

N° 6030³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2010-2011

PROPOSITION DE REVISION**portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution**

* * *

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

(9.7.2010)

Le Conseil de l'Ordre a été invité à exprimer son avis sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution. Eu égard au principe de la spécialité des attributions des conseils de l'ordre professionnels, il ne s'exprimera pas sur l'ensemble de la proposition, mais uniquement sur celles de ses dispositions qui touchent à l'activité professionnelle des avocats et notamment à la justice.

*

L'accès aux, et les modalités d'exercice des, professions libérales, dont fait partie la profession d'avocat, sont protégés dans le texte constitutionnel proposé par l'article 35, repris sans modification de l'article 11, paragraphe 6, de la Constitution actuelle. Le Conseil de l'Ordre n'a pas d'observation à formuler à ce propos, ni à propos de la réglementation – reprise de la Constitution actuelle, telle que modifiée par la loi de révision du 19 novembre 2004 –, du pouvoir réglementaire propre des organes professionnels dotés de la personnalité civile. C'est sur ce fondement, qui donne désormais une base constitutionnelle solide à l'article 19 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, que le Conseil de l'Ordre a promulgué son règlement d'intérieur en vigueur.

*

Des textes plus nombreux sont consacrés, dans le nouveau texte constitutionnel, à l'organisation de la Justice.

Une innovation, potentiellement importante, est constituée par l'affirmation – non dépourvue de caractère normatif –, à l'article 1er du nouveau texte, de ce que „le Grand-Duché de Luxembourg est un Etat de droit ...“. Cette reconnaissance constitutionnelle exprime a de nombreuses incidences, tant de droit matériel que de droit procédural (cf R. Ergec, „Deux concepts constitutionnels nouveaux: l'Etat de droit et la dignité humaine“, *JTL* 2009, 180). Sur le plan procédural, il a été souligné que

„L'importance des garanties juridictionnelles implique l'indépendance de la fonction juridictionnelle reconnue aujourd'hui par les démocraties libérales, qu'elles aient une dualité de juridictions ou, au contraire, un seul pouvoir judiciaire. Cette indépendance est essentielle pour la protection des libertés et donc de l'Etat de droit, ce qui a conduit certains auteurs à soutenir que c'est dans les pays à tradition anglo-saxonne que les libertés sont le mieux respectées et dans lesquels l'Etat de droit est le plus fort. De cette conception anglo-saxonne, découlera la reconnaissance d'un droit à une protection juridictionnelle effective et l'interprétation des droits de manière à leur donner un contenu concret et effectif.“ (Ergec, art cit., p. 181).

En dehors de cette référence anglo-américaine, il est possible de faire référence à la jurisprudence constitutionnelle allemande, qui s'est greffée sur la notion de *Rechtsstaat*, acclimatée dans les pays du droit français sous sa traduction d'„Etat de droit“. Elle montre que de ce principe découle le droit général à la protection juridictionnelle effective des droits, non seulement en droit privé mais aussi en droit pénal ou en droit public (Jarass/Pieroth, *Grundgesetz-Kommentar*, 9e éd., Munich, 2007, art. 20, No 31a). Avec la modification constitutionnelle, il sera donc possible à l'avenir de faire valoir, plus

efficacement que jusqu'à présent, un droit à l'accès effectif aux juridictions et au contrôle juridictionnel, y compris dans les matières de droit public, telles le droit administratif ou le droit fiscal. Le Conseil de l'Ordre ne peut que se féliciter de ce développement

On peut se demander s'il ne serait pas utile d'aller plus loin et de compléter le chapitre „Des libertés publiques et des droits fondamentaux“ de la Constitution par une garantie plus spécifique du droit à la protection juridictionnelle. Cette idée mérite assurément réflexion, même si la consécration du principe de l'Etat de droit dans l'article 1er de la Constitution aurait déjà, de l'avis du Conseil de l'Ordre, un effet largement similaire. S'il était décidé de compléter le chapitre 2 de la Constitution par des droits juridictionnels précis, il ne paraîtrait pas opportun de reprendre simplement, tel quel, le contenu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Certes, la Convention comporte des garanties, de plus en plus raffinées dans la jurisprudence européenne, du procès équitable, mais ce droit au procès équitable est un droit limité à certaines matières (les „droits et obligations de caractère civil“ ainsi que les „accusations en matière pénale“). Le fait de se borner à reprendre les garanties de l'article 6 de la Convention, avec sa limitation à certaines matières, serait une limitation, décevante, du plein potentiel du principe de l'Etat de droit en matière juridictionnelle. Il conviendrait plutôt, si cette idée était sérieusement considérée, de s'inspirer par exemple de l'article 24, paragraphe 1er, de la Constitution espagnole, aux termes duquel „toute personne a le droit d'obtenir la protection effective des juges et des tribunaux pour exercer ses droits et ses intérêts légitimes sans qu'en aucun cas cette protection puisse lui être refusée“, ou mieux encore des articles 29 et suivants de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (consacrés respectivement aux Garanties générales de procédure, à la Garantie de l'accès au juge et aux Garanties de procédure judiciaire). C'est en insérant dans le texte constitutionnel, à l'instar de l'exemple espagnol et helvétique, un texte de portée générale que l'on réussirait à apporter des garanties constitutionnelles additionnelles à celle de la Convention européenne des droits de l'homme¹.

