

N° 7575¹²**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2020-2021

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

* * *

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS
DU BARREAU DE LUXEMBOURG**

(25.11.2020)

CONSIDERATIONS GENERALES

Le Conseil de l'Ordre salue la proposition de révision du chapitre VI de la Constitution en ce qu'il permet d'ancrer le conseil supérieur de la magistrature dans la Constitution.

De manière générale, le Conseil de l'Ordre aurait préféré que le chapitre VII du projet de refonte de la Constitution inscrit sous le numéro 6030 intitulé « Proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution » (ci-après le « Projet 6030 ») soit repris dans son intégralité pour l'actuelle proposition de refonte¹.

Le Conseil de l'Ordre limitera ses observations particulières à la proposition de formulation du nouvel article 87 de la Constitution et formulera une proposition visant à compléter le libellé du nouvel article 90 de la Constitution.

*

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 87

Le Conseil de l'Ordre note que l'actuelle proposition s'éloigne quelque peu du texte proposé dans le cadre du Projet 6030.

En particulier, le principe d'indépendance du ministère public n'est plus retenu par l'actuelle proposition et semble poser problème. L'actuel projet souhaite maintenir une dépendance fonctionnelle du ministère public et justifie cette proposition par les conclusions de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe qui « constate une grande diversité des systèmes qui vont de l'indépendance à l'intégration pleine et entière dans le pouvoir exécutif et d'indiquer que «la séparation des pouvoirs et le droit à un procès équitable sont inconcevables si les juges ne sont pas indépendants, ce qui est moins évident pour les procureurs, compte tenu de [cette] diversité » »².

Les auteurs du projet illustrent leurs propos, par l'observation 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 »³. Ce problème organisationnel pourrait facilement être réglé, alors que le ministère public fait partie de la magistrature debout et pourrait être installé au prétoire au même rang que les avocats. Devant certaines chambres, cette approche est d'ailleurs déjà pratiquée et pourrait être consacrée par un simple ajout à la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire.

1 Il est déploré que l'article 93 de la proposition de la refonte constitutionnelle n'ait pas été repris

2 PL7575, p.6.

3 PL7575, p.6

La question plus fondamentale à régler est celle de l'indépendance qui se définit comme la « *situation d'un organe public auquel son statut assure la possibilité de prendre ses décisions en toute liberté et à l'abri de toutes instructions ou pressions* »⁴.

Sans définir le terme de « magistrat », la Constitution luxembourgeoise actuelle retient le principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. Les juges sont actuellement nommés par le Grand-Duc et c'est en sa qualité de Chef d'Etat et non de chef de l'administration générale, une fonction assumée par le pouvoir exécutif, qu'il exerce ce pouvoir de nomination. Les membres du ministère public sont également issus de la carrière des magistrats, de sorte que par leur statut la magistrature debout devrait bénéficier des mêmes garanties d'indépendance que la magistrature assise.

D'un point de vue fonctionnel, du moins en ce qui concerne les magistrats composant le ministère public, l'indépendance fonctionnelle doit être garantie dans l'exécution des fonctions dites administratives⁵.

Actuellement, cette indépendance n'est pas absolue et l'article 19 du Code de procédure pénale luxembourgeois⁶ en est la preuve. La Commission de Venise est claire sur l'engagement des poursuites : « *la décision d'engager ou non des poursuites devrait incomber au seul ministère public et non au pouvoir exécutif ou au pouvoir législatif* »⁷. Si le risque d'un refus de mise en œuvre de l'action publique justifiait sans doute à l'époque un pouvoir d'ingérence du ministre de la justice, la loi du 8 mars 2017 est venu pallier à cette carence en ce sens que le ministère public est obligé d'informer du classement sans suites d'une affaire et de motiver ce classement.

L'indépendance du ministère public ne sera d'ailleurs jamais absolue en ce sens que l'administration publique participe à la mise en oeuvre de l'action publique.

En vertu de l'article 18 de la loi modifiée du 18 juillet 2018 sur la Police grand-ducale, la police judiciaire recueille tous les renseignements que le procureur général d'État ou les procureurs d'État estiment utiles à une bonne administration de la Justice, tandis que le corps de la Police grand-ducal est placé sous l'autorité du ministre ayant la Police dans ses attributions.

Le système mis en place ne peut fonctionner que dans la mesure où les textes fondamentaux garantissent expressément l'indépendance fonctionnelle administrative dans l'exercice des poursuites engagées par le ministère public. Pour le Conseil de l'Ordre, il est essentiel que le ministère public puisse accomplir cette mission en toute impartialité et indépendance, tant au niveau de son statut qu'au niveau intellectuel. Le justiciable doit pouvoir être rassuré quant à l'absence d'ingérence de l'exécutif dans le déroulement des enquêtes pénales du ministère public. Cette garantie devrait être consacrée par la Constitution.

Le Conseil de l'Ordre note aussi que nonobstant les constats émis par la Commission de Venise, la Cour Européenne des Droits de l'Homme semble retenir que le système français, dont le système luxembourgeois s'est inspiré notamment en introduisant l'article 19 dans le Code de procédure pénale en 1989, ne semble pas présenter les caractères d'indépendance requis au sens de l'article 5 §3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : « *La Cour n'ignore pas que le lien de dépendance effective entre le ministre de la Justice et le ministère public fait l'objet d'un débat au plan interne (voir, notamment, paragraphes 25 et 28 ci-dessus). Toutefois, il ne lui appartient pas de prendre position dans ce débat qui relève des autorités nationales : la Cour n'est en effet appelée à se prononcer que sous le seul angle des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, et des notions autonomes développées par sa jurisprudence au regard desdites dispositions. Dans ce cadre, la Cour considère que, du fait de leur statut ainsi rappelé, 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* »⁸.

