

**N° 6030<sup>4</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2010-2011

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

\* \* \*

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Avis commun de la Cour supérieure de Justice; du Parquet général; du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch et de la Justice de paix de Diekirch.....	1
2) Avis de la Cour administrative (24.9.2009) .....	8
3) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.....	15
4) Avis de la Justice de paix d'Esch-Alzette .....	18
– Dépêche du Conseiller Honoraire à la Cour d'Appel, Juge de Paix Directeur au Procureur Général d'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (1.10.2009).....	18

\*

**AVIS COMMUN**

**de la Cour supérieure de Justice; du Parquet général; du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch et de la Justice de paix de Diekirch**

**REMARQUES PRELIMINAIRES**

Par courrier du 18 août 2009, Monsieur le Ministre de la Justice a transmis au Procureur général d'Etat la proposition de révision de la Constitution aux fins d'obtenir „l'avis des autorités judiciaires“.

Le présent avis exprime la position de

- la Cour supérieure de Justice
- du Parquet général
- du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg
- du Tribunal d'arrondissement de Diekirch
- du Parquet près le Tribunal d'arrondissement de Diekirch
- de la Justice de paix de Diekirch

Dans la logique de la saisine, l'avis portera sur le chapitre 7 „De la justice“. Les auteurs de l'avis ont ajouté une série de réflexions ponctuelles sur d'autres dispositions qui présentent un lien avec le chapitre 7.

La proposition de révision ne comporte pas de dispositions sur un éventuel conseil de la justice. Il résulte toutefois du commentaire de la proposition que la création d'un tel organisme est envisagée.

## LA CREATION D'UN CONSEIL DE LA JUSTICE

Dans le commentaire de l'article 105 nouveau de la Constitution, il est dit que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle s'est prononcée en faveur de la création d'un organe de contrôle interne de la justice et qu'elle a tenu en suspens l'inscription dans la Constitution d'un texte en attendant d'être saisie par le gouvernement d'un projet.

Depuis un certain nombre d'années, tant au niveau national qu'au niveau international, la création d'un conseil de la justice, qui existe dans un grand nombre de pays européens, fait l'objet de discussions. Il est renvoyé aux travaux du Conseil Consultatif des Juges européens (CCJE) auprès du Conseil de l'Europe – le seul organe au sein du Conseil de l'Europe, composé exclusivement de juges et non de représentants gouvernementaux. Dans son Avis No 10 (2007), de même que dans plusieurs avis antérieurs, le CCJE insiste sur la nécessité pour tous les pays de garantir l'indépendance du système judiciaire et cela, notamment, par la création d'un organe indépendant, à savoir le „Conseil de la Justice“.

Par une recommandation du 22 mars 2006, le médiateur a préconisé la création d'un conseil (supérieur) de la justice.

L'instauration d'un tel organisme a également fait l'objet des travaux de la 2e conférence nationale de la justice „statut de la magistrature“ qui a établi, en février 2007, un rapport intermédiaire, détaillé et nuancé, sur cette question.

Faute de proposition concrète de texte, il est malaisé pour les autorités judiciaires de prendre position sur la question, d'autant plus que le concept de „contrôle interne de la justice“ utilisé par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle peut avoir une portée différente de la formulation „contrôle externe de l'administration judiciaire“ dont il est question dans les recommandations du médiateur.

A relever que la dénomination à donner à un tel conseil revêt une portée certaine; un conseil (supérieur) de la justice, tel qu'il est préconisé par le médiateur et envisagé dans les travaux de la conférence nationale de la justice, aura, ou pourra avoir, des missions plus vastes qu'un conseil de la magistrature compétent uniquement pour des questions de recrutement, d'avancement ou, le cas échéant, de discipline des magistrats.

1) Parmi les arguments avancés contre la création d'un tel organisme, il faut relever, la crainte d'une mainmise externe, en particulier politique, sur la justice qui irait à l'encontre de l'objectif de la reconnaissance de l'indépendance proclamé dans le nouveau texte constitutionnel. Le risque de mainmise externe est, à l'évidence, fonction de la composition du conseil.

Les opposants à la création d'un nouvel organisme de contrôle soulignent encore que le régime actuel, fondé sur la nomination aux fonctions de juge à partir d'un certain grade par le Grand-Duc, sur avis de la Cour supérieure de justice, a fait ses preuves et a toujours préservé l'indépendance des juges. La nomination formelle par le Grand-Duc ne devrait pas porter à conséquence, dès lors que, même dans les systèmes juridiques où intervient un conseil, la nomination formelle reste entre les mains de l'exécutif.

Les magistrats réticents à l'idée de la création d'un conseil considèrent que les méthodes actuelles de recrutement sont fondées sur des critères objectifs tenant aux titres académiques et professionnels. L'intervention d'un conseil ne serait pas de nature à donner des garanties supplémentaires ni de qualité ni d'objectivité. L'instauration éventuelle d'un mécanisme de concours à la suite de la modification de la procédure d'examen de fin de stage judiciaire pourrait parfaitement être opérée sans intervention d'un conseil.

L'argument de l'absence de légitimité dans le processus actuel de désignation des juges porterait à faux, dès lors que l'intervention d'un conseil de la justice ne serait pas de nature à changer les données du problème sauf à prévoir une participation de représentants des organes élus dans le futur conseil. La légitimité de la justice, à supposer que ce concept revête une pertinence par rapport au pouvoir judiciaire, ne pourrait d'ailleurs être qu'institutionnelle et fonctionnelle.

Pour répondre aux critiques avancées à l'encontre du système actuel et consistant à dire que la nomination à certaines fonctions juridictionnelles, à savoir celles de juge du Tribunal d'arrondissement, de juge de paix ou encore de juge d'instruction, de juge des tutelles ou de juge de la jeunesse, relèvent du seul pouvoir exécutif, les opposants à la création d'un conseil de la justice indiquent qu'on peut

envisager une extension de la méthode de nomination avec intervention soit de la Cour supérieure pour toutes les fonctions juridictionnelles, soit de la Cour, du Tribunal ou de la Justice de paix selon les fonctions en cause.

Pour consacrer la pratique actuelle, il y aurait lieu de transformer la nomination sur avis de la Cour en mécanisme de nomination sur proposition de la Cour et/ou, éventuellement, des juridictions concernées.

2) Parmi les arguments reconnus comme plaidant en faveur de la création d'un tel conseil sont avancés les impératifs de transparence de la justice et de lutte contre le corporatisme ou l'apparence du corporatisme, les insuffisances du mécanisme actuel de pure autorégulation et le renforcement de la légitimité de la justice.

Les tenants de la création d'un conseil de la justice mettent l'accent sur le fait que cet organe doit être destiné à renforcer l'indépendance de la justice par rapport à l'exécutif.

Cet argument prend d'autant plus de poids que l'article 117, figurant dans la proposition de révision, prévoit la nomination des juges par le Gouvernement et consacre ainsi une dépendance du pouvoir judiciaire du pouvoir exécutif. Il ne suffirait pas de retenir, à l'article 105, figurant dans la proposition de révision, que „les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles“, si on ne garantit pas cette indépendance dès le début de leur carrière. Il est renvoyé à la Recommandation No R(94) 12, adoptée par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe le 13 octobre 1994, sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges qui mentionne au Principe I, sub 2. c. que „l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement“. Si aucun accord ne peut être trouvé à ce sujet, il serait encore préférable de garder l'ancien texte de l'article 90 de la Constitution suivant lequel le Grand-Duc nomme les juges.

Un conseil de la justice pourrait ainsi jouer un rôle utile au niveau de la procédure de recrutement en évitant tant l'apparence de nominations par le seul pouvoir politique, que l'impression d'une cooptation par les juridictions suprêmes (Cour supérieure de justice et Cour administrative). Ainsi, le conseil serait compétent pour sélectionner et recruter les futurs magistrats, même si la nomination reste formellement une prérogative du chef de l'Etat. Pour des raisons institutionnelles, les auteurs du présent avis préconisent le maintien d'une nomination formelle par le Grand-Duc.

Sous le régime actuel, les nominations, en cours de carrière, de tous les magistrats, y compris ceux du siège, sont opérés, en droit, par le seul pouvoir exécutif. L'avis de la Cour supérieure de justice pour la nomination des juges, qui n'est pas juridiquement contraignant et ne s'applique au demeurant pas pour tous les postes du siège, n'est pas de nature à rencontrer cette critique fondamentale.

Les partisans de la création d'un conseil soulignent l'opacité du régime actuel basé sur un vote anonyme non motivé de l'assemblée générale de la Cour.

Un conseil de la justice devrait être investi du pouvoir de faire des propositions pour la nomination et la promotion des juges.

L'intervention du conseil, en ce qui concerne la nomination des membres du ministère public, serait de nature à renforcer l'indépendance de ce corps par rapport au pouvoir politique et s'inscrirait dans la logique des dispositions constitutionnelles sur l'indépendance du ministère public dans les poursuites.

Les tenants de la création d'un conseil soulignent encore la nécessité d'ouvrir la justice à la société civile et de rencontrer les critiques relatives au corporatisme d'un corps qui échappe, à l'heure actuelle, à tout contrôle externe.

