



Strasbourg, le 1^{er} mars 2019

CDL(2019)004*

Avis n° 934/2018

Or. fr.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

LUXEMBOURG

**PROJET D'AVIS
SUR**

**LA PROPOSITION DE REVISION DE LA CONSTITUTION
sur la base des observations de :**

Mme Claire BAZY-MALAUURIE (membre, France)

Mme Marta CARTABIA (membre suppléant, Italie)

M. Eirik HOLMOYVIK (membre suppléant, Norvège)

M. Bertrand MATHIEU (membre, Monaco)

Mme Kateřina SIMAČKOVA (membre suppléant, République tchèque)

M. Jan VELAERS (membre, Belgique)

* Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion. Sauf si la Commission de Venise en décide autrement, il sera déclassifié un an après sa publication en application des règles établies dans la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe.

Ce document ne sera pas distribué en réunion. Prière de vous munir de cet exemplaire. .

www.venice.coe.int

Table of Contents

Introduction	3
Remarques générales	3
Chapitre 1 – De l'Etat, de son territoire et de ses habitants	4
Chapitre 2 – Des droits et libertés	6
Chapitre 3 – Du Grand-Duc.....	12
Chapitre 4 – De la Chambre des Députés	16
Chapitre 5 – Du Gouvernement.....	19
Chapitre 6 – Du Conseil d'Etat	20
Chapitre 7 – De la Justice	20
Chapitre 8 – De certaines dispositions relatives à l'administration de l'Etat	23
Chapitre 9 – Des établissements publics de l'Etat et des organes professionnels	24
Chapitre 10 – Des communes	24
Conclusion	24

Projet - restreint

Introduction

1. Le 12 juillet 2018, M. Mars di Bartolomeo, Président de la Chambre des Députés du Grand-Duché de Luxembourg, a envoyé, pour avis à la Commission de Venise, le texte de la proposition de révision portant instauration d'une nouvelle Constitution (CDL-REF(2019)001).

2. Mme Bazy-Malaurie, Mme Cartabia, M. Holmøyvik, M. Mathieu, Mme Šimačkova et M. Velaers ont été désignés comme rapporteurs pour la Commission de Venise.

3. Le 15 février 2019, une délégation de la Commission de Venise composée de Mme Bazy-Malaurie, Mme Cartabia, M. Holmøyvik, M. Mathieu et Mme Šimačkova, accompagnés de Mme Granata-Menghini, secrétaire adjointe de la Commission, et de M. Garrone, chef de division, s'est rendue à Luxembourg et a rencontré la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, le ministre de la Justice, le Conseil d'Etat, la magistrature, la médiatrice et les organisations non gouvernementales. La Commission de Venise tient à remercier les autorités luxembourgeoises de l'excellente organisation de cette visite.

4. *Le présent avis a été examiné par la Sous-commission sur les institutions démocratiques (Venise, ...) avant d'être adopté par la Commission de Venise lors de sa ...^e session plénière (Venise, ...).*

Remarques générales

5. Le projet de révision soumis à l'avis de la Commission de Venise est issu d'une proposition de révision de 2009, issue elle-même d'une réflexion engagée en 2005, qui a déjà fait l'objet d'un avis de la plupart des autorités politiques, locales, corporatives et juridictionnelles luxembourgeoises. Ce projet s'inscrit dans un mécanisme adopté en 2003 et visant à faciliter la procédure de révision de la Constitution, et n'impliquant plus des élections législatives préalables. C'est essentiellement une modernisation du texte et l'inscription dans celui-ci d'un certain nombre de pratiques qui semblent présider à cette réforme.

6. Les questions les plus importantes ont fait l'objet d'un référendum consultatif et la proposition de révision d'un débat public. Il convient de saluer l'étendue et la richesse de ce processus consultatif. S'agissant du référendum, ont été rejetées à une forte majorité les propositions tendant à l'abaissement du droit de vote à 16 ans, à l'ouverture du droit de vote aux résidents non luxembourgeois et à la limitation des mandats ministériels. D'autres consultations publiques sont prévues sur le texte tel qu'adopté par la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, avant la tenue d'un référendum après la première adoption par la Chambre des députés.

7. Les motifs du lancement de la procédure de révision constitutionnelle sont au nombre de trois : la modernisation de la terminologie désuète par endroits, la nécessité d'adapter les textes à l'exercice réel des pouvoirs et l'inscription dans la Constitution des dispositions relevant d'une pratique coutumière et inscrites dans d'autres textes échappant à l'intervention du législateur. C'est dans ce cadre qu'il faut comprendre les amendements proposés en matière institutionnelle : l'adaptation d'un texte vieux de 150 ans à l'évolution naturelle du système politique, des institutions et des concepts juridiques.

8. Le projet de Constitution est basé sur deux prémisses¹ : d'abord, il maintient la structure de l'actuelle Constitution. Ensuite, les amendements ne changent pas fondamentalement le fonctionnement des institutions existantes ou leurs relations.

¹ Voir Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle (6.6.2018), p. 3.

9. Même si ses incidences pratiques n'apparaissent pas majeures, la réforme infléchit toutefois sensiblement la nature du régime politique du Grand-Duché. On relève un affaiblissement manifeste des compétences, fussent-elles devenues symboliques, du Grand-Duc, par l'instauration des éléments essentiels d'un régime parlementaire moniste.

10. On relèvera d'ailleurs que cette réforme, même si elle traduit largement en droit des évolutions antérieures qu'elle entérine, est considérée comme assez importante pour être soumise à référendum, alors que cette procédure n'est pas obligatoire. La question de savoir si l'on a affaire à une révision constitutionnelle ou à une nouvelle Constitution semble tranchée dans le sens du deuxième terme de l'alternative. Cela est conforme à la tradition de certains Etats européens, comme la France, qui ont adopté de nouvelles Constitutions lorsque des changements majeurs ont été apportés, ou qui, comme la Suisse, ont fondamentalement restructuré un texte, devenu une nouvelle Constitution, tout en touchant peu à sa substance. D'autres pays n'ont connu que de rares amendements constitutionnels en interprétant un texte ancien de manière évolutive ou, comme la Norvège, ont introduit des changements majeurs par des amendements partiels d'une Constitution aujourd'hui bicentenaire combinés à des conventions non écrites.

11. Les autorités luxembourgeoises ont informé la Commission de Venise qu'un rapport explicatif serait adjoint ultérieurement au projet de Constitution.

12. De toute manière, il appartient au constituant luxembourgeois, dans les limites des principes fondamentaux du Conseil de l'Europe – démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit – de prendre parti sur les choix politiques qui relèvent de son pouvoir discrétionnaire, tout en choisissant la portée à donner à la révision – révision totale ou révision(s) partielle(s). Le présent avis ne vise pas à opérer de tels choix politiques, mais à souligner les points qui pourraient poser des problèmes d'interprétation ou d'application.

Chapitre 1 – De l'Etat, de son territoire et de ses habitants

13. Ce chapitre regroupe les éléments essentiels qui caractérisent l'Etat luxembourgeois et établit des principes constitutionnels généraux. Il est conforme à la pratique de nombreux Etats européens et aide à clarifier le texte constitutionnel en général.

14. L'article 3, qui affirme la souveraineté de la *Nation*, reflète une idée propre au constitutionalisme libéral. Cette idée a été plus récemment remplacée par la souveraineté du *Peuple* dans les Etats démocratiques contemporains. *Nation* est un concept indéterminé et opaque, tandis que *Peuple* est juridiquement plus précis, car il se réfère à l'ensemble de tous les citoyens.

15. L'article 4 proclame que la langue du Luxembourg est le luxembourgeois, tandis que la loi règle l'emploi des langues luxembourgeoise, française et allemande. La Constitution actuelle ne proclame aucune langue officielle, mais se limite à prévoir à l'article 29 que « la loi réglera l'emploi des langues en matière administrative et judiciaire ». Bien que couramment utilisé, notamment à l'oral, le Luxembourgeois n'est pas systématiquement employé comme langue administrative ; on notera à titre d'exemple que le projet de révision constitutionnelle n'existe actuellement qu'en français. On peut se demander quel est l'effet normatif de la désignation du Luxembourgeois comme langue du Luxembourg. D'après les informations fournies par les autorités luxembourgeoises, cette disposition aurait un caractère essentiellement symbolique. Quant au renvoi à la loi, il n'est pas indiqué s'il se réfère uniquement aux relations avec les autorités publiques, et s'il exclut l'usage d'autres langues que les trois mentionnées. La fixation des éléments essentiels du régime linguistique dans la Constitution permettrait d'éviter toute ambiguïté.

16. L'article 5 introduit une « clause européenne » à l'instar d'autres constitutions européennes. Toutefois, cet article ne prévoit pas de *limitations* aux transferts de pouvoirs, tandis que dans certains Etats des limites sont prévues : l'identité constitutionnelle de l'Etat, la protection des droits fondamentaux, ou le noyau essentiel des pouvoirs souverains de l'Etat. De telles limites pourraient être envisagées. En outre, une référence au principe de l'effet direct et de la primauté du droit de l'Union européenne dans les rapports avec le droit national ne figure pas dans la Constitution. La majorité qualifiée nécessaire pour un tel transfert de souveraineté est définie à l'article 72.4 (deux tiers des suffrages des députés). Un renvoi à cette disposition chaque fois qu'il est question de majorité qualifiée pourrait être utile.

17. L'article 11, relatif à l'accès aux emplois publics, est conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui énonce que seuls les emplois comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des collectivités publiques peuvent être réservés aux ressortissants nationaux à l'exclusion des autres citoyens de l'Union². Il est également conforme à la Convention européenne sur la Nationalité, qui est entrée en vigueur pour le Luxembourg le 1^{er} janvier 2018, dont l'article 20 § 2 admet une exception au principe de l'égalité de traitement avec les ressortissants en ce qui concerne les droits économiques et sociaux. « En vertu de ce paragraphe, un Etat partie peut exclure les non-ressortissants des emplois de l'administration publique en tant qu'investie de l'exercice de la puissance publique. Cette formule est tirée d'un arrêt de la Cour européenne de justice (Commission des Communautés européennes contre le Royaume de Belgique, 26 mai 1982, affaire 149/79) (1). Cette exception ne vise que les emplois dans des activités spécifiques de la fonction publique dans la mesure où les emplois en question supposent l'exercice de la puissance publique et la responsabilité de la préservation des intérêts généraux de l'Etat. Dans ces circonstances exceptionnelles, la possession de la nationalité est admise comme condition préalable indispensable en raison du caractère particulièrement sensible de ce secteur de l'emploi. »³

18. Une disposition générale sur la hiérarchie des normes juridiques manque, l'article 98 indiquant seulement que les juridictions n'appliquent les lois et les règlements qu'autant qu'ils sont conformes aux normes de droit supérieures. Les autorités luxembourgeoises ont expliqué que le droit international a validité immédiate et prime l'ensemble du droit national luxembourgeois, y compris la Constitution. Dès lors qu'il est consacré en droit luxembourgeois, il devrait être constitutionnalisé.

