de l'indépendance du ministère public a pu être considérée, à juste titre, comme la reconnaissance, dans la norme luxembourgeoise la plus importante, d'une pratique qui s'inscrit, de surcroît, dans une évolution du droit européen en la matière, qu'il s'agisse du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne. L'abandon de cette initiative risque d'être lu comme une mise en cause de la position du ministère public dans l'ordre constitutionnel luxembourgeois, n'excluant pas une pratique d'instruction individuelle, voire une modification législative permettant des instructions à portée générale.

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

60 Article 6, paragraphe 1, du Règlement précité.

61 Voir, en ce sens H. Matsopoulo, L'application du principe de l'indépendance de l'autorité judiciaire aux magistrats du parquet, *JCP, édition générale*, 2018, p. 51.

62 Rapport 2020 sur l'état de droit. La situation de l'état de droit dans l'Union européenne.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580&from=EN>.

63 *Idem*, p. 11.

64 La Commission européenne se réfère au rapport de la Commission de Venise de 2016.

65 *Idem*, p. 11, citant l'arrêt du 5 mai 2020, *Kövesi c. Roumanie*, affaire 3594/19, point 208.

66 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020SC0315&from=EN>.

En conclusion, le Conseil d'État se prononce en faveur du maintien du dispositif prévu dans la proposition de révision n° 6030 précitée, dans la version des amendements adoptés par la Commission le 10 juillet 2019, aux termes duquel :

« (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. »

À titre subsidiaire, le Conseil d'État peut se rallier à la solution proposée, également à titre subsidiaire, par le Gouvernement dans sa prise de position, et qui se lit comme suit :

« (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, sans préjudice du droit du Gouvernement d'arrêter des directives de politique criminelle. »

Article 88

L'article 88 reprend le dispositif de l'article 100 de la proposition de révision n° 6030 précitée sur le statut des magistrats, en omettant la seconde phrase du paragraphe 3, aux termes de laquelle « les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent être prononcées qu'à la suite d'une décision du Conseil national de la Justice ».

Dans son avis complémentaire du 10 mars 2020 sur le projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice, le Conseil d'État avait relevé, par rapport aux dispositions relatives à la discipline des magistrats, ce qui suit :

« Le Conseil d'État attire encore l'attention des auteurs du projet de loi sous examen sur le rapport des textes proposés avec le dispositif de l'article 100, paragraphe 3, alinéa 2, de la proposition de révision n° 6030 de la Constitution portant instauration d'une nouvelle Constitution, dans sa formulation issue des amendements parlementaires du 10 juillet 2019. Aux termes de ce dispositif, « les sanctions disciplinaires prévues par la loi ne peuvent être prononcées qu'à la suite d'une décision du Conseil national de la justice ». Dans son quatrième avis complémentaire du 11 février 2020 sur la proposition de révision n° 6030 de la Constitution portant instauration d'une nouvelle Constitution, le Conseil d'État s'est interrogé sur la portée de ce texte et notamment sur la référence à une décision du Conseil national de la justice. Il a envisagé une formule plus générale, renvoyant à la loi pour l'octroi au Conseil d'éventuelles compétences en matière disciplinaire, ou envisagé une détermination plus détaillée, dans le nouveau texte constitutionnel, des compétences du Conseil en matière disciplinaire ».

Par l'omission de la seconde phrase du paragraphe 3, les auteurs de la proposition de révision sous examen tiennent compte de ces considérations du Conseil d'État. C'est dans le cadre du nouvel article 90 relatif au Conseil national de la justice que sera évoquée la question de la discipline des magistrats et le rôle éventuel du Conseil de la justice.

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec le dispositif prévu.

Dans la mesure où le nouvel article 90 renvoie à la loi pour déterminer les compétences du Conseil national de la justice dans les procédures disciplinaires, le Conseil d'État ne saurait se rallier à la proposition du Gouvernement d'ajouter, à l'article 88, un paragraphe 4 prévoyant que la juridiction disciplinaire ne prononce des sanctions que sur saisine du Conseil national de la justice. Il relève, au passage, le caractère inadéquat de la formulation, qui devrait, dans la logique des auteurs du texte, prévoir que la juridiction disciplinaire ne peut statuer que sur saisine du Conseil national de la justice. Dès lors que la Constitution renvoie à la loi pour déterminer les compétences et les procédures en matière disciplinaire, le Conseil d'État a des réserves de voir élever au rang constitutionnel certaines règles procédurales.

Étant donné que les juridictions disciplinaires ne constituent pas un ordre particulier, au sens des articles 84*bis* à 84*ter*, et que l'organisation des juridictions se fera par la loi, au titre de l'article 85, il n'y a pas davantage lieu, comme le propose le Gouvernement, de faire référence à ces juridictions disciplinaires et à la procédure à suivre.

Article 89

L'article 89 reprend le dispositif de l'article 101 de la proposition de révision n° 6030 sur le serment des magistrats.