En ce qui concerne la composition, partisans et adversaires de l'instauration d'un conseil de la justice soulignent qu'il faut éviter une mainmise du pouvoir politique. Ainsi il faudrait garantir la participation d'une large majorité de membres issus de la magistrature. Pour éviter des tendances partisans lors d'élections au sein de la magistrature, une représentation de tous les corps et de toutes les juridictions devrait être assurée, chaque corps désignant son ou ses représentants parmi ses pairs; a également été avancée l'idée que les chefs de corps devraient d'office être membres du conseil ou être associés au processus décisionnel. Parmi les membres externes, il faudra éviter une ingérence du pouvoir politique.

Si les partisans de la création d'un conseil considèrent, comme précisé ci-dessus, que cet organe pourrait utilement intervenir au niveau des procédures de recrutement et d'avancement, ils sont d'avis que le régime disciplinaire devrait rester entre les mains des autorités judiciaires elles-mêmes. Si une

compétence en la matière devait être attribuée au conseil de la justice, elle devrait revenir à une composition comportant exclusivement des magistrats. Le texte de l'article 114, tel que proposé par les auteurs de la proposition de révision, ne permet d'ailleurs pas d'autre solution.

L'institution d'un conseil devrait avoir son ancrage dans la Constitution, sous le chapitre consacré à la justice. Le texte constitutionnel devrait déterminer la composition et les attributions du conseil.

\*

## LA STRUCTURE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Pour des raisons historiques liées à la tradition française, l'ordre constitutionnel luxembourgeois distingue entre ordre judiciaire et ordre administratif. Cette distinction renvoyant à la théorie du ministre-juge en vigueur à l'époque où le Conseil d'Etat était juge du contentieux administratif, a été maintenue avec la révision constitutionnelle de 1995 créant les juridictions administratives.

Sans vouloir revenir sur les discussions d'il y a plus de 10 ans, les auteurs du présent avis considèrent que cette dualité n'a aucune raison d'être et qu'il faut mettre à profit la révision constitutionnelle fondamentale actuelle pour organiser un ordre juridictionnel unique. Les raisons suivantes peuvent être avancées à l'appui de cette solution:

- La distinction historique entre „contentieux administratif“ et „contentieux judiciaire“ renvoie à une époque où l'Etat entendait échapper au juge de droit commun et se réserver un système juridictionnel particulier. Ces raisons historiques sont dépassées dans l'Etat de droit moderne où l'Administration est soumise au respect de la règle de droit et au contrôle juridictionnel au même titre qu'un citoyen où une personne morale de droit privé. A noter que dans un autre Etat européen de tradition française, les Pays-Bas, les juridictions administratives, du moins pour les juridictions du fond, ont été intégrées dans les structures juridictionnelles „normales“. Une telle solution se justifie a fortiori dans un pays de la taille du Luxembourg.
- Le droit luxembourgeois, tout en optant pour le dualisme français, n'a pas repris une série de particularités du droit français relatives à la compétence des juridictions administratives françaises en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle des entités de droit public. Le maintien du contentieux de la responsabilité de l'Etat et des communes entre les mains de l'ordre judiciaire, au demeurant indispensable dans une optique d'égalité de traitement, a comme conséquence pratique que l'administré doit saisir tour à tour deux ordres de juridictions pour obtenir, d'abord, l'annulation d'un acte administratif et, ensuite, l'indemnisation du préjudice que la faute de l'administration lui a causé.
- La suppression d'un ordre juridictionnel à compétences d'attribution aura encore l'avantage d'accroître la lisibilité du système et dès lors les droits du justiciable. Elle mettra fin à des conflits de compétence et évitera des jurisprudences éventuellement divergentes sur des questions de compétence.
- L'existence de la Cour constitutionnelle au sein de laquelle siègent des juges administratifs et judiciaires quelle que soit l'ordre juridictionnel dont relève le juge de renvoi plaide à son tour pour la consécration d'un ordre juridictionnel unique.
- La fusion des deux ordres de juridictions serait encore opportune dans l'optique de l'instauration d'un recours en cassation en matière administrative. Ce recours qui ressortit en France et en Belgique du Conseil d'Etat, fait défaut à Luxembourg ce qui affecte les droits des administrés.
- La fusion des deux ordres de juridictions permettra encore d'abandonner la distinction entre le contentieux sur les droits civils et les droits politiques par référence à laquelle s'articulent les compétences des juridictions administratives. Cette distinction, outre qu'elle est des plus délicates à opérer suscite régulièrement des discussions que ce soit dans l'application du droit ou dans le processus législatif.
- Dans le même ordre d'idées, l'unification des deux ordres permet de faire l'économie de dispositions sur le Tribunal de conflits et de la loi visée à l'article 113 actuel de la Constitution et à l'article 95, deuxième phrase de la proposition de révision.

Toujours dans la logique de l'organisation d'une structure juridictionnelle unique, les auteurs du présent avis préconisent l'intégration des juridictions sociales et des juridictions du travail dans un futur ordre juridictionnel unique. Il en va de même pour les tribunaux dits militaires. Si les auteurs du

présent avis sont suivis dans leurs propositions, l'article 118 actuel repris à l'article 94 de la proposition perd sa raison d'être.

La proposition de révision prévoit la suppression de l'article 87 actuel relatif à la mise en place d'une Cour supérieur de justice et le remplacement de ce texte par un nouvel article 109 aux termes duquel l'organisation des cour et tribunaux est réglée par la loi.

Les auteurs du présent avis approuvent le choix de renvoyer à la loi pour organiser les juridictions. Il faut toutefois noter que les auteurs de la proposition de révision ne vont pas au bout de leur logique en ce que la référence à la Cour supérieure est maintenue à l'article 113, en ce que l'article 114 relatif à l'inamovibilité ne se borne pas à parler des juges, mais énumère des fonctions particulières, et en ce que l'article 119 relatif aux juridictions administratives cite expressément le Tribunal et la Cour.

Même si la dualité des ordres est maintenue, il suffira de renvoyer à la loi pour l'organisation des ordres de juridictions. Il est, en tout cas, difficilement concevable de concrétiser l'organisation des juridictions pour le seul ordre administratif.

\*

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Si la Constitution peut renvoyer à la loi pour l'organisation des juridictions, elle devra contenir une disposition particulière sur la Cour constitutionnelle (il y a lieu de retenir un „c“ minuscule).

Les auteurs du présent avis marquent leur accord avec la reprise de l'actuel article 95ter au nouvel article 120.

Un problème se pose au niveau du paragraphe 3 qui concerne la composition de la Cour. Il y aura lieu de retenir dans le texte constitutionnel les règles de composition et de prévoir que seuls des juges, au sens de l'article 105, peuvent siéger dans la Cour. Il faudra également maintenir des règles sur la composition en ce sens que certains hauts magistrats font „ex officio“ partie de la Cour constitutionnelle. Dans la mesure où il appartient à la loi de régler l'organisation des juridictions, il paraît toutefois difficile d'identifier ces juges par renvoi à la juridiction qu'ils président. Il est vrai que le texte actuel soulève déjà les mêmes interrogations dans la mesure où il renvoie à la Cour de cassation qui n'est pas prévue en tant que telle dans la Constitution. Une solution pourrait consister à opérer un renvoi aux président et vice-présidents de la juridiction suprême (unique) ou des juridictions suprêmes des deux ordres, si la dualité devait être maintenue.

La question de la désignation des autres membres de la Cour constitutionnelle renvoie à celle des missions d'un éventuel conseil de la justice ou, respectivement, de la ou des assemblée(s) générale(s) de la ou des juridictions suprêmes.

Au regard de l'expérience des travaux de la Cour constitutionnelle, les auteurs du présent avis voudraient faire deux propositions de modification. La première, d'ordre technique, consiste dans l'institution de membres suppléants en vue d'éviter des difficultés de composition de la Cour. La seconde, d'ordre plus fondamental, vise à investir le ministère public de la mission de présenter, dans toutes les affaires, et non seulement dans celles où le parquet est partie dans le litige devant le juge de renvoi, des conclusions. Il est renvoyé, sur cette question, au rôle du ministère public dans la procédure en cassation ou encore au rôle assumé par les avocats généraux devant la Cour de justice de l'Union européenne.

\*

### LE STATUT DES MEMBRES DES AUTORITES JUDICIAIRES

La reconnaissance de l'indépendance des juges, dans le nouvel article 105, alinéa 1er, est à approuver alors que ce principe est le propre de tout Etat de droit. En ce qui concerne la formulation, les auteurs du présent avis s'interrogent sur la limitation éventuelle résultant du renvoi aux compétences juridictionnelles. Il va de soi que l'indépendance du juge ne se conçoit que par rapport à ses fonctions et dans la limite de celles-ci et ne saurait s'étendre à des questions de nature administrative relevant du statut général de la fonction publique. Mettre l'accent sur les compétences juridictionnelles risque toutefois de donner lieu à des difficultés de délimitation par rapport à des actes qualifiés traditionnellement

d'actes d'administration judiciaire que le juge pose ès-qualité ou à des fonctions que le juge occupe, de par la loi, dans des organismes ou des commissions relevant du droit public, toujours ès-qualité de juge.

Le critère déterminant doit être l'indépendance du juge dans ses fonctions juridictionnelles. La sauvegarde de cette indépendance a toutefois des implications sur le statut du magistrat qui doit être entouré de garanties particulières destinées à assurer l'indépendance fonctionnelle. Faut-il rappeler ici la problématique du recrutement, des nominations et de la discipline. Pour éviter l'impression que l'indépendance est limitée au seul exercice des compétences juridictionnelles, il est proposé de dire:

„L'indépendance de l'exercice des fonctions juridictionnelles est garantie“. Si le texte actuel de la proposition de révision (article 105), repris de la Constitution belge, est maintenu, il faudra veiller à éviter une lecture restrictive.