19. Au Luxembourg, la catégorie des lois organiques n'existe pas, bien que la Chambre des Députés puisse adopter des « résolutions » à la majorité qualifiée de deux tiers des suffrages des députés lorsque la Constitution le requiert. Cette exigence n'est pas très fréquente dans le projet de Constitution ; elle est prévue par exemple pour la fixation du nombre des députés à élire dans chacune des quatre circonscriptions électorales (article 64), mais pas pour la loi électorale en tant que telle. Pourtant, sur beaucoup de points le projet de Constitution renvoie à la loi, qui prendra donc la forme d'une loi ordinaire même lorsqu'elle a un contenu structurel, comme par exemple s'agissant de l'Ombudsman (article 82), du statut des magistrats du siège et du ministère public (article 100), du Conseil national de la justice (article 102). La création de la catégorie de « loi organique » serait utile, ou alternativement la Constitution devrait prescrire l'adoption à la majorité qualifiée pour toute loi portant sur les éléments essentiels de l'organisation des pouvoirs publics, en vue de renforcer leur stabilité et, le cas échéant, leur indépendance.

² Voir par exemple CJCE 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, C-473/93. Jur. 1996, I-3248.

³ Convention européenne sur la nationalité (STE 166), rapport explicatif, § 123.

Chapitre 2 - Des droits et libertés

20. Dans son avis intérimaire, la Commission de Venise avait considéré que le chapitre sur les droits fondamentaux de la Constitution du Luxembourg méritait d'être actualisé et d'être organisé avec plus de cohérence du point de vue des droits qu'il comprend et du point de vue des limites à ceux-ci⁴.

21. Le nouveau projet va dans ce sens, mais souffre encore des limites qui découlent des choix originaires de la Constitution luxembourgeoise, c'est à dire d'une conception de la garantie des droits fondamentaux typique du XIX^e siècle. Les droits sociaux des travailleurs, des personnes âgées, des enfants, des personnes handicapées ont un statut très faible, de même que le principe de non-discrimination et les droits collectifs reconnus aux corps intermédiaires de la société civile (familles, associations, dénominations religieuses, minorités culturelles et linguistiques, syndicats, etc.).

22. Les autorités luxembourgeoises ont informé la Commission que, puisque le droit international a validité immédiate et prime l'ensemble du droit national luxembourgeois, y compris la Constitution, les dispositions sur les droits de l'homme n'ont pas été systématiquement adaptées aux traités internationaux auxquels le Luxembourg est partie. La Commission estime tout d'abord que la primauté du droit international devrait être inscrite dans la Constitution dès lors qu'elle est reconnue en droit luxembourgeois (voir par. 18 ci-dessus) ; il est de toute manière important que le catalogue des droits humains contenu dans la Constitution soit conforme aux standards internationaux, dans le respect de la marge d'appréciation de chaque Etat. Cristalliser dans la Constitution des divergences importantes par rapport aux standards internationaux tels qu'ils sont connus à l'heure de la réforme constitutionnelle peut être interprété comme une volonté du législateur constitutionnel de s'écarter du droit international. De plus, toute divergence entraîne un risque de confusion, notamment parce que la jurisprudence de la cour constitutionnelle pourrait différer de celle de la Cour européenne des droits de l'homme que les tribunaux du Luxembourg doivent appliquer directement (la force obligatoire des arrêts de la cour constitutionnelle est moins sûre – voir ci-après par. 115).

23. Le chapitre 2 « Droits et libertés » est divisé en trois sections qui introduisent une distinction entre *droits fondamentaux*, *libertés publiques* et *objectifs à valeur constitutionnelle*.

24. Les « droits fondamentaux » de la section 1 sont considérés comme des *droits absolus*, puisqu'il n'y a pas de restrictions et que la clause de limitation générale de l'article 37 ne s'applique qu'aux « libertés publiques ». Cependant, le rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle précise : « L'article 37 introduit une « clause transversale » dans la Constitution disposant que... toute limitation *de l'exercice des droits fondamentaux et des libertés publiques* ... »⁵. Cela devrait être clarifié. Aux termes de la CEDH, un droit absolu ne peut être mis en balance avec les besoins d'autrui ou l'intérêt public général. La liste des droits absolus doit être stricte, car en général les droits individuels doivent être assujettis à des limitations pour garantir en même temps d'autres droits et d'autres buts légitimes nécessaires dans une société démocratique, conformément au principe de proportionnalité (comme prévu par l'article 37). La Cour européenne limite la notion de droits absolus aux articles 3 (Interdiction de la torture), 4 § 1 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude) et 7 (Pas de peine sans loi) de la Convention, ainsi qu'au protocole n° 13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, que le Luxembourg a ratifié.

25. Il n'y a pas de doute que la *dignité humaine* (art. 12) et *l'intégrité physique et mentale* ainsi que la *prohibition de la torture et de la peine de mort* (art. 13) doivent être comprises dans les droits absolus. L'interdiction de l'esclavage et de la servitude pourrait être considérée comme

⁴ CDL-AD(2009)057, par. 36 ss.

⁵ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 42.

implicite dans la protection de la dignité humaine, que le projet de révision à justement posée en tête de la liste des droits et des libertés (article 12).

26. Par contre, la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 14) ne doit avoir un caractère absolu que pour son aspect intérieur – *forum internum*. Pour le reste, et tout comme le respect de la vie privée (article 15), elle ne peut être considérée comme un droit absolu ; les articles 8.2 et 9.2 CEDH énoncent ces libertés comme des droits relatifs qui peuvent faire l'objet d'ingérence afin de protéger les droits d'autrui ou plus largement l'intérêt général. Elles devraient par conséquent figurer dans le catalogue des libertés publiques.

27. Les « libertés publiques » de la section 2 doivent s'entendre comme des droits humains relatifs, dont la mise en balance avec l'intérêt général peut et doit être effectuée. Les « objectifs à valeur constitutionnelle » de la section 3, comme l'explique le rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, « n'introdui[sen]t pas de droit positif individuel à effet direct »⁶.

28. La Commission de Venise rappelle que la distinction entre droits subjectifs justiciables et droits non directement justiciables définis comme objectifs d'Etat a été opérée dans d'autres constitutions européennes et la Commission de Venise a encouragé à plusieurs reprises les Etats à préciser dans quelle mesure les droits socio-économiques et les « droits de troisième génération » sont seulement de nature objective ou s'ils donnent aussi aux personnes un droit subjectif, lié au droit de saisir un tribunal. La Commission a ainsi souligné le risque de malentendus sur la portée et la signification de certains droits si une telle clarté n'est pas apportée. Par ailleurs, cette distinction correspond à celle figurant dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 52.5) : « Les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ».

29. Si une distinction entre droits subjectifs et objectifs d'Etat est dès lors possible, la distinction doit néanmoins être cohérente avec le droit international.

30. Il est nécessaire de vérifier si la liste des « objectifs à valeur constitutionnelle » ne comprend pas de droits subjectifs.

31. De manière générale, le critère systématique qui a été suivi par le législateur constitutionnel pour organiser le chapitre 2 en trois différentes sections ne semble pas clair. On peut se demander pourquoi le principe d'égalité et celui de non-discrimination sont placés dans la section « *libertés publiques* » et non pas parmi les droits. Le droit à la non-discrimination des personnes handicapées (article 41) est un droit subjectif qui est étroitement lié aux principes d'égalité et de non-discrimination qui figurent parmi les libertés publiques. Le droit de fonder une famille et au respect de la vie familiale est garanti à l'article 8 CEDH au même titre que le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance : comme ces derniers, il doit dès lors figurer dans la section 2 parmi les « libertés publiques ». L'hésitation du constituant luxembourgeois à garantir les droits de fonder une famille et au respect de la vie familiale (article 38) comme des droits de plein exercice semble pouvoir être expliquée par les interactions qu'ils subissent avec l'évolution de la société⁷. Il n'en reste pas moins que les articles 8 et 12 CEDH garantissent de

⁶ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 27.

⁷ Dans le rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 42, on peut lire à ce sujet : « De nombreuses incertitudes en rapport avec cette notion sont engendrées par l'apparition de diverses formes de procréation artificielle. La notion de « vie familiale » inclut-elle les membres de la famille au-delà du noyau dit

véritables droits subjectifs, et cela devrait être reflété dans la Constitution, en permettant au législateur d'étendre leur champ d'application et de régler leur exercice. Il importe de souligner que, dans une matière où « une base commune européenne » « *a common European ground* » fait défaut, la Cour européenne des droits de l'homme laisse souvent une marge d'appréciation large à l'Etat national, ce qui implique qu'il appartiendra au constituant ou législateur national de déterminer le champ d'application du droit de fonder une famille et au respect de la vie familiale.

32. En ce qui concerne le *principe d'égalité*, l'article 16.1.1 du projet, comme la Constitution actuelle, prévoit que « les Luxembourgeois sont égaux devant la loi ».

33. L'égalité dans la loi et devant la loi est l'un des critères constitutifs de l'Etat de droit⁸. Le Luxembourg a ratifié le protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, qui interdit de manière générale toute forme de discrimination, ainsi que le Pacte international sur les droits civils et politiques, qui dispose, en son article 26, que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi ». En outre, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « seules des *considérations très fortes* peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »⁹. Il faut relever l'importance de la question au Luxembourg, dont près de la moitié de la population résidente est composée d'étrangers (85 % d'entre eux étant citoyens de l'Union européenne). A cet égard, mention pourrait être faite des droits spécifiques des citoyens européens.

34. L'interdiction de la discrimination figurant à l'article 16.2, comme toutes les autres dispositions du chapitre 2, s'applique aux étrangers comme aux citoyens. Il conviendrait dès lors de revoir l'article 16.1.1 afin qu'il proclame le principe d'égalité devant la loi en général et non comme un droit réservé aux Luxembourgeois, en conformité avec le droit international¹⁰. Une précision pourrait être apportée en ce sens que la loi peut prévoir une différence de traitement entre Luxembourgeois et étrangers en matière de droit de vote et d'éligibilité¹¹. Pour le reste, les différences de traitement fondées sur la nationalité restent possibles dans les cas où elles procèdent « d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but » (article 16.1.2), et sous réserve des règles plus strictes résultant du droit de l'Union européenne et des traités internationaux.

35. Par ailleurs, l'article 17 - qui reprend presque textuellement l'article 111 de la Constitution actuelle - affirme que « tout non-Luxembourgeois qui se trouve sur le territoire jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les restrictions établies par la loi ». Cet article correspond à l'article 1 du premier Protocole additionnel à la CEDH et impose aux Hautes Parties contractantes de reconnaître « à toute personne relevant de leur juridiction » les droits et libertés définis au titre I de la Convention. Il adoucit ainsi la portée de l'article 16.1. On peut se demander si cet article serait nécessaire au cas où l'article 16.1 prévoirait l'égalité de « toute personne » devant la loi. Dans le contexte luxembourgeois où la part de la

« nucléaire » (parent/enfant) en y englobant les frères et sœurs, les grands-parents ou encore les couples homosexuels ? La Cour européenne des droits de l'Homme a adopté en la matière une position évolutive, mais en règle générale favorable à toute forme de vie familiale. Le juge luxembourgeois sera amené par la force des choses à s'inspirer dans une large mesure des décisions rendues sur base de l'article 8 de la Convention européenne ».