Le Conseil d'État renvoie à ses avis antérieurs relatifs à la proposition de révision n° 6030.

Article 90

L'article 90 reprend, à l'alinéa 1^{er}, le dispositif de l'article 102 de la proposition de révision n° 6030 précitée sur le Conseil national de la justice, en y apportant certaines modifications.

Alors que le texte de l'article 102 prévoit, à l'alinéa 1^{er}, que le Conseil national de la justice « respecte l'indépendance des magistrats », le dispositif sous examen donne au Conseil mission de veiller au bon fonctionnement de la justice « dans le respect de son indépendance ». L'article 2 du projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice⁶⁷ prévoit, à son tour, que le Conseil « garantit l'indépendance des magistrats du siège dans l'exercice des fonctions juridictionnelles », mais aussi « l'indépendance du ministère public dans l'exercice de l'action publique et la réquisition de l'application de la loi ».

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec la suppression du bout de phrase « respecte l'indépendance des magistrats ». La question du respect de cette indépendance peut se poser, d'abord, en relation avec des ingérences ou pressions dont pourraient faire l'objet les magistrats et le Conseil national de la justice ne sera pas appelé à constituer une instance de recours des magistrats victimes de tels actes, sauf bien sûr à conclure que le bon fonctionnement de la justice se trouve affecté. Cette question peut surgir, en outre, en relation avec des procédures disciplinaires engagées contre des magistrats ; ce n'est que si ces procédures ne relevaient pas de la compétence de juridictions disciplinaires qu'un rôle particulier du Conseil national de la justice pourrait être nécessaire.

Le Conseil d'État peut marquer son accord avec le maintien d'un renvoi à l'indépendance en tant que cadre dans lequel s'exercera la mission du Conseil de veiller au bon fonctionnement de justice, même s'il a des difficultés à envisager que le Conseil national de la justice, composé majoritairement de magistrats, puisse, dans l'exercice de ses compétences, porter atteinte à l'indépendance de la justice.

Le Conseil d'État souligne la portée de la référence à l'indépendance de la justice en tant que telle, dans une optique de séparation des pouvoirs et d'État de droit. Il relève que la justice est exercée, non seulement par les magistrats du siège, mais également par ceux du ministère public. Dans cette logique, la formulation proposée par les auteurs de la proposition de révision n'est pas en ligne avec la suppression, à l'article 87, de la référence à l'indépendance du ministère public.

Le Conseil d'État ne suit pas la proposition du Gouvernement d'investir le Conseil national de la justice de la mission expresse de « veiller » à l'indépendance de la justice, dans la mesure où cette formulation renvoie à l'idée de « garantir » cette indépendance. Il renvoie à ses avis antérieurs dans lesquels il a souligné que les garanties d'indépendance sont données par le cadre constitutionnel et légal⁶⁸. Par quels pouvoirs ou moyens d'action le Conseil national de la justice assumerait-il une telle mission ? Qui pourrait le saisir et par quelle procédure ? Appelé à être un gardien de l'indépendance de la justice, y compris, le cas échéant, à l'égard des organes des pouvoirs législatif et exécutif, le Conseil national de la justice devrait également voir ses compétences étendues dans la mission de « veiller » au bon fonctionnement de la justice, au-delà du rôle dans les procédures disciplinaires à régler dans la loi.

67 Projet de loi n° 7323 portant organisation du Conseil suprême de la justice et modification :

1. du Code pénal ;
2. du Code de procédure pénale ;
3. de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation ;
4. de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire ;
5. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif ;
6. de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle ;
7. de la loi modifiée du 7 juin 2012 sur les attachés de justice.

68 Conseil d'État, avis complémentaire du 10 mars 2020 sur le projet de loi portant organisation du Conseil suprême de la justice et modification [...], doc. parl. n° 7323/10, p. 3 ; avis précité du 6 juin 2012, doc. parl. n° 6030/6.

L'alinéa 2 de l'article 90 reproduit l'alinéa 2 de l'article 102 de la proposition de révision n° 6030 précitée et le Conseil d'État renvoie à ses considérations antérieures.

La nouvelle formulation de l'alinéa 3 vise à mettre en évidence que le Grand-Duc a une compétence liée en matière de nomination des magistrats et que ses attributions sont uniquement d'ordre formel. Dans cette logique, le Conseil d'État peut se rallier à la proposition du Gouvernement de remplacer le terme « proposés » par celui de « présentés », étant donné que ce concept ne laisse aucun doute sur l'absence de pouvoir d'appréciation du Grand-Duc et du membre du Gouvernement qui contresigne l'acte de nomination.

Dans la logique de son analyse relative au statut du ministère public, le Conseil d'État peut encore se rallier à la proposition du Gouvernement de préciser que le Grand-Duc nomme les magistrats du siège et ceux du ministère public, même si le dispositif de la proposition de révision ne laisse pas de doute que les deux catégories de magistrats sont visées.