La consécration de l'indépendance du ministère public dans la recherche et la poursuite des auteurs d'infractions, au second alinéa de l'article 105, est à saluer en ce qu'elle reconnaît que le ministère public constitue une partie intégrante du pouvoir judiciaire et fournit une réponse aux interrogations formulées par la Cour européenne des droits de l'homme sur la qualité de magistrats des membres du ministère public. Il est renvoyé à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet 2008 dans l'affaire Medvedyev et autres c. France (L'arrêt de la Grande chambre à laquelle l'affaire a été renvoyée n'est pas encore intervenu) où la Cour examine le statut du ministère public, ainsi qu'à l'Avis No 12/ 2009 du CCJE intitulé „juges et procureurs dans une société démocratique“, qui traite des relations entre les juges et les procureurs et qui met l'accent sur l'indépendance des représentants du ministère public.

Les dispositions de la proposition de révision diffèrent du texte correspondant de la Constitution belge en ce que le pouvoir politique ne peut pas émettre de directives individuelles. Il s'agit-là d'une clarification utile qui ne fait d'ailleurs qu'entériner la pratique constitutionnelle en la matière. Comme le droit du gouvernement de donner des directives générales ne constitue pas, comme dans le texte belge, une limitation de l'indépendance dans des dossiers individuels, les auteurs du présent avis proposent de scinder l'alinéa en deux phrases, la première consacrant l'indépendance du ministère public, la deuxième ayant trait au pouvoir de directive des instances politiques. A cet égard il est proposé d'omettre la précision commençant par les mots „y compris ...“, dès lors que les directives en matière de politique criminelle englobent nécessairement la recherche et la poursuite. Il est, par ailleurs, peu indiqué de faire figurer des précisions introduites par des formules comme „notamment“ ou „y compris“ dans un texte constitutionnel. Plutôt que de parler de ministre „compétent“, les auteurs du présent avis préconisent le recours au concept de „gouvernement“ ou de „ministre ayant la Justice dans ses attributions“.

Le texte de l'article 105 se lirait dès lors comme suit:

*Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et des poursuites individuelles.*

*Le gouvernement (ou le ministre ayant la Justice dans ses attributions) peut arrêter des directives générales de politique criminelle.*

Les auteurs du présent avis voudraient attirer l'attention sur le fait que les nouvelles dispositions constitutionnelles entraînent une modification des articles du code d'instruction criminelle relatifs au pouvoir du ministre d'ordonner des poursuites.

L'article 114 du texte de la Constitution révisée reprend les dispositions de l'article 91 actuel sur l'inamovibilité des juges en intégrant les juges des juridictions administratives.

Dans la logique d'un corps unique de juges faisant partie du même ordre de juridictions, les auteurs du présent avis proposent de dire que „les juges sont inamovibles ...“, sans procéder à une énumération des différentes instances qui, de toute façon, devra faire l'objet de la loi sur l'organisation judiciaire prévue au nouvel article 109.

Par ailleurs, les auteurs du présent avis considèrent que, dans la suite logique de la nouvelle disposition sur l'indépendance fonctionnelle du ministère public, il est indiqué de prévoir un statut particulier pour les membres du ministère public. Même si le principe de l'inamovibilité ne saurait s'appliquer tel quel, la garantie de l'indépendance dans la recherche et la poursuite des auteurs d'infractions requiert la mise en place d'un statut différent de celui qui vaut pour l'ensemble de la fonction publique. Cette question est, à son tour, liée à celle de la détermination des compétences d'un éventuel conseil de la justice ou de la magistrature. Différentes solutions sont envisageables: Prévoir des garanties constitu-

tionnelles pour les mutations ou démissions des membres du ministère public à l'article 114 nouveau en relevant qu'une telle mesure ne peut intervenir qu'après une procédure disciplinaire pour faute grave; renvoyer à la loi sur l'organisation judiciaire pour assurer ces garanties, ce qui permet de couvrir également les cas de mise à la retraite pour affection grave, inaptitude ou infirmité visés aux articles 174 et suivants de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire; prévoir des garanties dans le cadre des compétences du Conseil de la justice.

En ce qui concerne l'articulation des articles, il est proposé de faire suivre les dispositions sur l'indépendance de celles sur l'inamovibilité.

\*

### LES GARANTIES QUANT AU PROCES

Le texte de la Constitution tel que retenu par la proposition de révision, reprend les deux articles 88 et 89 actuels sur la motivation des décisions et la publicité des audiences et du prononcé. Ni la Constitution actuelle, ni la proposition de révision ne consacrent les principes de l'impartialité du juge, du respect des droits de la défense, du délai raisonnable ou, plus généralement, du caractère équitable de la procédure. Les auteurs du présent avis voudraient rappeler que le droit luxembourgeois contient d'autres dispositions relatives à la sauvegarde des droits des justiciables dans une procédure, qu'il s'agisse des règles du code de procédure civile sur la récusation ou le renvoi pour suspicion légitime ou les règles sur le double degré de juridiction. Force est encore de rappeler que l'article 6 de la Convention européenne, directement applicable et de valeur supérieure au droit national, constitue, à l'heure actuelle, le texte de référence en matière de garantie des droits des justiciables.

Au regard de la jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention européenne et dans la perspective d'une prise en considération régulière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les auteurs du présent avis ne considèrent pas qu'il s'impose d'insérer dans le texte constitutionnel de nouvelles dispositions sur l'impartialité du juge, le caractère équitable de la procédure, le respect des droits de la défense ou le délai raisonnable.

Dans le respect d'une certaine tradition constitutionnelle, les auteurs de l'avis ne suggèrent pas la suppression des articles actuels sur la publicité et la motivation, même si ces principes figurent également dans les textes européens précités.

\*

### QUESTIONS PARTICULIERES

Les auteurs du présent avis voudraient encore attirer l'attention sur une série de dispositions qui touchent à la justice, même si elles ne figurent pas dans le chapitre particulier consacré à ce pouvoir.

- L'article 101, paragraphes 4 et suivants, de la proposition de révision traite la question de la responsabilité juridique des membres du Gouvernement. Les auteurs retiennent, pour la responsabilité pénale, un mécanisme inspiré de l'article 101 de la Constitution belge.

Le texte définit les compétences respectives de la Cour d'appel, de la Cour supérieure de justice et du ministère public auprès de cette Cour ainsi que la procédure à suivre. Les auteurs du présent avis relèvent que l'article 87 actuel sur la Cour supérieure de justice est appelé à disparaître au profit d'un texte qui renvoie à la loi sur l'organisation des cours et tribunaux; les auteurs du présent avis ont d'ailleurs marqué leur assentiment avec un tel renvoi. La Constitution, dans sa version actuelle, ne contient par ailleurs aucune référence à la Cour d'appel. On voit dès lors mal comment le texte constitutionnel pourra se référer à ces juridictions dans l'organisation de la procédure de mise en cause de la responsabilité pénale des ministres. Ne serait-il pas préférable de prévoir le principe de la responsabilité civile et pénale dans la Constitution et de renvoyer à la loi pour la procédure.

- Pour répondre à une recommandation émise par le médiateur, les auteurs de la proposition de révision proposent de modifier, à l'article 65 du nouveau texte, les dispositions de l'actuel article 53, alinéa 1er, relatives à la privation du droit de vote actif et passif dont font l'objet les condamnés à certaines peines.

Les auteurs du présent avis s'interrogent sur la consécration du critère de la détention dans la nouvelle disposition, et cela pour des raisons de principe et des raisons pratiques. La condamnation à

la privation du droit de vote et d'éligibilité est liée à la condamnation et non pas à l'exécution d'une peine privative de liberté. L'application du critère de la détention conduira à des difficultés dans la pratique, notamment si l'on pense à des régimes d'exécution de peine comme un régime de semi-liberté, de congé pénal, d'exécution fractionnée de la peine etc.

Si le régime de la peine accessoire de la déchéance du droit de vote est considéré comme contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la solution doit consister dans une révision de ce mécanisme de sanction.

- Les auteurs du présent avis approuvent la suppression de l'article 49, alinéa 1er, et le texte du nouvel article 104 aux termes duquel la justice est rendue par les cours et tribunaux. Se pose la question de l'exécution des décisions de justice, alors que l'article 49, alinéa 2, qui sert de fondement à la formule exécutoire est supprimé. Est-ce que l'absence de détermination précise de l'organe compétent pour assurer l'exécution des décisions de justice signifie que le pouvoir exécutif en tant que tel, en la personne du Grand-Duc ou du Gouvernement, est compétent. Ne faudrait-il pas le préciser? Le nouvel article ne saurait signifier que les décisions sont exécutées au nom ou sous l'autorité des Cours et tribunaux, alors que l'exécution d'une décision de justice excède la fonction juridictionnelle.

\*

## AVIS DE LA COUR ADMINISTRATIVE

(24.9.2009)

Saisie le 18 août 2009 par Monsieur le Ministre de la Justice à l'effet d'émettre un avis sur la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, la Cour administrative, dans son assemblée générale du 24 septembre 2009, a arrêté l'avis suivant:

La Cour administrative ne se sent pas habilitée à émettre un avis sur l'opportunité et l'utilité de procéder à une refonte globale de la Constitution pour en adapter le texte aux réalités politiques et sociales actuelles.

Elle va se concentrer, dans son avis, sur le chapitre consacré à la Justice, tout en ajoutant certaines remarques sur quelques dispositions isolées qui appellent des commentaires de sa part.