⁸ Commission de Venise, Liste des critères de l'Etat de droit, II.D 3. et 4.

⁹ CEDH *Koua Poirrez c. France*, 40892/98, 30 septembre 2003, § 46 ; *Gaygusuz c. Autriche*, 17371/90, 16 septembre 1996, par. 42.

¹⁰ Article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques, auquel le Luxembourg est partie : « Toutes les personnes sont égales devant la loi... ». Voir, dans ce sens, CDL-AD(2014)010, Avis sur le projet de loi de révision de la Constitution de la Roumanie, par. 41; CDL-AD(2013)032, Avis sur le projet final de la Constitution de la République tunisienne, par. 45.

¹¹ Cf. CDL-AD(2002)023rev2, Code de bonne conduite en matière électorale, I.1.1.b. Le projet exclut expressément les étrangers des droits de vote et d'éligibilité pour les élections législatives (article 65), tout en permettant à la loi de les leur accorder dans les autres cas (article 10.2). Le Luxembourg reconnaît déjà le droit de vote et l'éligibilité sur le plan communal aux étrangers, même non citoyens européens.

population étrangère est considérable, cependant, cette déclaration, de pair avec l'article 10.2, qui permet à la loi de conférer l'exercice de droits politiques (de vote et d'éligibilité) à des non-Luxembourgeois – sauf pour les élections législatives qui font l'objet de la disposition spéciale de l'article 65.1-2 - pourrait assumer une signification symbolique particulièrement importante.

36. L'article 16.2, interdisant les discriminations « en raison de sa situation ou de circonstances personnelles », devrait être développé. Maintes fois des « situations ou circonstances personnelles » sont invoquées et acceptées pour justifier des différences de traitement et permettre, le cas échéant, des mesures positives en faveur des sujets et des groupes les plus vulnérables. Ainsi par exemple le fait d'être marié ou non, d'avoir des enfants ou non, d'être malade ou d'être en bonne santé, d'être dans une situation de détresse financière ou d'être fortuné, d'avoir un diplôme ou une expertise particulière ou non – toutes situations ou circonstances personnelles – sont prises en compte pour accorder des droits ou imposer des obligations. Le texte constitutionnel devrait comprendre au moins, parmi les motifs de distinction inadmissibles, ceux figurant à l'article 14 CEDH et à l'article 1 du Protocole 12.

37. En ce qui concerne les mesures positives en faveur des femmes, l'article 16.3 2^e alinéa reprend l'article 11.1 de la Constitution actuelle. Le commentaire n'indique pas la portée possible de cette disposition ; cela pourrait être utile en particulier s'il existe une jurisprudence sur la question.

38. L'article 18.2 confirme le principe de légalité pour toute poursuite pénale, arrestation ou privation de liberté. L'article 18.3 1^{er} alinéa contient une garantie supplémentaire en cas d'arrestation: il exige une décision de justice motivée et notifiée au plus tard dans les vingt-quatre heures.

39. Le constituant devrait clairement définir quelles privations de liberté sont considérées comme des arrestations au sens de l'article 18.3. Il s'agit probablement d'arrestations dans le cadre d'une enquête pénale. La question se pose de savoir si des privations de liberté de mineurs dans le cadre de la protection de la jeunesse tombent aussi dans le champ d'application de cette disposition.

40. La question se pose aussi de savoir pour quelle raison une personne qui a été prise en flagrant délit ne pourrait pas jouir de la même garantie ou d'une garantie analogue. Si on peut accepter qu'une telle personne soit arrêtée immédiatement sur les lieux par les officiers de police, il pourrait être envisagé de délivrer un mandat d'arrêt dans les 24 heures ou de prévoir un autre délai dans lequel un mandat d'arrêt doit être délivré.

41. L'article 19 ne garantit que le droit d'accès à la juridiction prévue par la loi. Ce droit est complété par les « garanties du justiciable » figurant aux articles 104 à 106. Il est souhaitable que toutes les règles constitutionnelles nationales sur le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH – soit les articles 19 et 104 à 106 - soient réunies dans un même chapitre. Dans ce cas cependant, elles ne devront pas être soumises à la clause générale de limitation de l'article 37.

42. L'article 23 garantit la liberté de manifester ses « opinions ». Le mot opinion est synonyme de « appréciation, avis, jugement, pensée, impression, sentiment, idée ». Les termes « liberté d'expression », généralement utilisés par les constitutions contemporaines et les traités internationaux des droits de l'homme, paraissent correspondre davantage à l'intention du constituant, car ils recouvrent explicitement non seulement les « opinions », mais aussi les

« informations », et pas uniquement le droit de les communiquer mais aussi le droit de les recevoir¹².

43. L'article 9 CEDH garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, qui couvre « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction *individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* » Le constituant pourrait clarifier en ce sens soit le texte de l'article 24, soit le commentaire. Plus généralement, et comme dit plus haut à propos de l'article 14 (par. 26), dès lors que, sauf en ce qui concerne le *forum internum*, la liberté de pensée, de conscience et de religion n'est pas un droit absolu, il conviendrait de regrouper l'ensemble des dispositions en la matière – dans un seul article, qui devrait figurer dans le chapitre sur les libertés publiques.

44. L'article 25 sur la liberté de réunion précise qu'une autorisation préalable n'est nécessaire que lorsque le rassemblement est « en plein air dans un lieu accessible au public ». Or, en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme, une autorisation préalable ne devrait pas être nécessaire. Par contre, il peut être exigé de notifier à l'avance la tenue d'une réunion (y compris quand elle a lieu dans un lieu public en plein air) dans la mesure où cette formalité vise à permettre à l'État de prendre des dispositions nécessaires pour faciliter la liberté de réunion et protéger l'ordre et la sûreté publics, ainsi que les droits et libertés des tiers.

45. Comme indiqué dans les lignes directrices sur la liberté de réunion pacifique, il faudrait prévoir un régime de notification préalable, qui ne devrait pas être transformé *de facto* en un régime d'autorisation. Ces lignes directrices relèvent comme significatif que, dans plusieurs juridictions, les procédures de demande d'autorisation aient été déclarées inconstitutionnelles. Toutefois, l'exigence d'une autorisation basée sur la présomption légale que l'autorisation d'utiliser un espace public sera délivrée, sauf si les autorités compétentes peuvent fournir des preuves suffisantes pour justifier un refus, peut remplir les mêmes objectifs qu'une notification à l'avance¹³. En outre, les réunions spontanées et « en ligne » doivent être possibles sans notification¹⁴.

46. Le terme « autorisation préalable » à l'article 26 ne semble pas clair : entend-on par ce terme la nécessité d'un enregistrement ? Si celui-ci ne peut être exigé pour l'exercice du droit d'association, il peut l'être en vue de l'obtention de la personnalité juridique. La Constitution pourrait prévoir que la loi détermine les conditions à remplir pour obtenir la personnalité juridique.

47. Il importe que le constituant clarifie, au moins dans les travaux préparatoires, quelles sont les « libertés syndicales » qui sont garanties par l'article 28.

48. L'article 32 énonce un droit d'asile indépendant des obligations qui découlent de textes internationaux. Toutefois, la proposition est très générale et renvoie à la loi la définition des conditions qui doivent être remplies pour jouir du droit d'asile. A ce propos, quelques principes pourraient être introduits dans la Constitution pour orienter le pouvoir discrétionnaire du législateur, en particulier pour garantir le respect de la Convention de Genève de 1951 sur les droits des réfugiés.

¹² Voir par exemple. l'article 10 CEDH : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

¹³ CDL-AD(2019)***, par. ... Cf. *Forsyth County, Georgia v. The Nationalist Movement* 505 U.S. 123 (1992). Voir aussi CDL-AD(2012)006, Avis conjoint relatif à la loi sur les rassemblements de masse de la République de Bélarus, par. 70-71 : « subordonner la tenue d'une réunion à l'obtention d'une autorisation va manifestement à l'encontre de la présomption générale en faveur de la tenue de réunions ».

¹⁴ CDL-AD(2019)***, par. ...

49. En ce qui concerne le *droit à l'éducation garanti par l'article 33*, il est maintenant fait référence à la liberté de l'enseignement et à l'enseignement privé (article 33.3). Pour le reste, les observations de l'avis intérimaire peuvent être répétées : « 65. Cette disposition... ne porte pas sur le droit des parents d'assurer une éducation et un enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques comme indiqué à l'article 2 du Protocole additionnel à la CEDH. 66. Bien que les Etats ne soient soumis à aucune obligation juridique internationale de financer l'éducation et l'enseignement privés, la Constitution de certains Etats membres du Conseil de l'Europe prévoit une certaine forme de soutien financier en mettant parfois l'éducation et l'enseignement privés sur un pied d'égalité avec l'éducation et l'enseignement publics. S'il existe des règles en droit luxembourgeois ou dans la pratique luxembourgeoise, on pourrait envisager de les inscrire dans la Constitution, mais cela ne s'impose pas. »

50. L'*article 36* semble seulement offrir une protection dans l'hypothèse d'une expropriation et non pas en cas d'atteinte moins invasive au droit de propriété. Le constituant luxembourgeois devrait élargir la protection au « respect de ses biens », garanti par l'article 1 du premier protocole à la CEDH¹⁵.

51. En ce qui concerne les *restrictions aux droits fondamentaux* (libertés publiques), le projet a suivi la recommandation de la Commission de Venise¹⁶ et a prévu une clause transversale qui fixe des conditions générales de restriction à la jouissance des droits fondamentaux, selon le modèle de l'art. 52.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce dont il faut se féliciter (article 37). Ce type de clause est d'importance capitale dans l'application des droits fondamentaux au niveau juridictionnel. Cette clause générale prévoit trois conditions 1. Le *contenu essentiel* du droit ou de la liberté limité doit être respecté; 2. Les limitations aux droits et aux libertés doivent être *nécessaires* pour assurer le respect d'un *intérêt général* ou les *droits et libertés* d'autrui 3. En tout cas, le principe de *proportionnalité* doit être respecté. Cette clause de l'article 37 est beaucoup plus exigeante et stricte que les clauses contenues dans certaines dispositions relatives aux libertés inspirées de l'ancien texte constitutionnel, qui accordent une très grande confiance au législateur pour déterminer les limites aux droits et libertés¹⁷. *Une interprétation systématique doit conduire à l'application de l'article 37 à tous les droits et libertés, à l'exception des quelques droits absolus.*

52. On peut dès lors se demander s'il ne suffirait pas de prévoir l'application de la clause générale de l'article 37 à l'ensemble des droits et libertés – non absolus -, en y incluant l'exigence que la restriction soit « prévue par la loi », en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸ et l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont le projet s'inspire¹⁹.