4 G. Cornu, vocabulaire juridique, PUF, v°indépendance

5 Selon le Conseil de l'Ordre, le juge d'instruction, un magistrat du siège peut également être cité dans ce contexte.

6 Article 19 du Code de procédure pénal : « *Le ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général d'Etat 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* ».

7 Commission de Venise, Rapport CDL-AD(2010)040, n°43, p.10.

8 Voir arrêt de la CEDH du 23 novembre 2010, Moulin c/ France, n°37104/06, §57, citant notamment Schiesser, précité, § 31, et, entre autres, De Jong, Baljet et Van den Brink c. Pays-Bas, 22 mai 1984, § 49, série A no 77, ou plus récemment Pantea c. Roumanie, no 33343/96. § 238. CEDH 2003-VI (extraits).

Pour reprendre les termes d'un discours prononcé en 2009 par Monsieur Jean-Louis Nadal, Procureur général près la Cour de cassation française : « *C'est que la déontologie est aussi un rempart de l'indépendance. Une indépendance certes d'une nature particulière pour les magistrats du ministère public, mais bien réelle quand, selon l'expression de Treilhard, le procureur devient, pendant le procès, „l'homme de la justice“.*

L'un des aspects les plus emblématiques de cette indépendance est la liberté de parole à l'audience « La plume est servie mais la parole est libre ». Si cet adage tire ses lettres de noblesse de l'ancien droit, il n'en est pas moins une prescription légale actuelle, inscrite tant dans l'ordonnance statutaire que dans le Code de procédure pénale et qui s'impose non seulement au représentant du ministère public mais aussi à sa hiérarchie qui doit savoir où s'arrête son droit de demander des comptes ».

Depuis lors le système français a évolué.

Contrairement à l'article 19 du Code de procédure pénale luxembourgeois, le droit procédural français a connu une évolution en 2013⁹. L'article 30 du Code de procédure pénale français a évolué en ce sens que le ministre de la justice n'a plus la prérogative d'enjoindre au ministère public d'engager des poursuites.

Le Conseil de l'Ordre, estime à l'instar de la Commission de Venise que « *La non-ingérence signifie veiller à ce que dans le cadre du procès, le procureur ne fasse pas l'objet de pressions externes, ni de pressions internes excessives ou illégales. Ces garanties devraient porter sur la nomination et sur la discipline/révocation, mais aussi comprendre des règles spécifiques concernant le traitement des affaires et le processus décisionnel* »¹⁰

Il s'ensuit que le Conseil de l'Ordre adhère au principe que l'indépendance du ministère public doit être garantie au même titre que l'indépendance des magistrats du siège.

Ainsi, le Conseil de l'Ordre, rejoint la proposition gouvernementale de reformuler l'article 83 du projet de la manière 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 ».

Dans cet esprit, le Conseil de l'Ordre n'adhère pas à la suggestion subsidiaire que l'indépendance du ministère public serait sans préjudice d'arrêter des lignes directrices en matière de politique répressive.

En effet, la politique répressive du pouvoir exécutif est déterminée par la pénalisation de certains comportements. Assortir des comportements contraires aux lois de sanctions pénales, respectivement dépenaliser certains comportements, devrait en principe suffire au procureur général d'Etat pour déterminer la mise en oeuvre de la politique répressive.

Permettre au gouvernement d'influer ainsi sur la politique répressive viendrait à limiter l'indépendance fonctionnelle du ministère public et apporter des pondérations différentes à la loi pénale.

Cependant, il reviendra au législateur d'encadrer cette indépendance du ministère public par un contrôle *ex post*.

En d'autres termes, le ministère public devrait être responsable et rendre compte de la détermination ainsi que de la mise en oeuvre de la politique générale répressive. Ce contrôle devrait également conférer toutes les garanties nécessaires que ce que l'organe de contrôle agisse en toute indépendance et éviter que les membres de cet organe de contrôle puissent être exposés à des pressions extérieures.

⁹ Article 30 du Code de procédure pénale, version 2013: « *Le ministre de la justice conduit la politique pénale déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales.*

Il ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles

Chaque année, il publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le Gouvernement, précisant les conditions de mise en oeuvre de cette politique et des instructions générales adressées en application du deuxième alinéa. Ce rapport est transmis au Parlement. Il peut donner lieu à un débat à l'Assemblée nationale et au Sénat. »; Article 30 du Code de procédure pénale, version 2004 : « *Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République.*

A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique

Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes »

¹⁰ Commission de Venise, Rapport CDL-AD(2010)040, n°32, p 8

Le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif ou encore le Conseil national de la justice pourraient exercer ces pouvoirs de contrôle. Bien que la décision tenant à l'attribution relève du domaine politique, le Conseil de l'Ordre estime que le Conseil national de la justice peut présenter toutes les garanties d'indépendance requises au sens des recommandations de la Commission de Venise.

*

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 90

Dans la logique de ce qui précède, le Conseil de l'Ordre propose de compléter l'article 90 du projet par la formulation suivante :

« Art. 90. Le Conseil national de la justice veille au bon fonctionnement de la justice 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, y compris le contrôle de la mise en œuvre de la politique répressive, sont fixées par la loi qui détermine également la manière de les exercer ».

Luxembourg, le 25 novembre 2020

La Bâtonnière,
Valérie DUPONG