1. La Cour note que la proposition, qui aspire à „moderniser“ la Constitution et à en adapter le texte à l'exercice réel des pouvoirs tout en y inscrivant des dispositions relevant d'une pratique coutumière, s'abstient d'y inscrire le principe fondamental de la **séparation des pouvoirs**. Il est vrai que tout le monde, y compris le Constituant lui-même, s'accorde que le régime constitutionnel est celui de la séparation des pouvoirs et que la Constitution, dans son intégralité, structure et contenu confondus, en reflète l'esprit; il n'en est que plus étonnant que ce principe ne soit pas inscrit formellement dans le nouveau texte de la Constitution.

Une telle omission risque d'attirer, bien inutilement, des critiques de la part d'organismes internationaux ayant la mission d'évaluer le caractère démocratique des institutions des Etats.

L'objection possible qu'il s'agit en réalité d'un régime, non de séparation, mais de collaboration des pouvoirs, ne devrait pas porter à conséquence, la longue tradition politique du pays ayant mis en évidence qu'il s'agit d'un régime où l'exercice respectif de leurs pouvoirs par les trois pouvoirs constitutionnels n'est pas cloisonné et une explication afférente dans les travaux préparatoires devant suffire pour disséminer tout doute à ce sujet.

La mention de la séparation des pouvoirs pourrait être utilement intégrée dans l'**article 2** de la proposition qui se lirait dès lors comme suit: „*Le Grand-Duché de Luxembourg est placé sous le régime de la démocratie parlementaire et de la séparation des pouvoirs.*“

2. La formulation de l'alinéa 3 de l'**article 9**, qui dispose que „*par dérogation à l'alinéa qui précède*“, la loi peut conférer l'**exercice de droits politiques** à des non-Luxembourgeois, l'alinéa 2 énonçant que la Constitution et les lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits, semble manquer d'une certaine logique en ce que l'alinéa 3 n'institue pas réellement de dérogation à l'alinéa 2. Il se borne à énoncer que la loi peut

conférer l'exercice de droits politiques à des étrangers alors que l'alinéa 2 n'en réserve pas l'exercice aux Luxembourgeois.

Il semble partant qu'il suffirait que l'alinéa 3 se limite à énoncer que „*La loi peut conférer l'exercice de droits politiques à des non-Luxembourgeois.*“

3. On peut se poser la question de savoir si, en énonçant à l'**article 10** que „*toute personne qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la **protection accordée aux personnes et aux biens***“, la proposition ne va pas trop loin. Le texte pourrait être compris dans ce sens que toute personne, même celle qui s'y rend illégalement, y jouirait de la protection de tous ses droits. Or, les personnes qui séjournent illégalement sur le territoire du Luxembourg peuvent, par exemple, faire l'objet d'une mesure de refus d'entrée et de séjour et, en cas d'impossibilité de son exécution immédiate, d'une mesure de rétention administrative. La disposition en question risque d'être lue comme garantissant aux étrangers *les mêmes droits* qu'aux Luxembourgeois en ce qui concerne la protection de leur personne et de leurs biens. Il n'est pas exclu qu'un étranger estime qu'une telle mesure heurte le texte général de l'article 10.

Il est vrai que les auteurs de la proposition ont précisé, dans le commentaire des articles, que „*la Constitution elle-même exclut les non-Luxembourgeois de certains droits, notamment des droits politiques*“ et ils ont entendu exprimer ainsi la restriction énoncée dans la disposition actuelle de l'article 111 selon laquelle les étrangers jouissent des mêmes droits que les Luxembourgeois, „*sauf les exceptions établies par la loi*“.

Il n'en reste pas moins que la nouvelle formule, selon laquelle les étrangers jouissent de la protection accordée aux personnes et aux biens, pourrait être comprise comme une affirmation – positive – qu'ils jouissent des *mêmes* droits que les Luxembourgeois, tels qu'ils sont énoncés par la Constitution, la loi ne pouvant que les préciser mais non les restreindre.

Face à ce réel risque d'interprétation non conforme aux intentions du Constituant, il serait peut-être prudent de préciser le texte de la proposition de manière à faire ressortir que les lois peuvent restreindre ces droits. Si on ne veut pas revenir à l'ancienne formule, claire, on pourrait formuler le texte ainsi: „*Toute personne qui se trouve légalement sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les restrictions établies par la Constitution et les lois.*“

4. La disposition de l'**article 30**, qui exige que le **mariage civil précède le mariage religieux**, vise un point de détail tellement mineur et est tellement anachronique qu'on peut se demander si elle doit subsister dans une opération de „modernisation“ de la Constitution. Si la disposition avait son utilité au 19<sup>e</sup> siècle, son existence même, et surtout son caractère constitutionnel, se comprend difficilement à une époque où le mariage lui-même – qu'il soit civil ou religieux (de quelque religion qu'il s'agisse, d'ailleurs) – n'a plus la valeur qu'il revêtait il y a cent cinquante ans et où il est concurrencé par d'autres formes de vie en commun. En tout cas, à l'heure actuelle, si un mariage religieux précédait le mariage civil, la société luxembourgeoise n'en serait probablement pas affectée dans ses fondements.

5. L'**article 39** de la proposition dispose que nulle autorisation n'est requise pour exercer des **poursuites contre des fonctionnaires publics**, pour faits de leur administration. Le texte est repris de l'article 30 de la Constitution actuelle, lui-même copié sur le modèle belge.

Il est à préciser que le texte en question ne vise pas le contenu de la faute – pénale ou civile – commise par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, mais seulement la question de savoir s'il est nécessaire de disposer d'une autorisation ou non pour lancer une action contre un fonctionnaire.

Concernant les poursuites pénales contre un fonctionnaire, le texte n'appelle pas de commentaires.

En revanche, en tant que la disposition vise également les actions civiles dirigées contre des fonctionnaires, et, en particulier, des actions en responsabilité civile dirigées contre ceux-ci, le texte pose problème. Il est en effet considéré, par la jurisprudence, comme établissant le principe important que les fonctionnaires sont personnellement responsables des dommages qu'ils causent fautivement dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui va au-delà de la simple faculté de lancer à leur encontre une assignation sans avoir besoin d'une autorisation *ad hoc*.

Dans ce contexte, la disposition risque d'engendrer des problèmes d'interprétation. Elle fait en effet l'objet, au Luxembourg, de trois interprétations jurisprudentielles différentes<sup>1</sup> et en Belgique, elle a même été déclarée inconstitutionnelle. Le problème, en Belgique comme au Luxembourg, est celui de l'égalité entre les fonctionnaires et les salariés du secteur privé, ces derniers n'étant responsables que de leur faute lourde, tandis que les fonctionnaires sont responsables, selon le texte actuel de la Constitution, de leur faute simple.<sup>2</sup>

Il serait partant indiqué de préciser à l'article 39 qu'à l'instar des autres salariés, les fonctionnaires sont responsables de leurs fautes lourdes, mais seulement de celles-ci, commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Le texte devrait partant opérer une distinction entre les matières pénale et civile et pourrait être rédigé comme suit:

(1) „Nulle autorisation préalable n'est requise pour exercer des poursuites pénales contre des fonctionnaires publics, pour faits de leur administration sauf ce qui est statué à l'égard des membres du Gouvernement.

(2) *Ils sont également civilement responsables du fait des fautes lourdes commises dans l'exercice de leurs fonctions.*“

6. En disposant dans son **article 54** que le Grand-Duc prend les **règlements et arrêtés** nécessaires pour l'exécution des lois, la proposition risque de maintenir une difficulté qu'elle a essayé d'éliminer dans la nouvelle formulation de l'article 85 qui ne prévoit plus la sanction des lois par le Grand-Duc.

Si le Grand-Duc est fondamentalement opposé à une loi votée dont il n'a plus le pouvoir de refuser la sanction, il se peut qu'il se sente dans l'impossibilité de prendre un règlement d'exécution de cette loi. Si le règlement est nécessaire, voire indispensable à l'exécution de la loi, comme cela arrive souvent, une situation de blocage identique à celle du refus de sanction d'une loi par le Grand-Duc peut se produire.

Sans formuler de proposition, la Cour a estimé nécessaire de souligner la difficulté.

7. On peut se poser la question de savoir si l'**article 55** de la proposition, en conférant la possibilité à la loi, de subdéléguer l'édiction de normes au pouvoir réglementaire, ne vide pas de sa substance la notion même de **matière réservée à la loi**. L'essence même de la matière réservée à la loi consiste précisément à soustraire une matière au pouvoir réglementaire et à obliger le législateur à réglementer la matière. Si le législateur peut subdéléguer son pouvoir – qui est en principe une obligation – d'édicter des normes dans une matière déterminée par la Constitution comme étant réservée à la loi, le législateur peut se défaire de cette obligation et il n'existe plus, à proprement parler, des matières véritablement réservées à la loi par la Constitution.

8. L'**article 66** de la proposition énonce, parmi les **incompatibilités avec le mandat de député**, celle de „*magistrat de l'Ordre judiciaire*“. Les articles 20 et 67 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif prévoient d'ailleurs une telle incompatibilité pour respectivement les juges du tribunal administratif et les conseillers de la Cour administrative. Il semble préférable d'y ajouter les magistrats de l'ordre administratif. Le texte aurait partant la teneur suivante: „(1) *Le mandat de député est incompatible: (...) 3° avec celles de magistrat de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif*“.