53. La question se pose toutefois de savoir si le mot « loi » dans tous ces articles de la Constitution luxembourgeoise a la même signification que le mot « loi » dans les clauses de restrictions incluses dans des conventions européennes et internationales relatives aux droits de l'homme. Alors que dans la Constitution luxembourgeoise le mot « loi » semble se référer

¹⁵ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

¹⁶ CDL-AD(2009)057, par. 45.

¹⁷ Voir art. 16.1, alinéa 2; art. 17; art. 18.2; art. 19; art. 20; art. 21; art. 22, art. 25; art. 26; art. 30; art. 31; art. 32; art. 33; art. 34; art. 35; art. 36. Voir aussi l'expression «sauf la répression des infractions commises à l'occasion de l'exercice de ces libertés» aux articles 23 et 24 à propos de la manifestation des opinions, à la liberté de la presse, à la liberté de manifester ses convictions philosophiques ou religieuses et d'adhérer ou de ne pas adhérer à une religion.

¹⁸ Voir les par. 2 des articles 8 à 11 CEDH.

¹⁹ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 42.

à un acte législatif adopté par le pouvoir législatif (loi formelle), le mot « loi » dans les traités se réfère à toute norme juridique, quel qu'en soit l'auteur, qui est suffisamment accessible et prévisible dans ses effets (loi matérielle). Il serait dès lors souhaitable que le constituant précise la notion de loi – éventuellement de manière différenciée -, du moins dans le commentaire.

54. L'ajout du principe de légalité des restrictions aux droits fondamentaux, s'il permettrait de faire l'économie de la référence à la loi dans les dispositions relatives à la garantie des différents droits, ne devrait par contre pas conduire à écarter les clauses spécifiques relatives aux limitations interdites à certaines libertés, comme l'interdiction des mesures préventives (autorisation préalable) en matière de libertés de d'association et de liberté de réunion sur un domaine privé (articles 25 et 26).

55. Il peut être par ailleurs constaté que plusieurs articles relatifs aux libertés publiques contiennent une clause se référant à la possibilité de restreindre l'exercice de ces libertés pour « la répression des infractions commises à l'occasion de l'exercice de ces libertés ». Dans la Constitution luxembourgeoise – comme dans la Constitution belge – cela implique que seules les mesures répressives sont admises tandis que les mesures préventives sont interdites. Cela pourrait être plus explicite.²⁰

Chapitre 3 - Du Grand-Duc

56. Avant d'aborder ce chapitre, il convient de souligner que la légitimité politique est clairement enracinée dans la Constitution, d'où découlent les pouvoirs du monarque. La souveraineté n'appartient pas au monarque mais à la Nation, à laquelle s'identifie le Peuple. Même si le projet maintient les compétences formelles du chef de l'État, il les fait relever non plus de prérogatives, mais d'attributions. Le caractère national et l'affaiblissement du caractère tant patrimonial que monarchique de l'État se manifestent également par le fait que la Constitution est celle du Luxembourg, le Grand-Duché n'étant que l'appellation nominale de l'État, et la légitimité du pouvoir s'inscrit clairement dans le texte constitutionnel plus que dans l'institution grand-ducale.

57. L'un des objectifs de la réforme constitutionnelle est de moderniser le texte de la Constitution pour refléter la réduction effective des pouvoirs du Grand-Duc, qui sont devenus largement cérémoniels²¹. La Commission de Venise se félicite que les autorités luxembourgeoises aient pris l'initiative d'harmoniser le texte constitutionnel avec la pratique institutionnelle. Cela permet aux institutions, mais aussi aux citoyens de connaître de manière claire la répartition des pouvoirs.

58. A l'exception du Liechtenstein²² et de Monaco²³, les monarchies constitutionnelles européennes sont des monarchies parlementaires dans lesquelles les pouvoirs du monarque sont largement formels et protocolaires. Dans son avis de 2009, la Commission a affirmé : « Il n'y a pas un seul modèle de monarchie en Europe. Les dispositions constitutionnelles des pays qui ont gardé la monarchie divergent entre elles, notamment par rapport aux prérogatives et/ou pouvoirs que les monarques peuvent (encore) exercer, sous la responsabilité politique de leur Gouvernement. Les choix entre les différents modèles de monarchie possibles ne sont pas

²⁰ Les termes « sauf la répression des infractions commises à l'occasion de l'exercice de ces libertés » aux articles 23 (liberté d'opinion et liberté de la presse) et 24 (liberté de pensée, de croyance et de religion) semblent exclure aussi les mesures préventives.

²¹ Voir Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 3.

²² Voir CDL-AD (2002)032, Avis relatif aux amendements que la maison princière du Liechtenstein propose d'apporter à la Constitution du Liechtenstein.

²³ Voir CDL-AD(2013)018, Avis sur l'équilibre des pouvoirs dans la constitution et la législation de la Principauté de Monaco.

critiquables, pour autant que ces choix sont compatibles avec les principes de la démocratie et de l'Etat de droit »²⁴. Pour que la forme monarchique du Gouvernement soit conforme aux principes de la démocratie et de l'Etat de droit, le monarque ne doit pas pouvoir disposer seul d'un important pouvoir législatif ou exécutif indépendant, car il n'est pas démocratiquement élu ni sujet à un contrôle parlementaire ou judiciaire²⁵.

59. Les autres monarchies constitutionnelles européennes ont suivi deux approches pour adapter la forme monarchique du Gouvernement aux principes démocratiques²⁶. Soit le monarque a été exclu de l'exercice de la puissance publique parce que ce n'est pas du peuple qu'il tient sa position. Sa principale fonction est symbolique, elle consiste à représenter la nation. C'est pour l'essentiel la manière dont on envisage les choses en Suède depuis la réforme constitutionnelle de 1974²⁷. Soit les pouvoirs dévolus au monarque dans le texte de la Constitution sont réinterprétés de façon à ce que l'autorité attribuée au monarque soit comprise dans une large mesure comme un octroi d'autorité au Gouvernement. Le monarque reste le chef formel du pouvoir exécutif et bénéficie de l'immunité, mais ses décisions sont soumises à la contre-signature des ministres, sous leur responsabilité²⁸.

60. Le projet de Constitution du Luxembourg suit le deuxième modèle. Le Grand-Duc reste le chef de l'Etat et le chef formel du pouvoir exécutif, bénéficiant d'une pleine immunité²⁹, tandis que ses décisions sont soumises à la contre-signature du Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement³⁰. L'évolution vers un système parlementaire classique de type moniste tient au fait que les pouvoirs du Grand-Duc sont assez largement transférés au Gouvernement. Ainsi le périmètre du pouvoir du chef de l'Etat se réduit au domaine exécutif, dont le Gouvernement assume la responsabilité, et le Grand-Duc perd les prérogatives lui permettant d'intervenir dans l'exercice du pouvoir législatif au moyen du droit d'initiative en matière législative. Alors même que la suppression du droit d'initiative législative du Grand-Duc et la règle précisant qu'il exerce le pouvoir exécutif conjointement avec le Gouvernement (article 47) semblent simplement traduire dans le texte une situation déjà existante, l'équilibre institutionnel du régime s'en trouve néanmoins modifié.

61. La Constitution actuelle prévoit que le Grand-Duc exerce trois fonctions : une fonction symbolique de chef de l'Etat, une fonction de garant des institutions³¹ et une fonction exécutive d'arbitre, par son influence morale et la possibilité de nommer le Premier ministre³². Le projet retient la fonction symbolique (article 46) de même que la fonction exécutive (article 47), tout en précisant que « le Gouvernement dirige la politique générale de l'Etat » (article 86). Le rôle effectif du Grand-Duc en matière exécutive est donc bien plus limité que ce que pourrait laisser entendre le texte de l'article 47 qui traite d'exercice conjoint du pouvoir exécutif, comme cela ressort des autres dispositions de la Constitution, et notamment du chapitre 3. L'article 47 pourrait être revu en ce sens. Il faut toutefois relever que le même système est appliqué au Pays-Bas³³ et en Belgique³⁴.

²⁴ CDL-AD(2009)057, par. 69-70.

²⁵ CDL-AD(2013)018, par. 27.

²⁶ CDL-AD(2002)032, par. 11-12.

²⁷ Constitution, chapitre 1, articles 3-6. La seule fonction politique du roi est de présider formellement le Conseil consultatif parlementaire des affaires étrangères, voir le chapitre 10, article 12 de la Constitution.

²⁸ Tel est le cas en Belgique, au Danemark, aux Pays-Bas, en Norvège. Au Royaume-Uni aussi, les pouvoirs formellement attribués au monarque selon la constitution non écrite sont exercés, d'après une convention constitutionnelle, sur conseil du Gouvernement, qui en a l'exercice effectif.

²⁹ Article 46 du projet ; cf. l'article 33 de la Constitution.

³⁰ Article 48 du projet ; cf. l'article 45 de la Constitution.

³¹ Cf. l'article 33.

³² CDL(2019)131, Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution du Luxembourg, p. 35.

³³ Article 42.1 de la Constitution : Le Gouvernement se compose du Roi et des ministres. 2. Le Roi est inviolable, les ministres sont responsables.

³⁴ Sur base de droit coutumier.

62. La terminologie du projet est conforme à son contenu, en employant régulièrement le terme de « chef de l'Etat » plutôt que son titre héréditaire, sauf dans la partie relative à la dynastie (chapitre 3 section 2).

63. Le chef de l'Etat ne participe donc plus à l'exercice du pouvoir législatif, il ne fait que promulguer les lois³⁵. S'il peut dissoudre la Chambre des Députés, c'est à des conditions bien précises (rejet d'une motion de confiance, adoption d'une motion de censure ou démission du Gouvernement avec l'assentiment de la Chambre des Députés)³⁶.

64. Si l'article 87 du projet prévoit que le chef de l'Etat nomme le Premier ministre et les membres du Gouvernement, il se limite, déjà en droit actuel, à désigner un formateur³⁷.

65. Le chef de l'Etat ne nomme plus les juges de manière (formellement) autonome, mais sur proposition du Conseil national de la justice³⁸. Il perd aussi ses compétences en matière militaire en faveur du Parlement (voir chapitre 8). Le pouvoir de dissoudre le Conseil municipal dans l'intérêt de la gestion de la commune est transféré au Gouvernement³⁹. Le Grand-Duc conserve le pouvoir de négocier les traités, de prendre les mesures d'exécutions des lois, le droit de grâce et celui de conférer les Ordres.

66. Dans le système luxembourgeois, aucun des pouvoirs du monarque n'est exercé sans contreseing d'un membre du gouvernement, qui en assume la responsabilité (article 48). Cela correspond à la tradition d'autres monarchies européennes, comme la Belgique, le Danemark, la Norvège, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. S'agissant de la nomination du Premier ministre, l'absence de contreseing peut se concevoir, mais le contreseing par le nouveau ou l'ancien Premier ministre est la solution la plus répandue. Le gouvernement ainsi nommé devra, en toute hypothèse, et dans un délai très bref, s'assurer qu'il dispose d'une majorité au Parlement, la nomination ne devenant définitive qu'après le vote du Parlement.