La procédure de nomination des magistrats et le rôle du Conseil national de la justice constituent encore des arguments forts en faveur du maintien d'une disposition constitutionnelle sur l'indépendance du ministère public. En effet, le Conseil national de la justice décidera de la nomination de tous les magistrats, sans distinguer entre ceux du siège et ceux du ministère public. Il sera majoritairement composé de magistrats, sans que le dispositif prévu ne distingue entre les deux catégories. Les membres du Conseil national de la justice, juges du siège, vont intervenir dans la désignation des magistrats des parquets et les membres du Conseil national de la justice, magistrats du ministère public, participent au processus de désignation des juges. Cette unicité du régime, que le Conseil d'État approuve, est difficilement conciliable avec des différences de statut, les juges étant indépendants et les magistrats du parquet ne l'étant pas. On pourrait même soutenir qu'investir des magistrats du ministère public, non indépendants, de compétences pour la nomination de magistrats du siège, pourrait être lu comme mettant en cause l'indépendance de ceux-ci. L'unicité du rôle de tous les membres magistrats du Conseil national de la justice dans la nomination et l'unicité du régime de nomination impliquent que l'indépendance des magistrats du siège doit valoir également pour le ministère public, dans le respect, il est vrai, des compétences respectives.

L'alinéa 4 relatif aux attributions que la loi peut conférer au Conseil national de la justice dans les procédures disciplinaires constitue une disposition nouvelle par rapport à l'article 102 de la proposition de révision n° 6030 précitée et doit être considéré en relation avec l'omission, à l'article 88, d'un renvoi à une décision du Conseil national de la justice en matière disciplinaire.

Le texte proposé constitue la reprise d'une suggestion faite par le Conseil d'État dans son quatrième avis complémentaire du 11 février 2020 sur la proposition de révision n° 6030 précitée, sous l'« Amendement 12 concernant l'article 100 ».

Le dernier alinéa de l'article 90 reproduit le dernier alinéa de l'article 102 de la proposition de révision n° 6030 précitée et le Conseil d'État renvoie à ses considérations antérieures.

Articles 91 à 93

Les articles 91 à 93 reprennent les dispositions des articles 104 à 106 de la proposition de révision n° 6030 telle qu'arrêtée par la Commission le 10 juillet 2019. Les textes remontent à des propositions faites par le Conseil d'État dans son avis du 6 juin 2012.

Article 94

À l'article sous examen, il y a lieu de se référer aux « obligations découlant du Statut de Rome de la Cour pénale internationale », étant donné que l'instrument international en question a été approuvé par la loi du 14 août 2000 et est entré en vigueur en droit international en date du 1^{er} juillet 2002.

Article 95ter

Le Conseil d'État renvoie à ses avis émis dans le cadre des dossiers n° 6030 et 7414B.

Pour ce qui est du paragraphe 5, points 1°, lettre b), et 2°, le Conseil d'État peut marquer son accord avec le remplacement de l'avis « conjoint » par l'avis « conforme » de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. En effet, le constituant opte pour un système de nomination des membres de la Cour constitutionnelle qui échappe à la compétence du Conseil national de la justice. Pour éviter la possibilité d'une emprise de nature politique, il comprend en effet que la référence à l'avis « conjoint » de la Cour supérieure de la justice et de la Cour administrative soit remplacée par un renvoi à un avis

« conforme ». Tout comme le GrandDuc nommera, au titre de l'article 90, « les magistrats proposés par le Conseil national de la justice », il nommera les membres effectifs et suppléants visés au paragraphe 5 sur avis « conforme » de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

Article 2

Sans observation.

*

OBSERVATIONS D'ORDRE LEGISTIQUE

Observation générale

L'article est indiqué en introduction du texte sous la forme abrégée « **Art.** ».

Intitulé

Lors des renvois à des subdivisions du dispositif, il convient de rédiger celles-ci avec une lettre initiale minuscule. À l'intitulé, il y a dès lors lieu d'écrire « Proposition de révision du chapitre VI de la Constitution ».

Article 1^{er}

À la phrase liminaire, en renvoyant à l'observation relative à l'intitulé ci-avant, il convient d'écrire :

« Le chapitre VI de la Constitution est modifié comme suit : ».

Dans un souci de cohérence interne du texte de la Constitution, à l'intitulé relatif à l'organisation de la Justice, il est recommandé d'insérer après le symbole « § » les lettres « er » en exposant, pour écrire :

« §1^{er}. – De l'organisation de la Justice ».

À l'article 95^{ter}, paragraphe 4, dans sa nouvelle teneur proposée, dans un souci de cohérence interne du texte de la Constitution, il est recommandé d'écrire « Cour Constitutionnelle ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 20 votants, le 17 novembre 2020.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente,
Agy DURDU