9. L'**article 106** de la proposition reprend le texte de l'actuel article 84 qui dispose que les **contestations qui ont pour objet des droits civils** sont exclusivement du ressort des tribunaux (judiciaires).

1 V., en faveur de la seule responsabilité du fonctionnaire pour faute personnelle détachable du service, Cour d'appel 7 juillet 2004, No 27701 du rôle; en faveur de la responsabilité du fonctionnaire, même pour faits relevant de son service, mais seulement pour faute lourde, Cour d'appel 13 juillet 1990, No 144/90 (mais sans explication quant à l'origine de la distinction); finalement en faveur d'une responsabilité du fonctionnaire, même pour fautes commises dans l'exercice de sa fonction, et même pour faute simple, Tribunal d'arrondissement de Luxembourg 21 octobre 2004, No 247/2004 XI

2 Cour d'arbitrage 18 décembre 1996, R.C.J.B. 1998, p. 222, note Ph. COENRAETS, La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité. Il est à noter que la Cour d'arbitrage n'a déclaré contraire à la Constitution aucun des deux textes contradictoires pris isolément, mais seulement leur coexistence.

– Il est à mettre en rapport avec l'article 107 (actuel article 85) qui confère également aux tribunaux judiciaires la connaissance des droits politiques, tout en permettant à la loi de déroger à cette disposition et d'en attribuer la connaissance à d'autres juridictions, p. ex. aux juridictions administratives.

L'agencement de ces deux dispositions montre que les tribunaux judiciaires sont juges de droit commun en matière de droits civils et de droits politiques, la loi pouvant conférer la connaissance de droits politiques aux juridictions administratives qui se voient alors attribuer une compétence d'exception (l'article 95*bis* actuel – article 119 de la proposition – rendant par ailleurs les juridictions administratives directement compétentes en matière de contentieux administratif).

Ainsi, comme en Belgique, la compétence des tribunaux est déterminée, au Luxembourg, par l'objet du droit qui fait l'objet de la contestation, à la différence de la France, où la compétence des juridictions est déterminée à partir des sujets qui sont en litige, dans ce sens que si une des parties au litige est une partie publique, ce sont les juridictions administratives qui sont en principe compétentes, alors même que l'objet de la contestation porte sur un droit de nature *a priori* civile (ex. contrat conclu avec l'administration, responsabilité des pouvoirs publics).

En droit luxembourgeois comme en droit belge, en cas de faute commise par l'administration moyennant une décision illégale (ex. refus de nomination d'un fonctionnaire à un poste, refus de délivrance d'un permis de construire, etc.) qui est à l'origine d'un préjudice subi par une personne privée, celle-ci doit en principe, dans une première étape, faire annuler la décision administrative par le juge administratif, seul compétent en matière de contentieux administratif, et ensuite porter son litige en dommages et intérêts dirigé contre l'administration devant le tribunal civil, puisque la créance de réparation est considérée comme droit civil et relevant en tant que tel de la seule compétence des tribunaux judiciaires.

La victime d'une décision illégale de l'administration doit partant mener, de manière bien fastidieuse, deux procès successifs pour se voir allouer des dommages et intérêts en réparation de son dommage subi. Il pourrait être estimé que cette situation compromet le principe d'une bonne administration de la justice et, en particulier, le droit du justiciable à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable, conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La raison en est que les tribunaux judiciaires sont exclusivement compétents en matière de contestations portant sur des droits civils.

On peut se demander s'il n'était pas préférable que, dans le cadre de recours dirigés contre des décisions administratives illégales ayant causé dommage, les particuliers puissent obtenir du même tribunal, dans un seul et même procès, l'annulation de la décision illégale et l'allocation de dommages et intérêts en réparation du dommage causé par cette décision illégale. La demande en dommages et intérêts serait ainsi à considérer comme accessoire du recours en annulation.

Pour qu'une telle démarche soit possible, il faudrait modifier le texte de l'article 106 en y ajoutant le même bout de phrase que celui qui se trouve en fin de l'article 107. Il serait par ailleurs utile qu'on précise de quels tribunaux, à savoir des tribunaux judiciaires, il s'agit. De cette manière, on pourrait par ailleurs regrouper le contenu des articles 106 et 107 de la proposition dans un seul et même texte qui serait libellé de la manière suivante:

*„Les contestations qui ont pour objet des droits civils ou politiques sont du ressort des tribunaux judiciaires, sauf les exceptions établies par la loi.“*

Un tel texte ne mettrait pas en question la position de juge de droit commun des tribunaux judiciaires en matière de droits subjectifs civils et politiques, mais permettrait au législateur, là où cela se révèle présenter de nets avantages pour le justiciable et lui épargner des méandres procéduraux difficilement compréhensibles, d'attribuer ponctuellement, de manière accessoire à un recours administratif, la connaissance de litiges portant sur des droits civils aux juridictions administratives.

Un tel procédé présenterait encore l'avantage de résoudre certaines difficultés actuelles difficilement résolubles, comme la condamnation aux frais par une juridiction administrative ou l'allocation d'une indemnité de procédure, que d'aucuns pourraient considérer comme condamnation ayant un objet civil, étant donné qu'elle porte sur une somme d'argent.

10. L'**article 113** de la proposition reprend le texte de l'actuel article 95, 2e phrase qui prévoit que la Cour supérieure de justice règle les **conflits d'attribution**.

Introduite dans la Constitution à une époque où il n'existait qu'un seul ordre de juridiction et que la Cour supérieure de justice était au sommet de la hiérarchie judiciaire<sup>3</sup>, cette disposition allait en quelque sorte de soi. Or, il se trouve qu'actuellement, il existe deux ordres de juridiction et qu'avec l'avènement de la Cour constitutionnelle, on peut se demander si la Cour supérieure de justice constitue toujours la juridiction la plus élevée, en hiérarchie, de toutes les juridictions.

On pourrait dès lors trouver anormal que les conflits d'attribution – entre autres entre juridictions judiciaires et juridictions administratives – soient réglés par une seule juridiction judiciaire, alors même qu'il existe une juridiction dont on peut estimer qu'elle se trouve désormais au sommet de la hiérarchie juridictionnelle et que c'est la seule à regrouper, en son sein, des magistrats des deux ordres de juridiction, judiciaire et administratif.

Ce qui plus est, même si la connaissance des conflits d'attribution est de la compétence de la Cour supérieure de justice, il n'est pas certain que la Cour constitutionnelle ne soit pas impliquée dans la solution d'un conflit de compétences *ratione materiae*. En effet, si une loi venait à méconnaître la répartition des compétences opérée par les articles 84, 85 et 95*bis*, paragraphe 1er actuels (et désormais 107, 108 et 119) de la Constitution, on pourrait très bien imaginer que la Cour constitutionnelle, saisie par une juridiction judiciaire ou administrative devant laquelle se pose un problème de compétence, soit appelée à contrôler la conformité de cette loi à la Constitution.<sup>4</sup> De même, il se pourrait qu'il se pose, dans le cadre d'un conflit d'attribution dont serait saisie la Cour supérieure de justice, une question de constitutionnalité d'une loi attribuant compétence à un ordre de juridiction, auquel cas celle-ci serait obligée de poser une question préjudicielle afférente à la Cour constitutionnelle.

On pourrait dès lors envisager d'attribuer la connaissance des conflits d'attribution à la Cour constitutionnelle.

L'article 113 de la proposition serait par conséquent rédigé comme suit: „*La Cour constitutionnelle règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi.*“

11. Les **articles 117 et 119, paragraphe 5** prévoient respectivement que les magistrats des ordres judiciaire et administratif sont **nommés par le gouvernement**, étant précisé que ceux en haut des hiérarchies sont nommés, toujours par le gouvernement, mais après avis respectivement de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative.

Le Luxembourg dispose ainsi d'un système dans lequel le pouvoir exécutif dispose d'un pouvoir extrêmement important, pour ne pas dire exorbitant, concernant le fonctionnement du pouvoir judiciaire. En effet, non seulement la nomination initiale des magistrats relève-t-elle de la seule compétence du gouvernement, mais même leurs promotions tout au long de leur carrière. On ne doit pas être excessivement pessimiste pour constater qu'ainsi, un magistrat dont les décisions déplairaient au gouvernement, pourrait voir sa carrière bloquée par le pouvoir politique en place, danger plus que réel en matière de justice administrative où il est dans la nature des choses que des jugements défavorables au gouvernement soient régulièrement pris.

Sans entrer dans le détail de la problématique de la *proposition* de candidats aux postes supérieurs de la hiérarchie judiciaire et de l'*avis* rendu en ce qui concerne les candidats aux postes correspondants des juridictions administratives, distinction qui, de toute manière, ne relève pas de la Constitution mais de la loi, il faut constater que selon le libellé actuel de la Constitution et de la proposition de révision, qui a choisi de maintenir le système en place, la nomination de tous les magistrats relève de la seule discrétion du pouvoir politique. Il s'agit d'un système extrême qui ne se retrouve que dans très peu d'autres pays, et pour cause, puisqu'il ne semble pas exagéré d'affirmer qu'il met en cause la séparation des pouvoirs et l'indépendance des magistrats du siège.

Combiné à la totale opacité, due à l'absence d'un système d'évaluation des magistrats – système pareillement assez unique en Europe – des promotions (et surtout de certains refus de promotions), tant il est vrai qu'en règle générale, c'est l'ancienneté qui détermine l'ordre des promotions), c'est un euphémisme que d'affirmer que le système en place ne correspond guère aux standards d'une démocratie. Le système actuel permet, en théorie du moins, une mainmise totale du pouvoir exécutif sur la carrière des magistrats, danger qui, en pratique, ne s'est pas concrétisé jusqu'ici, il est vrai.