67. Le projet établit donc que les pouvoirs du chef de l'Etat sont largement formels et qu'il n'a que peu d'influence sur les décisions politiques du Gouvernement et du Parlement, ce qui garantit le respect des principes démocratiques et de l'Etat de droit. C'est pour cela que le commentaire parle de « compétences liées ».⁴⁰ Il faut toutefois noter que, au-delà des textes (anciens ou nouveaux), le caractère démocratique de l'Etat est aussi garanti par la retenue du monarque dans l'exercice des pouvoirs qui lui restent.

68. S'agissant du **statut du Grand-Duc**, l'attribution de l'exercice de la souveraineté au Parlement se manifeste également par le fait que le Grand-Duc n'entre en fonction qu'après avoir prêté le serment constitutionnel devant la Chambre des Députés. Ce serment conditionne l'accès au trône, ce qui implique que la situation héréditaire ne suffit pas, le Gouvernement exerçant les fonctions de chef de l'Etat dans l'intérim. Par ailleurs la Chambre des Députés peut intervenir dans la succession lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent (article 55). C'est également la Chambre qui règle la question d'un éventuel changement de dynastie en cas d'extinction de la dynastie régnante (article 56). La régence n'est plus réglée par un Pacte de famille mais par le Chambre des Députés (article 57).

69. La *possibilité pour la Chambre des Députés de destituer le Grand-Duc en cas de refus de ce dernier d'exercer sa fonction selon les dispositions constitutionnelles (article 59 - le terme employé est celui de prendre acte de son abdication) peut avoir une portée considérable, par*

³⁵ Articles 75 et 76.5.

³⁶ Article 73.

³⁷ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, pp. 52-53.

³⁸ Article 102.

³⁹ Article 125.2.

⁴⁰ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 33.

exemple dans l'hypothèse où le Grand-Duc refuserait de promulguer une loi votée (on pense à l'exemple belge, où le roi avait temporairement été déclaré dans l'impossibilité de régner). C'est d'ailleurs une telle situation qui avait conduit à la révision du 12 mars 2009 à la suite du refus du Grand-Duc de sanctionner une loi votée par le Parlement relative au « droit de mourir dans la dignité », qui avait mis fin au pouvoir de sanction du Grand-Duc. La Commission avait noté, dans son avis intérimaire : « Avec un sens de l'État qu'il faut saluer, le Grand-Duc a demandé lui-même à être déchargé de sa compétence de sanction de la loi pour éviter qu'une telle impasse ne soit à nouveau rencontrée »⁴¹. Cette procédure soumet le monarque à un système de responsabilité *sui generis* proche de celui institué par la Constitution française en son article 68 adopté en 2007 (manquement à ses devoirs incompatible avec la poursuite de son mandat).

70. L'article 50.4 (correspondant à l'article 32.4 introduit dans la Constitution en 2017) permet au chef de l'Etat de prendre en toutes matières des mesures réglementaires en cas d'état d'urgence (avec le contreseing d'un membre du Gouvernement). La mise en œuvre de cette procédure est soumise à l'impossibilité de la Chambre des Députés de légiférer dans les délais appropriés. Au-delà de 10 jours, il faut un vote de la Chambre à la majorité des deux tiers, et l'état d'urgence ne peut être étendu au-delà de trois mois. Comme recommandé dans l'avis de 2009⁴², d'importantes garanties procédurales ont été mises en place. Cette disposition pourrait néanmoins poser problème, dans l'hypothèse où le Parlement ne pourrait se réunir dans le délai prévu ou si cet état perdurait au-delà de trois mois. Dans ce dernier cas, les autorités luxembourgeoises ont indiqué qu'un nouvel état d'urgence pourrait être proclamé.

71. La rédaction de l'article 50.4 est assez générale et englobe les hypothèses de crise que le pays pourrait rencontrer (crise internationale, menaces pour les intérêts vitaux de la population, atteintes graves à la sécurité publique). Les deux dernières catégories impliquent une menace spécifique d'une certaine gravité envers un bien déterminé ; par contre, le terme de « crise internationale » est très large et ne précise pas l'intérêt en jeu, et mériterait donc d'être défini.

72. Par ailleurs, il est heureux que des élections anticipées ne puissent pas être convoquées pendant l'état de crise (article 73.3).

73. L'article 50.4, 3e alinéa dispose « Tous les règlements pris en vertu de la présente disposition cessent leurs effets au plus tard à la fin de l'état de crise. » La question se pose de savoir s'il ne faudrait pas prévoir la possibilité pour la Chambre des députés de confirmer les règlements pris par le Grand-Duc, afin qu'ils puissent rester en vigueur après la fin de l'état de crise.

74. S'agissant du *patrimoine de la Maison grand-ducale*, on relève à la fois une diminution des compétences du Grand-Duc en la matière et une protection de l'institution (*fidéicomis*). La gestion de la fortune privée que la Maison grand-ducale met à la disposition du titulaire du trône, est considérée comme relevant de l'intérêt public. On relève donc une extension du caractère public du patrimoine de la famille grand-ducale. Sur le plan financier, l'intérêt de l'État est mis en valeur par le fait que si le chef de l'État dispose d'une administration gérant les biens affectés, cette gestion s'exerce dans l'intérêt public et non pas – implicitement - dans celui du souverain.

75. S'agissant des règles relatives à *la succession et à la vacance du Trône* (articles 55 ss), le fait que les règles de succession et de vacance du trône ne résultent plus d'un acte privé, le Pacte de famille de Nassau de 1783, mais s'inscrivent dans la Constitution, traduit également le déplacement du fondement de la légitimité du pouvoir et opère une intervention du Parlement dans la succession. Par ailleurs, la Chambre des Députés désigne le régent sur proposition du Gouvernement en cas d'incapacité du chef de l'État. L'institution originale de Lieutenant-Représentant du Grand-Duc (article 61) permet de faciliter la transition successorale. On peut

⁴¹ CDL-AD(2009)057, par. 8.

⁴² CDL-AD(2009)057, par. 84.

par ailleurs se demander si l'article 58 ne devrait pas préciser quand et comment la régence prend fin.

76. Sagement, les règles de succession font prévaloir les liens du mariage sur tout autre forme d'union ou l'adoption. Ces règles se justifient par l'existence même du principe monarchique fondé sur les liens du sang et qui doit faire prévaloir, par nature, des principes institutionnels sur des principes relatifs aux droits et libertés individuels.

Chapitre 4 - De la Chambre des Députés

77. *S'agissant des compétences de la Chambre des Députés*, les modifications les plus substantielles concernent le droit d'initiative législative et les commissions d'enquêtes. 125 électeurs peuvent déposer une proposition motivée qui doit être soutenue par 12500 électeurs. Si ces conditions sont réalisées, la Chambre des Députés doit se prononcer sur cette proposition (article 77).

78. Une commission d'enquête doit être constituée lorsqu'un tiers des députés le demande (article 79). Le contrôle parlementaire du Gouvernement et de l'administration est l'une des fonctions fondamentales d'un Parlement⁴³. La possibilité de recourir à une commission d'enquête renforce les droits de l'opposition et s'inscrit dans le contexte du développement de la fonction de contrôle d'un Parlement moderne. *On peut cependant estimer que le rôle du Parlement en la matière n'est pas défini de manière suffisante*. Comme l'avait noté la Commission dans son avis précité, « cette réglementation peut paraître, au vu du développement moderne du droit constitutionnel, relativement modeste étant donné qu'au XXI^e siècle, la diminution du rôle des Parlements exigerait plutôt le renforcement des moyens de contrôle dont les législatifs disposent ». ⁴⁴ Cela vaut pour l'ensemble des instruments de contrôle parlementaire, qui ne comprennent, hors les commissions parlementaires, que les pétitions (article 80). Il pourrait dès lors être judicieux d'apporter des précisions dans la Constitution sur les pouvoirs des commissions d'enquête parlementaire, afin de garantir que leurs droits ne soient pas abolis par une loi ordinaire votée par la majorité parlementaire. Un pouvoir de contrôle efficace implique que la commission d'enquête puisse notamment obtenir des informations et convoquer à des auditions⁴⁵.

79. *S'agissant du fonctionnement de la Chambre des Députés*, se pose d'abord la question de la répartition des compétences entre le constituant, le législateur et le Parlement relativement aux règles de fonctionnement du Parlement. La Constitution (article 66) est assez peu disert sur la question des *incompatibilités* qui relèvent d'une combinaison entre les règles politiques et celles relatives à l'exercice des droits individuels. On peut également s'interroger sur le fait que la Constitution renvoie à la compétence du règlement interne de la Chambre des Députés la possibilité d'instaurer un délai de réflexion entre le dépôt et le vote d'une motion de censure⁴⁶.

80. L'article 72.4 prévoit expressément des résolutions à la majorité qualifiée, qui correspond aux deux tiers des suffrages des députés. Comme précisé par les autorités luxembourgeoises, « résolution » concerne tout « acte du Parlement », et la majorité requise est celle des deux tiers des membres du Parlement (qu'ils prennent ou non part au vote). L'extension de la possibilité d'adopter des lois adoptées à la majorité qualifiée – soit des actes normatifs intermédiaires entre la Constitution et la loi ordinaire - apparaît de toute manière opportune (voir ci-dessus par. 19).

⁴³ Rapport sur le rôle de l'opposition au sein d'un Parlement démocratique, CDL-AD(2010)025, par. 116.

⁴⁴ CDL-AD(2009)057, par. 96.

⁴⁵ Il n'existe toutefois aucune tradition européenne commune en la matière, CDL-AD(2010)025, par. 124.

⁴⁶ Cf. Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 50.

81. La réunion d'office de la Chambre en séance publique le troisième mardi suivant les élections est bienvenue⁴⁷.

82. L'article 57 de la Constitution actuelle prévoit que la Chambre des Députés est le juge de sa propre élection. Le Code de bonne conduite en matière électorale demande qu'un recours judiciaire contre une telle décision soit possible en dernière instance⁴⁸, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tend à considérer qu'une telle exigence résulte des articles 13 CEDH et 3 du premier Protocole additionnel⁴⁹. L'introduction d'un recours à la Cour constitutionnelle en la matière (article 68.3) est dès lors bienvenue.

83. L'article 74 du projet – comme l'article 80 de la Constitution – prévoit que la Chambre des Députés peut demander la présence des membres du Gouvernement. Comme déjà indiqué dans l'avis intérimaire, cette disposition pourrait être complétée « par une disposition selon laquelle les membres de la Chambre des Députés ont le droit d'obtenir de ceux-ci les informations requises comme moyen essentiel de contrôle parlementaire »⁵⁰. « La question de la responsabilité implique à la fois l'obligation de rendre des comptes (obligation pour le Gouvernement de fournir des informations, explications et justifications et droit correspondant du Parlement de demander ces éléments) et sa mise en œuvre (faire en sorte que les responsables aient à répondre de leurs actes) »⁵¹. Une disposition exigeant du Gouvernement qu'il fournisse des informations à la Chambre des Députés peut être limitée à certaines demandes d'informations⁵², ou au contraire impliquer une obligation générale du Gouvernement d'informer la Chambre des Députés sur les matières que lui sont soumises⁵³.