Le chapitre 7 de la nouvelle Constitution est destiné à s'intituler „De la justice“. Il est dans une large mesure repris de la Constitution actuelle.

Il convient de saluer la reconnaissance expresse du principe de l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles (article 105) ainsi que la reconnaissance de l'indépendance des membres du ministère public, les deux étant inspirés de l'article 151, paragraphe 1er, de la Constitution belge².

L'article 151 de la Constitution belge contient cependant, dans ses paragraphes 2 et suivants, l'institution par la Constitution elle-même d'un Conseil supérieur de la justice et la définition de ses attributions. De même en France, où l'article 65 de la Constitution de la Ve République est consacré à l'institution du Conseil supérieur de la magistrature dont il définit les attributions. Il serait envisageable que de même, la Constitution luxembourgeoise prévoie elle-même l'institution du Conseil national de la magistrature.

Le Conseil de l'ordre estime par ailleurs qu'il convient d'insister, dans le texte de la Constitution, sur la séparation du corps des magistrats du siège et du corps des magistrats du Parquet. Cette séparation n'est actuellement pas assurée complètement, les Cour et tribunaux dépendant du Parquet général du point de vue administratif et financier. Il conviendrait d'abolir ce système, et de préciser dans la Constitution que les Cour et tribunaux constituent une administration propre, séparée du Ministère Public, avec son budget propre.

*

1 On remarquera ici que la jurisprudence du Comité du contentieux du Conseil d'Etat avait fait jouer naguère un rôle analogue à la garantie des „droits naturels de la personne humaine“ (article 11, paragraphe 3, de la Constitution, devenu l'article 11, paragraphe 1, et qui sera dans la nouvelle Constitution, selon le projet, l'article 14): arrêt *Fiduciaire Générale* du 25 mai 1984 (No 7261, *Rec. fisc. CE* 1984), en matière d'impôts directs. Un texte constitutionnel exprès serait toutefois préférable au recours au droit naturel.

2 Comme le souligne le commentaire des articles, le texte luxembourgeois proposé est cependant plus libéral que le texte belge en ce qui concerne le statut des membres du ministère public. En Belgique, il est prévu que „le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministère 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“. Le texte luxembourgeois omet cette réserve de l'intervention contraignante du pouvoir exécutif dans les décisions du ministère public.

Selon le projet, la Constitution luxembourgeoise continuera à reconnaître la distinction des juridictions de l'ordre judiciaire et des juridictions de l'ordre administratif. Le Conseil de l'ordre est entièrement d'accord avec cette orientation, qui reflète une donnée fondamentale de l'histoire constitutionnelle luxembourgeoise et qui, sur un plan plus pragmatique, a l'avantage réel de la spécialisation des magistrats de l'ordre administratif. Il ne convient pas de renoncer à cette spécialisation.

En revanche, le Conseil de l'ordre estime qu'il résulte d'une comparaison entre l'organisation des tribunaux de l'ordre judiciaire et celle des tribunaux de l'ordre administratif que l'absence d'une Cour de cassation pour les juridictions administratives est une lacune, regrettable, de l'Etat de droit au Luxembourg. Il propose en conséquence d'introduire, par voie constitutionnelle, la cassation en matière administrative, et de l'attribuer non pas à une Cour de cassation séparée de la Cour de cassation judiciaire, mais à une chambre de la Cour de cassation unique réorganisée³.

Cette Cour de cassation unique comporterait, par conséquent, deux chambres: une chambre judiciaire dont les attributions resteraient celles de la Cour de cassation actuelle, et une chambre administrative qui serait chargée du contrôle de la légalité des arrêts de la Cour administrative. Le fait de créer une Cour de cassation unique présente, dans un pays comme le Luxembourg, d'incontestables avantages en termes d'économie: la Cour de cassation unique aurait besoin d'un seul greffe, et les magistrats issus de l'une des chambres pourraient, au besoin, être appelés à compléter l'autre chambre si, pour une raison d'incompatibilité, l'un des membres de cette dernière n'était pas en mesure de siéger.

Cette création d'une Cour de cassation unique serait, le Conseil de l'ordre en est convaincu, un élément important de l'Etat de droit, non seulement au niveau procédural, mais également au niveau substantiel. Elle assurerait vraiment l'unité du droit luxembourgeois.

Luxembourg, le 9 juillet 2010

Gaston STEIN
Bâtonnier

3 Cette réforme exige impérativement un texte de nature constitutionnelle. La subordination de la Cour administrative à pareille Cour de cassation serait en effet incompatible, en l'état actuel du texte constitutionnel, avec l'article 95*bis* de la Constitution (appelée à devenir, dans la Constitution nouvelle proposée, l'article 119). Aux termes du paragraphe 3 de ce texte, „la Cour administrative constitue la juridiction suprême de l'ordre administratif“. Pour la priver de cette position suprême, une simple loi est insuffisante et il faut une modification de la Constitution.