<sup>3</sup> Art. 98 de la Constitution de 1848

<sup>4</sup> Cf., en Belgique, une question de ce genre qui avait été posée à la Cour d'arbitrage par le Conseil d'Etat et qui a donné lieu, le 18 mars 1997, à un arrêt de cette Cour (arrêt No 1997-14, No 933 du rôle).

Dans ces circonstances, il est à regretter que la proposition ne prévoie pas la mise en place d'un conseil de la justice indépendant du gouvernement, compétent en matière de recrutement, d'évaluation et de promotion des juges.

12. L'**article 119, paragraphe 1er** de la proposition **attribue le contentieux administratif aux juridictions administratives**. Après l'arrêt *PROCOLA*, des discussions très animées, mettant en lice les partisans d'un ordre de juridictions unique et ceux de deux ordres de juridictions, avaient finalement conduit à l'instauration, à l'instar des modèles français et belge, d'un ordre de juridiction administratif distinct. La proposition prévoit le maintien de ce système dualiste.

Il est à prévoir que d'aucuns profitent de la refonte globale de la Constitution pour remettre en question ce choix et d'en appeler à un ordre de juridiction unique, le cas échéant avec la création de chambres administratives au sein des tribunaux judiciaires.

Il n'appartient pas à la Cour administrative, qui joue son existence même dans un tel débat, de se prononcer en faveur ou en défaveur d'un tel choix. Qu'il soit seulement permis de souligner que, depuis l'année de création des juridictions administratives, en 1996, les données n'ont pas fondamentalement changé, si ce n'est que les juridictions administratives ont depuis lors pris racine dans le système institutionnel luxembourgeois et sont considérées, par la population luxembourgeoise, comme un rouage essentiel de garantie et de protection des droits des citoyens contre l'arbitraire de l'administration et qu'il serait peut-être difficilement compréhensible qu'après douze ans de fonctionnement satisfaisant, ces juridictions soient de nouveau abolies. Dans les systèmes dualistes proches du système luxembourgeois, comme on les retrouve en France et en Belgique, une abolition des juridictions de l'ordre administratif n'a jamais été d'actualité.

13. L'**article 119, paragraphe 3** de la proposition reprend la disposition de l'article 95*bis* actuel qui institue la **Cour administrative juridiction suprême de l'ordre administratif**.<sup>5</sup>

De manière plus ou moins récurrente, des parties – publiques ou privées – surtout après avoir perdu un procès important, réclament l'instauration d'une instance de cassation en matière de contentieux administratif et prévoient d'en attribuer la compétence à la Cour de cassation.

Plusieurs remarques s'imposent à cet égard:

- la Belgique, dont le système luxembourgeois se rapproche le plus, ne prévoit pas de recours en cassation contre les décisions du Conseil d'Etat. La Cour de cassation belge est exclusivement compétente pour connaître des conflits d'attribution. Elle n'a pas compétence pour connaître de pourvois qui seraient dirigés contre des arrêts rendus par le Conseil d'Etat dans la sphère de compétence d'attribution;
- la Cour de cassation se trouve au sommet de l'ordre judiciaire. Quel serait son caractère si elle était également au sommet des juridictions administratives? Elle ne constituerait alors plus une juridiction judiciaire, mais une juridiction à part, à cheval sur les juridictions judiciaires et administratives. Alternativement, on pourrait considérer, puisque les juridictions administratives relèveraient en dernière instance d'une juridiction civile, qu'un système d'unité de juridictions serait indirectement introduit, alors même que la Constitution proclame la dualité d'ordres de juridictions;
- la justice administrative est organisée actuellement à deux degrés. Le plaideur qui n'est pas satisfait d'un jugement du tribunal administratif peut faire appel de toutes les décisions de ce tribunal devant la Cour administrative qui réexamine le litige en fait et en droit. De cette manière, le système luxembourgeois satisfait largement aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle ne réclame un double degré de juridiction qu'en matière pénale.

Il faut par ailleurs souligner que les points de départ d'un litige civil, entre parties privées, d'une part, et d'un litige administratif, dirigé contre une décision administrative, d'autre part, sont foncièrement différents. En matière civile, le procès s'engage lorsque deux parties ne peuvent se mettre d'accord sur des droits qu'elles prétendent avoir respectivement. Hormis en matière contractuelle, c'est souvent leur premier contact. En matière administrative, en revanche, le procès devant le tribunal administratif a un préalable qui a déjà donné lieu à un examen de la situation respective des parties en fait et en droit, à savoir la décision administrative litigieuse. Celle-ci obéit à des règles

<sup>5</sup> Dans un arrêt du 27 mai 2004, Pas. tome 32, p. 580, la Cour de cassation a déclaré irrecevable un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour administrative

précises qui sont censées, dès avant tout litige juridictionnel, prendre en compte les droits et intérêts respectifs du particulier et de l'administration, à savoir les règles de la procédure administrative non contentieuse.<sup>6</sup> La décision administrative est partant le résultat d'une procédure légalement prévue dans laquelle l'administré a d'ores et déjà pu faire valoir son point de vue et demander le respect de ses droits. Ce n'est que lorsqu'il ne parvient pas à faire valoir ses droits et intérêts dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse qu'il dispose alors de deux recours juridictionnels successifs devant le tribunal administratif, puis, la Cour administrative;

- l'administration serait paralysée si l'exécution de ses décisions était suspendue par des recours. Voilà la loi a-t-elle instauré la règle du préalable administratif et que la suspension de l'exécution des décisions administratives est-elle enfermée dans des limites très strictes (à savoir une ordonnance du président du tribunal administratif), le recours contentieux ne suspendant pas, en principe, l'exécution de la décision. L'avantage du préalable administratif a bien entendu comme contrepartie le désavantage de la difficulté de recréer, dans les faits, la situation administrative initiale en cas d'annulation de la décision administrative par le juge administratif. Il s'ensuit que, pendant l'instance contentieuse, l'administration et l'administré se trouvent dans une situation d'attente souvent très désagréable, difficile pour le fonctionnement adéquat du service public, et que l'administration est normalement très intéressée à disposer d'une décision définitive, quelle qu'elle soit, dans l'intérêt de la sécurité juridique. D'ailleurs, les délais d'instruction, légalement prévus, devant les juridictions administratives, sont essentiellement brefs et une affaire contentieuse est normalement évacuée dans l'espace d'un an<sup>7</sup> à travers les deux instances, appel compris. – L'adjonction d'une troisième voie de recours, à savoir un recours en cassation – obéissant à des règles de procédure différentes – contre les décisions administratives prolongerait d'autant les procédures contentieuses et nuirait d'autant à la stabilité des décisions administratives.

Plus grave encore se présenterait la situation dans les affaires où le président du tribunal, en vertu des pouvoirs lui conférés par l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ordonne le sursis à exécution d'une décision administrative, voire d'un acte réglementaire, mesure susceptible d'être maintenue par jugement du tribunal et qui suspend l'exécution de la décision pendant le délai et l'instance d'appel. Dans une telle hypothèse, l'adjonction d'une troisième instance, pendant laquelle il faudrait, logiquement, également prévoir des mesures de sursis à exécution, risquerait de rendre le système ingérable ou, à tout le moins, de conduire à des situations hautement insatisfaisantes. Ainsi, en matière de marchés publics, en cas de sursis à exécution de la décision d'adjudication, les travaux ne peuvent être entamés qu'à l'issue du procès devant le tribunal administratif, voire la Cour administrative, statuant au fond. Pareillement, en cas de recours contre une autorisation de construire et sursis à exécution, le bénéficiaire ne peut commencer à construire qu'à l'issue de la procédure contentieuse. Pendant la durée de la procédure contentieuse, un demandeur d'asile ne peut pas être éloigné du pays. L'instauration de trois recours contentieux successifs allongerait la durée de séjour au pays d'une manière telle que ces personnes, alors même que leur demande d'asile ne serait pas justifiée, auraient séjourné sur le territoire luxembourgeois pendant une durée telle qu'on aurait du mal à leur dénier une certaine intégration;

- l'adjonction d'une troisième voie de recours ne conduirait pas forcément à plus de sécurité juridique. Il y a toujours des revirements de jurisprudence; ce qui était acquis aujourd'hui est remis en question demain, et cela quel que soit le nombre de degrés de juridiction. Il y a même des erreurs de la part des plus hautes juridictions d'un pays. Pour preuve, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnant de telles décisions. N'a-t-on pas vu même une juridiction suprême, statuant en troisième instance, décider une chose et son contraire dans l'espace de trois mois?<sup>8</sup> De tels revirements de jurisprudence n'épargnent même pas des juridictions supranationales comme la Cour européenne des droits de l'homme.

6 Loi du 1er décembre 1978 relative à la procédure administrative non contentieuse et règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes

7 la durée moyenne d'un procès en première instance est de 7 mois, eu égard aux délais de procédure impérativement prévus par l'article 5 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et de cinq mois en instance d'appel, y compris le délai d'appel, en vertu des délais prévus par l'article 46 de la même loi.