84. L'absence de possibilité de faire intervenir les forces luxembourgeoises à l'étranger sans autorisation du Parlement (article 81) pourrait en théorie poser problème en cas de crise, par exemple d'hostilités conduites par un autre pays. Une Constitution se doit de prévoir des hypothèses aussi graves, aussi peu plausibles qu'elles soient. En cas de crise exigeant une décision urgente, la ratification d'une telle intervention dans un délai bref pourrait être préférée⁵⁴.

85. *S'agissant de la question de la dissolution de la Chambre des Députés (article 73), outre le fait que ce pouvoir échappe au Grand-Duc, le terme n'est pas employé, celui d'élections anticipées lui étant préféré. Trois situations permettent de procéder à de nouvelles élections, mais ne l'imposent pas: le rejet de la confiance ou une motion de censure envers le Gouvernement, ou la démission de ce dernier – avec l'accord de la majorité absolue des membres de la Chambre des Députés. Le choix de ne pas laisser la possibilité d'élections anticipées à la discrétion du Gouvernement est tout à fait acceptable au regard des normes internationales. Il pourrait toutefois être utile de préciser si les élections anticipées impliquent que la Chambre soit dissoute ou bien si elle reste en fonctions jusqu'à ce que la nouvelle Chambre soit instaurée. Par ailleurs, il pourrait y avoir un risque, en cas de démission du Gouvernement, que la Chambre refuse de convoquer des élections anticipées.*

⁴⁷ CDL-AD(2009)057, par. 92.

⁴⁸ Voir Code de bonne conduite en matière électorale, II.3.3.a; Rapport explicatif, par. 94.

⁴⁹ Cf. CEDH *Grosaru c. Roumanie*, 78039/01, 2 mars 2010, en particulier §§ 55-62.

⁵⁰ CDL-AD(2009)057, par. 104.

⁵¹ CDL-AD(2013)018, par. 23.

⁵² Voir par exemple l'article 68 de la Constitution des Pays-Bas : « Les ministres et les secrétaires d'Etat donnent aux Chambres siégeant séparément ou réunies en une seule assemblée oralement ou par écrit, les renseignements désirés par un ou plusieurs des membres, dont la communication ne peut être jugée contraire à l'intérêt de l'Etat. »

⁵³ Voir l'article 82 de la Constitution de la Norvège : « Le Gouvernement est tenu de fournir au Storting toutes les informations nécessaires aux délibérations sur les affaires qu'il soumet. Aucun membre du Conseil des ministres ne peut soumettre des informations incorrectes ou trompeuses au Storting ou à l'un de ses organes. »

⁵⁴ Voir l'article 19.2 de la Constitution danoise : "Except for purposes of defence against an armed attack upon the Realm or Danish forces, the King shall not use military force against any foreign state without the consent of the Folketing. Any measure which the King may take in pursuance of this provision shall forthwith be submitted to the Folketing. If the Folketing is not in session it shall be convened immediately."

86. En ce qui concerne l'*initiative législative*, le projet (article 75) met fin au principe (devenu désuet) selon lequel le Grand-Duc est le législateur primaire, et reconnaît l'initiative législative tant du Gouvernement que de chaque député pris individuellement.

87. Par contre, le pouvoir de *promulgation* du Grand-Duc est maintenu (article 76.5 ; voir l'article 34 de la Constitution). En général, les monarchies qui gardent le pouvoir de promulgation du monarque sont celles qui – contrairement au Luxembourg – ont aussi maintenu son pouvoir de sanction⁵⁵. En Suède par contre, les lois sont promulguées par le Gouvernement, ou bien par le Parlement dans le cas des lois qui le concernent directement⁵⁶.

88. Il faut toutefois souligner que la promulgation « est un acte de caractère formel, qui atteste l'existence de la loi, en authentifie le texte, confirme que les règles concernant l'adoption de la loi ont été respectées et rend la loi exécutoire ». La question de savoir si ce pouvoir doit revenir au Gouvernement ou au Grand-Duc « étant une question d'opportunité, il appartient au constituant luxembourgeois de décider en cette matière »⁵⁷.

89. L'article 53 de la Constitution actuelle exclut du droit de vote et d'éligibilité les condamnés à des peines criminelles et les majeurs en tutelle, alors que les condamnés en correctionnelle peuvent être exclus par décision judiciaire. La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, exclu la possibilité de retirer le droit de vote à des personnes condamnées à certaines peines. La Commission de Venise ne peut que souligner la contradiction qui peut exister dans ce domaine entre les textes luxembourgeois et la jurisprudence de la Cour⁵⁸. Le texte proposé (article 65) renvoie à la loi, ce qui est admissible à condition que les restrictions au droit de vote soient conformes aux critères établis par la jurisprudence de la Cour.

90. Le vote obligatoire est prévu par la loi, même si, en pratique, cette obligation n'est plus sanctionnée depuis longtemps. On peut se demander si une telle obligation est admissible dans le silence de la Constitution. Il serait dès lors préférable, soit de prévoir le vote comme un devoir au niveau constitutionnel, soit d'abolir une telle obligation.

La place du référendum

91. La démocratie telle qu'elle résulte de la Constitution luxembourgeoise est essentiellement représentative, et plus précisément parlementaire (article 2), le référendum étant consultatif (sauf semble-t-il pour l'adoption de la Constitution, mais seulement après un vote parlementaire).

92. Le référendum (article 78) est considéré comme une procédure exceptionnelle. Surtout, le recours à cette procédure est soumis à l'intervention d'une loi spécifique qui en fixe les conditions et les effets. *Il serait souhaitable que la Constitution traite, au moins dans les grandes lignes, des effets, mais aussi des conditions d'un référendum. De même, l'indétermination constitutionnelle du corps électoral s'agissant des référendums peut être discutée.*

93. Le référendum constituant est encadré ; il ne peut intervenir qu'après un vote parlementaire ; il peut se substituer au second vote si la demande est faite par le quart des députés, soit par 25 000 électeurs (article 127).

L'ombudsman

⁵⁵ Articles 74 et 109 de la Constitution de la Belgique ; articles 21-22 de la Constitution du Danemark ; articles 82 et 87 de la Constitution des Pays-Bas ; articles 76 et 78 de la Constitution de la Norvège.

⁵⁶ Constitution, chapitre 8, article 19.

⁵⁷ CDL-AD(2009)057, par. 95.

⁵⁸ Voir par exemple *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, 74025/01, 6 octobre 2005 ; *Alajos Kiss c. Hongrie*, 38832/06, 20 mai 2010.

94. L'article 82 constitutionnalise l'institution de l'Ombudsman, qui a été créée au niveau législatif en 2002⁵⁹. Cet article décrit le mode de nomination de l'Ombudsman, qui est « nommé par le Chef de l'Etat sur proposition de la Chambre des députés » ; il renvoie à la loi (ordinaire) pour « les attributions et les règles de fonctionnement de l'Ombudsman et les relations avec la Chambre des députés. Dans ce contexte, la Commission de Venise se réfère à ses propres « Principes de Venise » sur la protection et la promotion de l'institution du médiateur ou de la médiatrice⁶⁰ : aux termes du principe 2, « l'institution du médiateur ou de la médiatrice, y compris son mandat, doivent avoir une solide assise juridique, de préférence au niveau constitutionnel, tandis que ses caractéristiques et ses fonctions peuvent être précisées au niveau législatif » : ce que le projet de révision constitutionnel fait. La Commission se réfère cependant au principe 6, selon lequel « Le médiateur ou la médiatrice sont élus ou nommés selon des procédures visant à renforcer dans toute la mesure du possible l'autorité, l'impartialité, l'indépendance et la légitimité de l'institution. Le médiateur ou la médiatrice élus par le parlement, sont élus à une majorité qualifiée appropriée. » Or, pour être conforme à ce principe l'article 82 devrait préciser que la proposition de la Chambre des députés est faite à la majorité qualifiée prévue à l'article 72.3. La durée du mandat du Médiateur devrait être également précisée dans la Constitution : la Commission de Venise s'est exprimée dans le sens que « le mandat du médiateur ou de la médiatrice est plus long que le mandat de l'organe de nomination. Le mandat est de préférence unique, sans possibilité de réélection ; en tout cas, le mandat du médiateur ou de la médiatrice est renouvelable seulement une fois. Le mandat unique n'est, de préférence, pas inférieur à sept ans. » (principe 10).

Chapitre 5 - Du Gouvernement

95. *Le choix opéré combine une conception collégiale du Gouvernement et une conception plus individualiste.* Ainsi la responsabilité du Gouvernement est collégiale mais le projet n'exclut pas celle des ministres à titre individuel pour les affaires relevant de leur compétence.

96. En particulier, le texte du projet maintient, du moins formellement, la nomination des ministres par le chef de l'Etat plutôt que par le Premier ministre (article 87.2). Comme déjà relevé dans l'avis de 2009, il serait préférable de confier au Premier ministre un rôle de proposition pour la nomination et surtout la fin des fonctions des membres du Gouvernement⁶¹, et d'adapter le texte à la pratique qui ne confère au chef de l'Etat qu'un rôle « en principe ... purement formel » en la matière⁶². Cela correspond aux règles d'autres monarchies européennes⁶³, qui précisent toutefois davantage le rôle du Premier ministre. Aux Pays-Bas par exemple, la Constitution soumet expressément la nomination des membres du Gouvernement au contreseing du Premier ministre⁶⁴. Une autre solution, qui se retrouve dans de nombreuses Constitutions européennes, est de nommer directement le Premier ministre comme chef du Gouvernement, et les autres ministres sur proposition du Premier ministre⁶⁵. Le troisième modèle est celui de la Suède, où le

⁵⁹ La Commission de Venise avait été saisie du projet de loi sur la mise en place d'un Médiateur : voir CDL-AD(2002)022, Avis sur le projet de la Loi n° 4832 relative à la mise en place d'un médiateur au Luxembourg.

⁶⁰ CDL(2019)008 - adoption prévue en mars 2019

⁶¹ CDL-AD(2009)057, par. 98.

⁶² Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 23.

⁶³ Article 14 de la Constitution du Danemark; article 12 de la Constitution de la Norvège; article 43 de la Constitution des Pays-Bas ; article 96 de la Constitution de la Belgique.

⁶⁴ Article 48 de la Constitution. Au Danemark, le contreseing du Premier ministre nouvellement nommé n'est pas imposé expressément par la Constitution, mais résulte d'une interprétation établie, voir Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Hansen et Michael Hansen Jensen, *Dansk Statsret*, 2e édition, Copenhague 2016, p. 65. En Norvège, l'interprétation établie est que le Premier ministre sortant doit contresigner la nomination d'un nouveau Gouvernement par le roi, voir Arne Fliflet, *Grunnloven med kommentarer*, Oslo 2005, p. 116-117.

⁶⁵ Voir par exemple l'article 92 de la Constitution de l'Italie.

Premier ministre est proposé par le Président du Parlement et approuvé par le Parlement, et nomme ensuite le Gouvernement⁶⁶.

97. *S'agissant de la responsabilité du Gouvernement* et de ses membres, il convient de relever qu'alors que le régime parlementaire est né du transfert de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement à une responsabilité politique devant le Parlement, le texte du projet prend acte de cette évolution. Comme l'a souligné la Commission de Venise, « la capacité d'un régime constitutionnel à séparer et distinguer la responsabilité politique et la responsabilité pénale des ministres (précédents ou actuels) témoigne du bon fonctionnement et de la maturité de la démocratie mais aussi du respect de l'Etat de droit. Les poursuites pénales ne devraient pas servir à sanctionner des erreurs ou désaccords politiques. L'action politique des ministres devrait être soumise à des procédures relatives à la responsabilité politique, tandis que les procédures pénales devraient être réservées aux actes criminels »⁶⁷. La distinction entre ce qui relève d'une part de l'infraction de droit commun, et d'autre part de la décision politique, dépend largement de la prévisibilité, et donc de la précision, des normes pénales applicables⁶⁸.

98. Laisser à la loi le soin de déterminer la juridiction compétente pour une question intéressant la séparation des pouvoirs peut prêter à discussion (article 90.3). Il existe deux grands modèles dans le droit constitutionnel européen en matière de responsabilité pénale des ministres : le recours à la juridiction ordinaire et des procédures spéciales de destitution. En l'absence de définition d'une procédure spéciale dans la Constitution, la responsabilité pénale des membres du Gouvernement est pour l'essentiel engagée selon les conditions du droit commun, donc devant les juridictions ordinaires, et la poursuite pénale est réservée au ministère public⁶⁹.

99. S'agissant de la responsabilité politique, le fait que le Gouvernement tire sa légitimité du Parlement et non du chef de l'État se manifeste également par les dispositions de l'article 89 qui prévoient un engagement obligatoire de sa responsabilité devant la Chambre par le Gouvernement nouvellement constitué. Le Premier ministre peut engager seul la responsabilité de son Gouvernement après en avoir discuté en Conseil.

Chapitre 6 - Du Conseil d'Etat

100. *L'article 91* détermine de façon assez détaillée les pouvoirs du Conseil d'Etat. En particulier, il n'a qu'une compétence consultative pour les lois et les règlements. L'article 92 renvoie par contre à la loi la question de son organisation et de la manière d'exercer ses attributions. La loi de 2017 qui porte organisation du Conseil d'Etat offre ainsi un exemple de ce que pourrait être une loi « organique » s'agissant d'une institution intervenant, comme le Conseil d'Etat, dans la procédure législative. On pourrait envisager que la Constitution détermine aussi la façon dont il est nommé et composé et quelles sont les conditions nécessaires pour en faire partie.

Chapitre 7 - De la Justice

101. L'organisation de la justice luxembourgeoise est assez compliquée, car elle comporte plusieurs juridictions spécialisées, fruits d'une évolution historique. Cela ne pose pas de problème au regard des principes de l'Etat de droit.

⁶⁶ Chapitre 6, articles 1 et 4-6 de la Constitution de la Suède.

⁶⁷ CDL-AD(2013)001, Rapport sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres, par. 105-106.

⁶⁸ Voir notamment CDL-AD(2013)001, par. 99 ss, 112-115, concernant des infractions telles qu' « abus de fonction » ou « abus de pouvoirs ».

⁶⁹ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 55.

102. Plusieurs nouveautés sont inscrites dans ce chapitre. Pour la première fois, la Constitution consacre explicitement un « pouvoir judiciaire » : voir l'article 93, qui consacre l'existence de deux corps de magistrats : ceux du siège et ceux du ministère public. L'indépendance de l'un et de l'autre est reconnue par la Constitution, mais celle des magistrats du siège est une indépendance que l'on appellera individuelle, celle des parquetiers est collective (article 99.2). Il ressort de cet alinéa et du fait que les magistrats du ministère public ne bénéficient pas de l'inamovibilité que le ministère public est entièrement soumis au principe hiérarchique. Est ainsi consacré un système « à la française ». La Commission de Venise, tout en admettant que les procureurs soient nommés par leur hiérarchie, préconise qu'ils le soient jusqu'à leur retraite⁷⁰.

103. Les *articles 93 à 96* décrivent de manière précise la répartition des contentieux entre juridictions.

104. *L'article 98* rappelle le principe de la hiérarchie des normes. Comme indiqué plus haut (par. 18), il est recommandé de prévoir dans la Constitution la primauté du droit international sur l'ensemble du droit interne, qui est reconnue au Luxembourg.

105. L'ensemble du chapitre donne ainsi une description brève mais plus précise qu'auparavant du système judiciaire luxembourgeois. On notera que deux des sujets de discussion, l'existence d'un « tribunal des conflits » ainsi que celle d'une « cour suprême » ont été finalement écartés. Or, l'ancien article 95 prévoyait l'intervention de la Cour supérieure de justice pour régler les conflits d'attribution. Il serait intéressant de connaître la solution qui sera mise en place pour régler ces éventuels conflits.

106. Il serait par ailleurs souhaitable que la Constitution prévoie au moins les éléments essentiels du mode de nomination des magistrats en conformité avec les normes internationales relatives à l'indépendance du système judiciaire⁷¹ - sauf à inclure de tels règles dans des lois organiques – non prévues à ce jour. Le projet prévoit certes que « les magistrats sont nommés par le Chef de l'Etat sur proposition du Conseil national de la justice » et que « les magistrats du siège sont inamovibles » (article 100.2), mais davantage de précision dans le texte constitutionnel est souhaitable, y compris sur la possibilité de mettre fin aux fonctions des magistrats du siège, notamment en cas de manquement à leurs obligations au sens de l'article 100.3, ainsi que sur l'instance compétente en la matière.

107. *L'article 106* répond quant à lui à une observation antérieure de la Commission de Venise⁷² : l'impartialité des juges magistrats du siège y est rappelée, conformément à l'article 6 CEDH tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.

108. *L'article 102* crée le *Conseil national de la justice* auquel est dévolu le pouvoir de proposition des nominations de tous les magistrats et qui doit être composé en majorité de magistrats. Par rapport aux discussions préparatoires, le texte tranche en faveur d'une configuration traditionnelle en Europe : c'est le chef de l'Etat qui nomme, sur proposition d'une instance collégiale représentative des magistrats. La mission du Conseil national de la justice est très large : veiller au bon fonctionnement de la justice et respecter l'indépendance des magistrats - ce qui est plutôt une obligation constitutionnelle qu'une mission : il serait préférable que le Conseil national de la justice soit chargé de « garantir » l'indépendance de la justice. Ses attributions seront fixées par une loi. Là encore, davantage de précision est plus que souhaitable : la Constitution devrait prévoir la composition ainsi que les principales attributions du Conseil national de la justice. Comme relevé par la Commission de Venise à de nombreuses reprises,

⁷⁰ Rapport sur l'indépendance du système judiciaire – Partie II Le Ministère public (CDL-AD(2010)040), par. 38-40 ; liste des critères de l'Etat de droit (CDL-AD(2016)007), II.E.1.d.

⁷¹ Voir notamment le rapport sur l'indépendance du système judiciaire – Partie I L'indépendance des juges (CDL-AD(2010)004) et la liste des critères de l'Etat de droit (CDL-AD(2016)007), II.E.1.a-b.

⁷² CDL-AD(2009)057, par. 105.

pour éviter de donner une image de corporatisme, il est important que les conseils judiciaires associent à leurs travaux des personnes qui ne sont pas issues du monde judiciaire⁷³. S'agissant de la composition, la Commission de Venise préconise qu'un « nombre substantiel », sinon la majorité, des membres d'un Conseil judiciaire soit constitué de magistrats ; l'article 102 prescrit que le Conseil soit « majoritairement » composé de magistrats ; selon le projet de loi sur le Conseil suprême de la justice actuellement à l'examen de la Chambre des députés, le Conseil se composera de neuf membres, dont 6 – donc deux tiers - seront des magistrats, auxquels s'ajouteront un membre du barreau, un universitaire et un représentant de la société civile, les deux derniers étant désignés par la Chambre des Députés. La Commission rappelle à cet égard que « la composante non judiciaire d'un conseil judiciaire est essentielle pour l'exercice efficace des compétences disciplinaires du conseil », et qu'une proportion trop élevée de magistrats (en l'espèce, 11 sur 15 membres ou, comme au Luxembourg, les deux tiers des membres) « pourrait déboucher sur des procédures disciplinaires inefficaces »⁷⁴. Elle recommande donc de prévoir un nombre de magistrats moins élevé dans le futur Conseil national de la justice. Selon l'article 8 § 2 du projet de loi, deux membres du Conseil – un représentant de la société civile et un représentant du monde académique - sont désignés par la Chambre des députés à la majorité des deux tiers. S'il faut se féliciter qu'une majorité qualifiée soit prévue, il semblerait nécessaire de la prévoir dans la Constitution, dans le sens de l'article 72.2-3.

109. Il serait utile par ailleurs d'indiquer si les pouvoirs du Conseil national de la justice sont identiques pour les juges et les membres du Parquet.

110. Certes, l'intégration de la *Cour constitutionnelle* dans le chapitre concernant la justice est appropriée, d'autant plus qu'elle est composée de magistrats d'autres juridictions (article 103.3). Cependant, comme elle est un organe autonome ayant des compétences différentes – statuer sur la conformité des lois avec la Constitution - elle pourrait aussi faire l'objet d'un chapitre distinct.

111. La Cour constitutionnelle reste constituée du Président de la Cour supérieure de justice, du président de la Cour administrative, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de cinq magistrats nommés par le Gouvernement – qui se substitue dès lors formellement au Grand-Duc -, sur l'avis conjoint (conforme) de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative (article 103.3).

112. L'article 103.4 prévoit la possibilité de compléter la Cour constitutionnelle par des suppléants. Lors de la visite, la délégation a été informée que la présence de suppléants s'avérait indispensable lorsque la Cour était appelée à rendre des arrêts sur des affaires dont certains de ses membres avaient pu connaître dans leurs autres fonctions. Toutefois, davantage de précisions sur les cas dans lesquels lesdits suppléants seront invités à compléter la Cour ainsi que sur la procédure à respecter seraient utiles.

113. Les dispositions actuelles concernant les compétences de la Cour constitutionnelle correspondent à la tradition francophone, qui ne prévoit pas de recours directs devant la Cour constitutionnelle. L'article 103 maintient les attributions actuelles de la Cour : il s'agit d'une juridiction qui exerce un contrôle juridictionnel préjudiciel *a posteriori* des lois - à l'exception de celles portant approbation des traités - sur demande d'une juridiction. Une compétence nouvelle lui est en outre attribuée : le nouvel article 68.3 lui confie l'examen des recours en matière de validation des élections et contre les décisions de déchéance (pour cause d'inéligibilité) ou de constat d'incompatibilité prises par la Chambre des Députés.

⁷³ CDL-AD(2018)017, par. 138 ; CDL-AD(2014)010, par. 188, et les citations; CDL-AD(2010)040, par. 65.