8 cf. Cass. 21 janvier 1999, Pas. 31, 45 et Cass. 22 avril 1999, Pas. 31, 47

14. L'**article 119, paragraphe 5** de la proposition reprend le libellé de l'article 95bis, paragraphe 5 actuel de la Constitution qui dispose que certains magistrats des juridictions de l'ordre administratif sont nommés sur **avis de la Cour administrative**, „*sauf en ce qui concerne les premières nominations*.“ Etant donné que ces nominations sont intervenues en 1996, il n'y a plus lieu de maintenir l'exception relative aux premières nominations.

15. Il y a finalement lieu de relever que l'**article 136, paragraphe 4**, 2e phrase de la proposition, qui dispose que **le conseil communal prend toutes les décisions en relation avec les impôts**, risque de conduire à des problèmes d'interprétation et d'application.

En effet, conformément au système actuel fondé sur l'article 107, paragraphe 3 de la Constitution et les articles 135 et 148-s de la loi communale du 13 décembre 1988, le conseil communal est certes compétent pour instaurer un impôt communal par la voie d'un règlement communal, mais la compétence pour établir les rôles et les titres de recettes pour ces impôts revient au collège des bourgmestre et échevins qui est également compétent pour vider les voies de recours contre les bulletins.

Or, en disposant que le conseil communal „*prend toutes les décisions en relation avec les impôts*“, la 2e phrase de l'article 136 (4) devra probablement être comprise en ce sens qu'elle attribue la compétence exclusive au conseil communal pour tous les actes en relation avec les impôts communaux, donc à la fois les dispositions générales et toutes les décisions individuelles. Ainsi, cette phrase aurait pour effet, non seulement de rendre certaines des dispositions de la loi communale et le système actuel inconstitutionnels, mais également de rendre compétent en la matière l'organe suprême d'une commune pour des actes d'exécution qui, actuellement, relèvent des organes d'administration de la commune.

Dans la mesure où le paragraphe 3 de l'article 136, qui est censé, au vœu du commentaire des articles de la proposition, „*réunir dans une seule disposition tout ce qui a trait aux impôts des communes*“, prévoit déjà avec une précision suffisante le régime des impositions communales et la compétence du conseil communal pour l'établissement d'impôts communaux, la 2e phrase du paragraphe (4) de l'article 136 doit être considérée comme surabondante et il est proposé de l'omettre.

\*

## AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG

Aux termes de l'article 49 actuel de la Constitution: „*la justice est rendue au nom du Grand-Duc par les cours et tribunaux. Les arrêts et jugements sont exécutés au nom du Grand-Duc*“.

D'après la proposition de réforme, cette disposition devrait être supprimée pour être remplacée par un article 110 conçu comme suit: „*la justice sera rendue par les cours et tribunaux*“.

On peut certes imaginer phrase moins lapidaire faisant par exemple référence à la nation, détentrice de la puissance souveraine, mais il y a tout lieu de se féliciter de cette proposition qui mettrait un terme à une de ces formulations qu'un éminent professeur belge qualifiait poliment d'„*un rien désuète*“ (Francis Delpérée *Éléments d'une Constitution moderne*, Feuille de liaison de la conférence Saint-Yves No 72, mars 1989) pour la remplacer par une disposition en phase avec les réalités institutionnelles contemporaines.

Dans le même élan salutaire de modernisation de nos textes, il serait souhaitable de supprimer le serment de fidélité au Grand-Duc inscrit à l'article 110 actuel de notre Constitution (cf F. Delpérée op. cité p. 38).

Ce serment constitue une survivance du serment d'allégeance prêté par le vassal à son suzerain pour lequel toute justification rationnelle fait défaut depuis fort longtemps.

Son inadéquation apparaît avec un éclat particulier dans le présent contexte tant il est vrai qu'une stricte observation du serment de fidélité au Grand-Duc interdirait à ceux qui l'ont prêté d'apporter leur concours à une révision constitutionnelle qui comporte une importante réduction des prérogatives de celui auquel ils ont juré fidélité.

Aux termes de l'article 139 de la proposition, lequel remplacerait l'article 110: „*aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu de la loi; elle en détermine la formule*“.

Dans la loi à laquelle renvoie la disposition citée ci-dessus, il conviendrait donc, le moment venu, d'omettre le serment de fidélité au Grand-Duc au „*relents médiévaux*“.

Aux termes de l'article 117 de la proposition, les juges seraient désormais nommés par le Gouvernement.

Le commentaire des articles précise qu'„à l'instar de ce qui est prévu pour les nominations en matière civile et militaire qui incombent suivant le texte de l'article 100 nouveau au Gouvernement, il est proposé de confier pareillement au Gouvernement le droit de nommer tous les membres de l'ordre judiciaire“ (p. 67).

Aux termes de l'article 90 (actuel) de la Constitution, les magistrats sont nommés par le Grand-Duc.

Le Grand-Duc étant et restant notre chef de l'Etat, il est malaisé de bien cerner pour quelle raison majeure d'ordre juridique ou philosophique, il devrait désormais être privé du pouvoir de nomination.

Même à supposer que pareille raison soit donnée et suffisante, il est permis de mettre en doute qu'un parallélisme absolu doive être observé entre les nominations civiles et militaires, d'une part, et celle des juges, d'autre part. Une nomination par le chef de l'Etat marquerait de manière symbolique un égard pour le fait que le pouvoir judiciaire est l'un des trois pouvoirs constitutionnels.

Aux termes de l'article 105 de la proposition: „*les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles*“.

En l'état actuel, le principe de l'indépendance des juges ne résulte que de manière implicite des règles constitutionnelles concernant le statut personnel des juges et plus particulièrement leur nomination, leur inamovibilité, la fixation de leurs traitements et les incompatibilités relatives à leurs fonctions. Le texte proposé a le mérite de proclamer clairement ce principe qui est d'une importance vitale pour garantir l'équilibre entre les pouvoirs constitutionnels et l'égalité des citoyens devant la justice (cf. avis No 1 (2001) du Conseil Consultatif des Juges Européens point No 11, avis No 10 (2007) point No 9).

La proposition en discussion prévoit d'étendre au ministère public l'indépendance dont sont revêtus les juges.

Cette extension qui n'est guère motivée est certes réalisable et ne soulève pas d'objection de principe de la part des magistrats du siège de la présente juridiction.

Cependant, elle ne correspond pas véritablement à une nécessité et va à l'encontre d'un principe d'organisation judiciaire plus que bicentenaire définissant la répartition des rôles dans la magistrature.

Le droit français qui est à l'origine du nôtre, continue d'y être attaché.

Le juge a pour fonction de dire le droit et de trancher des litiges.

Or, dans un Etat de droit démocratique tel que le nôtre, tous les justiciables doivent être égaux devant le juge et rien ne doit faire pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre si ce n'est le bien-fondé des prétentions.

Pour qu'il puisse en être ainsi le juge doit être indépendant.

La nécessité de garantir cette indépendance, particulièrement à l'égard du pouvoir exécutif, s'inscrit dans les divers textes consacrés au statut des juges.

L'indépendance et l'impartialité sont étroitement liées car l'indépendance de la justice sert fondamentalement à garantir l'impartialité des jugements. L'indépendance du juge est la condition de réalisation de son impartialité.

Il en est autrement des magistrats du ministère public.

En ce qu'ils défendent les intérêts de la société et requièrent des juges la mise en exécution des lois et font exécuter les arrêts et jugements, ils participent à l'exercice du pouvoir exécutif. Les officiers du ministère public peuvent être considérés comme les représentants du pouvoir exécutif auprès des juridictions (cf. A. Braas Précis de Procédure Pénale tome 1er éd. Bruylant No 44 et s; R. Thiry Précis d'Instruction Criminelle en Droit Luxembourgeois tome 1er éd. De Bourcy No 61; H. Solus et R. Perrot Droit Judiciaire Privé tome 1er éd. Sirey No 846 et s.).

Le rôle des officiers du ministère public dans le cadre du procès pénal est tout à fait différent de celui des autres magistrats et de ce qu'on comprend dans la fonction juridictionnelle classique. Le ministère public ne joue pas au procès pénal un rôle de juge, il y est une partie représentant la société. De ce point de vue fonctionnel et non organique, il est manifeste que le ministère public joue un rôle

d'auxiliaire de la justice répressive en collaborant à la décision qu'il s'efforce de faciliter et d'orienter dans le sens qui lui paraît favorable à l'intérêt bien compris de la société mais en n'y participant pas (M.-L. Rassat Traité de procédure pénale éd. P.U.F. No 151).

Le statut des magistrats du ministère public en Belgique a été défini comme suit: „membres du pouvoir exécutif et non du pouvoir judiciaire, travaillant en étroite collaboration avec l'ordre judiciaire sans être titulaires du pouvoir juridictionnel, les magistrats du ministère public sont donc à la fois organes de l'exécutif et organes judiciaires prêtant leur concours indépendant à l'exercice du pouvoir judiciaire“ (M. Franchimont, A. Jacobs et A. Masset Manuel de procédure pénale éd. Larcier 2006 p. 49; A. Fettweis Introduction au droit judiciaire privé éd. Fac. Dr. Liège No 143 et 152).

De ce rapport étroit avec le pouvoir exécutif il découle que certaines garanties statutaires des magistrats du siège ne leur sont pas applicables et que le ministère public est organisé de manière hiérarchique et indivisible.

„Le ministère public est un corps hiérarchisé de magistrats placés sous la dépendance du Gouvernement et chargés de représenter la société auprès des cours et tribunaux ... Les dispositions constitutionnelles destinées à renforcer l'indépendance des juges, tel que l'immovibilité et la nomination à vie, ne leur sont pas applicables. En tant qu'organes du Gouvernement, ils sont, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, entièrement indépendants des juridictions auprès desquels ils exercent leur mission“ (P. Majerus L'Etat luxembourgeois éd. Editpress 1990 pp. 271-272).