⁷⁴ CDL-AD(2013)034, Avis sur les propositions de modification du projet de loi de révision de la Constitution renforçant l'indépendance des juges de l'Ukraine, par. 41. Voir aussi CDL-AD(2014)026, Avis sur les sept amendements à la constitution de « l'ex-République yougoslave de Macédoine », concernant en particulier, le Conseil de la magistrature, la compétence de la Cour constitutionnelle et les zones financières spéciales, par. 74-76.

114. Compte tenu de l'obligation pour les tribunaux ordinaires d'appliquer les normes internationales dans le domaine des droits de l'homme, qui vont souvent plus loin que le texte actuel de la Constitution, mais aussi que celui du projet, de la relative lourdeur de la procédure de saisine de cette Cour et de l'incertitude sur les effets juridiques de ses arrêts, le rôle de cette Cour est encore relativement limité. Il convient donc de consolider son rôle.

115. Le nouvel alinéa 6, qui règle les effets des arrêts de la Cour, est un pas dans la bonne direction. Rien ne les spécifiait dans le texte actuel, ni dans aucun texte au demeurant. Le nouveau texte précise que les dispositions déclarées non conformes « cessent d'avoir un effet juridique » le lendemain de la publication de l'arrêt. Il s'agit d'une réelle transformation de la compétence de la Cour, qui *mériterait d'être précisée* : selon les informations fournies par les autorités luxembourgeoises, il s'agit d'une impossibilité d'appliquer la loi, qui ne disparaît pour autant pas du corpus législatif, et non d'une annulation. La Commission de Venise recommande, afin de garantir l'application du principe de sécurité juridique, de prévoir l'annulation des dispositions déclarées inconstitutionnelles⁷⁵.

116. Le nouvel alinéa introduit en outre la possibilité d'un effet différé des arrêts de la Cour pour une durée maximum de douze mois. Dès lors qu'est reconnue une portée *erga omnes* aux arrêts de la Cour, cette faculté est bienvenue et même indispensable. A l'inverse, et à défaut d'une abrogation formelle de la disposition déclarée inconstitutionnelle, il faudrait préciser si les arrêts de la Cour constitutionnelle ont un effet *ex nunc* ou *ex tunc*, étant précisé que le requérant doit bénéficier de la non-application de la loi dans son cas.

Chapitre 8 - De certaines dispositions relatives à l'administration de l'Etat

117. L'article 116 reprend les trois principes dégagés par l'accord de 2015 entre l'Etat et les communautés religieuses : séparation des églises et des communautés religieuses et de l'Etat ; renvoi à la loi pour régler les relations entre eux ; possibilité de conventionnement dans les formes prévues par la loi et sous réserve d'approbation par la Chambre des Députés.

118. L'accord de 2015 permet d'introduire cette innovation importante sans que la question du financement des ministres des cultes ait été soumise au référendum (du 7 juin 2015), comme prévu auparavant⁷⁶.

119. La Constitution reste ainsi (probablement sagement) à un niveau de généralité suffisant pour garantir la neutralité de l'Etat. En revanche, les conventions devront traiter des sujets qui se sont avérés particulièrement sensibles, notamment celui des rémunérations des ministres des cultes.

120. Par ailleurs, on peut s'interroger sur les raisons pour lesquelles l'article 116 concernant les relations entre l'Eglise et les communautés religieuses fait partie du chapitre sur les dispositions relatives à l'administration de l'Etat. Cette disposition appartient plutôt aux chapitres portant sur les aspects fondamentaux de la définition de l'Etat, laquelle englobe aussi sa neutralité religieuse. On pourrait aussi envisager de mentionner l'Etat et l'Eglise dans la partie de la Constitution qui traite de la liberté de religion.

⁷⁵ CDL-AD(2018)018, Malta - Opinion on constitutional arrangements and separation of powers and the independence of the judiciary and law enforcement, par. 74ff.

⁷⁶ Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 24.

Chapitre 9 - Des établissements publics de l'Etat et des organes professionnels

121. Le Luxembourg reconnaît la personnalité juridique à des établissements publics, des Chambres professionnelles et des organes représentatifs des professions libérales dont l'objet, l'organisation et les compétences seront précisées par la loi.

122. La nouveauté réside dans les trois précisions apportées par le nouvel article 118 au pouvoir réglementaire : étant régis par le principe de spécialité, ces organismes peuvent disposer d'une délégation d'un pouvoir réglementaire mais qui doit être précisée par la loi. Ce pouvoir est en outre soumis au principe de la hiérarchie des normes (pouvoir délégué/pouvoir réglementaire de l'exécutif/loi) et peut donc être l'objet de contentieux à ce titre. Ces précisions sont bienvenues.

Chapitre 10 - Des communes

123. L'article 121, qui traite de l'autonomie financière des communes, semble prévoir deux types de ressources fiscales : celles qui sont recouvrées par l'Etat et affectées aux communes (article 121.1 1^e phrase et 121.3) et celles qui sont établies et recouvrées par les communes (article 121.1.2^e phrase). Cela pourrait être clarifié⁷⁷.

124. On peut se demander s'il ne serait pas pertinent de prévoir expressément un droit constitutionnel à l'autonomie communale, comme c'est le cas dans certains Etats membres⁷⁸.

125. Le Luxembourg est partie à la Charte européenne de l'autonomie locale⁷⁹, qui va dans ce sens, en prévoyant que « le principe de l'autonomie locale doit être reconnu dans la législation interne et, autant que possible, dans la Constitution » (article 2), et que sa violation doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel (article 11). D'autres éléments essentiels de la Charte pourraient être repris dans la Constitution, comme le droit à des ressources propres suffisantes⁸⁰. En outre, l'article 125 du projet prévoit la possibilité d'annuler les actes des organes communaux non seulement en cas d'illégalité, mais aussi en cas de contrariété à l'intérêt général, ce qui pourrait aller dans certains cas à l'encontre de l'article 8 de la Charte, qui précise que « tout contrôle administratif des actes des collectivités locales ne doit normalement viser qu'à assurer le respect de la légalité et des principes constitutionnels ». L'article 125.2, qui permet au Gouvernement de « dissoudre le conseil communal dans l'intérêt de la gestion de la commune » sans plus, mériterait plus de précision.

126. Il serait par ailleurs souhaitable de préciser dans la Constitution quel est l'organe qui exerce l'autorité de surveillance.

Conclusion

127. Le texte soumis à l'avis de la Commission de Venise est en général conforme aux valeurs fondamentales du Conseil de l'Europe exprimées par exemple dans les préambules du Statut du Conseil de l'Europe et de la Convention européenne des droits de l'homme : la protection de la démocratie, la prééminence du droit et le respect des droits fondamentaux. A cet égard, il faut tenir compte de la pratique des autorités luxembourgeoises, qui fait primer le droit international – y compris les traités relatifs aux droits de l'homme - sur le droit interne.

⁷⁷ Voir le Rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle, p. 60.

⁷⁸ Voir par exemple l'article 41 de la Constitution belge ; l'article 8 de la Constitution de la République tchèque ; l'article 50 de la Constitution suisse. Le projet indique uniquement que « les communes forment des collectivités autonomes ».

⁷⁹ STE 122.

⁸⁰ Article 9.1 de la Charte ; l'article 121.1.2 du projet, en prévoyant que « dans le respect de ses compétences constitutionnelles et légales, le conseil communal peut établir les impôts et les taxes nécessaires à la réalisation de l'intérêt communal », ne va pas aussi loin.

128. Le projet de Constitution maintient la structure de l'actuelle Constitution, sans changer fondamentalement le fonctionnement des institutions ou leurs relations. En particulier, il adapte *de jure* les pouvoirs du chef de l'Etat (le Grand-Duc) au fonctionnement d'une monarchie constitutionnelle démocratique, en fondant le pouvoir sur la souveraineté de la nation et en renforçant les pouvoirs du Parlement et du Gouvernement. Cette adaptation correspond pour l'essentiel à la pratique constitutionnelle et est à saluer. Il serait toutefois souhaitable de préciser que le Grand-Duc participe à certaines fonctions de nature exécutive, plutôt que de lui reconnaître – contrairement à la pratique – l'exercice conjoint du pouvoir exécutif.

129. Le projet de révision constitutionnelle prend en compte un bon nombre de recommandations exprimées dans l'avis intérimaire de la Commission de Venise de 2009. Il apporte des précisions bienvenues dans le chapitre sur les droits fondamentaux, notamment par l'ajout d'une clause transversale concernant les limitations à ceux-ci. Toutefois, ce chapitre devrait davantage être actualisé et précisé, comme indiqué ci-dessous.

130. La Commission de Venise fait les recommandations principales suivantes :

- Clarifier les normes sur les droits de l'homme sur les droits et libertés, et notamment :
 - o Revoir les différentes catégories de droits et libertés en n'excluant toute restriction que pour les droits absolus tels que garantis par le droit international ;
 - o Inclure dans la section « Des libertés publiques » et non dans la section « Des objectifs à valeur constitutionnelle », les droits que le droit international reconnaît comme droits subjectifs ;
 - o Adapter la terminologie, souvent datée, tirée de la Constitution actuelle, par exemple en intégrant l'exigence de la base légale dans la clause transversale de restriction des libertés plutôt qu'en renvoyant à la loi dans des dispositions spécifiques relatives aux différentes libertés ;
 - o Garantir le principe d'égalité de manière générale.
- Prévoir une disposition générale sur la hiérarchie des normes, ou du moins indiquer de manière explicite le rang du droit international.
- Apporter davantage de précisions sur les points suivants :
 - o les conditions et les effets du référendum, ainsi que la composition du corps électoral appelé à y prendre part ;
 - o le mode de nomination et la composition du Conseil d'Etat et du Conseil national de la justice ;
 - o le mode de nomination et de révocation des magistrats ;
 - o La durée du mandat du Médiateur : préciser de surcroît que la proposition de candidat de la part la Chambre des députés est faite à la majorité qualifiée prévue à l'article 72.3.

131. D'autres recommandations figurent dans le corps du texte. En particulier :

- La création de la catégorie de « loi organique » serait utile, ou alternativement la Constitution devrait prescrire l'adoption à la majorité qualifiée pour toute loi portant sur les éléments essentiels de l'organisation des pouvoirs publics.
- Davantage de précisions pourraient être apportée sur :
 - o la notion de loi ;
 - o la notion de crise internationale ;
 - o les pouvoirs des commissions d'enquête parlementaire ;
 - o la fin de la régence ;
 - o le rôle du premier ministre dans la formation du gouvernement ;

- la juridiction compétente en matière de responsabilité pénale des ministres ;
- l'effet des déclarations d'inconstitutionnalité des lois ;
- les conditions de dissolution des conseils communaux ; il faudrait définir l'autorité de surveillance des communes.

132. Dans ce cadre, le constituant luxembourgeois est souverain pour exprimer des choix politiques.

133. La Commission de Venise se tient à la disposition des autorités luxembourgeoises pour poursuivre la coopération sur la révision constitutionnelle.

Projet - restreint