On notera enfin que les articles 16-2 à 20 du Code d'instruction criminelle définissent les règles relatives à la subordination hiérarchique et placent le ministère public sous l'autorité du Ministre de la Justice et partant du pouvoir exécutif.

Sur base des considérations qui précèdent, l'usage s'est d'ailleurs établi de reconnaître au Ministre de la Justice une certaine liberté de choix dans la désignation des principaux responsables du ministère public et de ne pas lui reconnaître cette même liberté lorsqu'il s'agit de pourvoir à un poste de juge.

Il va de soi que l'aboutissement du projet transmis pour avis impliquerait une redéfinition du rôle du ministère public et une importante révision des textes afférents. Mais de plus, l'indépendance du ministère public, pour être réelle, devrait désormais se manifester également en matière de nomination avec cette conséquence que le pouvoir exécutif devrait être privé de toute liberté de choix.

Une réforme plus vaste et profonde devrait être entreprise si l'on voulait aboutir à une indépendance complète des magistrats du ministère public analogue à celle des magistrats du siège.

En effet, même si les magistrats du ministère public devenaient indépendants du pouvoir exécutif, il n'en demeurerait pas moins que l'organisation hiérarchique du ministère public et son indivisibilité feraient obstacle à une réelle indépendance des magistrats qui le composent dans leurs rapports internes (cf. H. Solus et R. Perrot Droit Judiciaire Privé tome 1er éd. Sirey No 854; R. Perrot Institutions Judiciaires éd. Montchrestien No 124; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc procédure pénale éd. Dalloz No 112 et s.).

Les rapports de subordination et de représentation mutuelle qui en résultent sont en effet étrangers à la magistrature du siège et antinomiques de l'indépendance individuelle des membres du ministère public.

Les autres articles de la proposition n'appellent pas d'observations particulières.

Le soussigné tient cependant à marquer sa désapprobation concernant un passage du commentaire des articles se rapportant à l'article 105 précité (page 65): „*Conscient du respect de l'indépendance du pouvoir judiciaire, la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle s'est prononcée en faveur de la création d'un organe de contrôle interne de la justice. Cet organe existe en France sous la dénomination de Conseil Supérieur de la magistrature, en Belgique comme Conseil Supérieur de la Justice, en Espagne comme Conseil général du pouvoir judiciaire, composé d'une majorité de magistrats.*

*La Commission a tenu en suspens l'inscription dans la Constitution d'un texte portant création d'un tel organe, en attendant d'être saisie par le gouvernement d'un projet de loi réclamé par la Chambre des députés à la suite de la recommandation du médiateur.*

Le soussigné ignorait que la Chambre des députés avait réclamé un projet de loi relatif à la création d'un organe de contrôle de la justice et s'étonne du lien de causalité établi par l'auteur du commentaire des articles entre la création d'un tel organe et l'indépendance de la justice.

Est-ce à dire que l'indépendance n'a jamais existé dans notre pays et qu'elle n'existera pas tant qu'un tel organe ne sera pas créé?

Ce n'est certainement pas le cas!

Bien au contraire, il y a tout lieu de craindre que la création d'un tel organe ne sonne le glas de l'indépendance de la justice et menace le principe de la séparation des pouvoirs comme elle l'a fait ailleurs.

La lecture de la recommandation du médiateur – à laquelle le commentateur des articles se réfère expressément – laisse présager le pire tant au regard de la composition que des attributions de cet organe.

Les propositions faites contreviennent de manière flagrante aux recommandations „de base“ émises en la matière par des institutions internationales et notamment par le Conseil de l'Europe.

En l'absence de proposition d'article et de commentaires plus explicites, il serait oiseux d'approfondir davantage ce sujet.

Au cas où notre Chambre des députés serait saisie d'un projet de loi portant création d'un tel organe, notre magistrature en général et le tribunal d'arrondissement de Luxembourg en particulier ne manqueraient pas de prendre position de manière détaillée et avec toute la sincérité requise.

Dans cette hypothèse, nos députés devraient faire preuve d'une vigilance toute particulière puisqu'il ne s'agirait de rien de moins que de sauvegarder l'équilibre des pouvoirs et le bon fonctionnement de notre Etat de droit.

\*

## AVIS DE LA JUSTICE DE PAIX D'ESCH-ALZETTE

### DEPECHE DU CONSEILLER HONORAIRE A LA COUR D'APPEL, JUGE DE PAIX DIRECTEUR AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG

(1.10.2009)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

**concerne:** votre demande d'avis concernant la Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution.

Il y aurait beaucoup à écrire sur le texte proposé par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des Députés mais le temps très bref imparti aux autorités judiciaires pour remettre leur avis m'oblige à me limiter à cinq points.

1) L'article 21 de la Proposition est libellé comme suit:

„La peine de la confiscation des biens ne peut être établie.“

Ce texte reprend mot par mot celui de l'article 17 de la Constitution.

Il n'a pas été changé depuis l'adoption de la Constitution en 1868.

Il faut s'interroger sur la portée de cet article.

Il a été traditionnellement admis qu'il ne s'opposerait pas à la confiscation ni de l'objet ayant servi à commettre l'infraction, ni du produit de l'infraction.

Or, il s'est avéré ces dernières années, en Italie notamment, que la confiscation des biens est une arme décisive dans la lutte contre le crime organisé.

En conséquence la loi du 1er août 2007 a profondément modifié les articles 31 et 32 du Code Pénal consacrés à la confiscation des biens et a introduit un nouvel article 32-1, étendant notablement la liste des biens sujets à confiscation.

Une décision de la Cour Constitutionnelle déclarant dans le cadre d'un procès contre le crime organisé respectivement le blanchiment les susdits articles du Code Pénal contraires à la Constitution aurait un effet désastreux sur la réputation internationale de notre pays.

Voilà pourquoi il y a lieu de modifier l'article 21 de la Proposition comme suit:

„La peine de la confiscation des biens ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi et par jugement.“

- 2) Les articles 24, 25, 26 et 27 de la Proposition entendent garantir les libertés fondamentales tels que la liberté de pensée, la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté d'association et le secret des communications à caractère personnel tout en autorisant par des dispositions vagues le législateur à apporter des limites à ces libertés mettant ainsi à néant la garantie que la Proposition entend accorder aux citoyens.

Il convient de s'inspirer des seconds paragraphes des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et d'encadrer la mission confiée au législateur de façon à faciliter le contrôle exercé par la Cour Constitutionnelle sur les lois réglementant ces libertés.

- 3) L'article 66 (1) de la Proposition énumère certaines fonctions incompatibles avec le mandat de député tandis que l'article 69 dispose ce qui suit:

„Les incompatibilités prévues par les articles 66, 67 et 68 ne font pas obstacle à ce que la loi n'en établisse d'autres dans l'avenir.“

Or, ou bien les dispositions fixant les incompatibilités sont à considérer comme textes fondamentaux ayant leur place dans la Constitution et dans ce cas l'article 69 est à écarter, les articles précédents étant à compléter par les dispositions afférentes de la loi électorale, ou bien ces dispositions ne sont pas à considérer comme textes fondamentaux devant être inscrits dans la Constitution et dans ce cas les articles 66, 67 et 68 n'ont pas leur place dans la Constitution mais dans la loi électorale.

Personnellement j'estime que les dispositions relatives aux incompatibilités sont d'une importance telle qu'elles sont à inscrire à la Constitution.

- 4) Les dispositions de la Proposition relative à la Justice ne prennent pas encore en considération la volonté du Gouvernement de créer un Conseil de la Justice. Or, la création d'un tel conseil entraînera une modification profonde des dispositions constitutionnelles relatives à la Justice de sorte qu'il semble inutile de commenter des articles appelés à changer dans un proche avenir.

Néanmoins j'entends prendre position quant à l'article 117 de la Constitution libellé comme suit:

„Les juges de paix et les juges des tribunaux sont directement nommés par le Gouvernement.

Les conseillers de la Cour et les présidents et vice-présidents des tribunaux d'arrondissement sont nommés par le Gouvernement sur l'avis de la Cour Supérieure de Justice.“

Depuis la révision constitutionnelle du 20 avril 1989 les juges de paix sont des magistrats inamovibles tout comme les juges des tribunaux d'arrondissement et les conseillers de la Cour.

La fonction de juge de paix directeur étant classée à un rang plus élevée que celle de vice-président d'un tribunal d'arrondissement et celle de conseiller à la Cour et la fonction de juge de paix directeur adjoint étant classée au même rang que celle de vice-président d'un tribunal d'arrondissement et celle de conseiller à la Cour, l'article 117 est logiquement à modifier comme suit:

„Les juges de paix et les juges des tribunaux sont directement nommés par le Gouvernement.

Les conseillers de la Cour, les présidents et vice-présidents des tribunaux d'arrondissement *ainsi que les juges de paix directeurs et juges de paix directeurs adjoints* sont nommés par le Gouvernement sur l'avis de la Cour Supérieure de Justice.“

- 5) Enfin l'article 145 de la Proposition est vicié par une erreur matérielle, le renvoi devant incontestablement concerner l'article 42 et non pas l'article 43.

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de ma considération parfaite.

*Le Conseiller Honoraire à la Cour  
d'Appel, Juge de Paix Directeur,*

Jean-Marie HENGEN

