



Strasbourg, le 12 octobre 2009

CDL(2009)160\*

Avis n° 544 / 2009

fr. seul.

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT**  
**(COMMISSION DE VENISE)**

**OBSERVATIONS**  
**SUR LE PROJET DE REVISION CONSTITUTIONNELLE**  
**DU LUXEMBOURG**

par  
**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 décidait 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](http://www.venice.coe.int)

## Chapitre 1er - De l'Etat de son territoire et de ses habitants

### Article 5

1. Les Constitutions qui essaient de définir le rôle des partis politiques le font souvent en des termes très généraux<sup>1</sup>. Ainsi l'article I.46.4. du Traité établissant une Constitution pour l'Europe disposait: "Les partis politiques au niveau européen contribuent à la formation de la conscience politique européenne et à l'expression de la volonté des citoyens de l'Union." L'article 5 du projet est aussi énoncé en termes très généraux, mais à mon avis ils ne suggèrent pas un quelconque monopole pour les partis politiques.

### Articles 6 et 7 (entre autres)

2. Plusieurs articles de la Constitution disposent qu'une matière doit être réglée "par une loi". D'autres articles disposent qu'une matière peut être réglée en "vertu d'une loi". Probablement cette distinction implique que dans la première hypothèse le législateur doit lui-même régler exhaustivement la matière, tandis que dans la deuxième hypothèse le Grand Duc peut être habilité à régler la matière, en respectant le cadre créé par la loi.

3. Il est recommandé de vérifier si les concepts "par la loi" et "en vertu de la loi" sont effectivement utilisés dans la Constitution avec la signification ci-dessus suggérée.

4. Dans la prolongation du paragraphe précédent, la portée de l'article 6 qui énonce "*Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi*" n'est pas tout à fait claire. Ne serait-il pas indiqué de prévoir que les frontières de l'Etat ne peuvent pas être modifiées, sauf dans l'hypothèse où cela serait en vertu d'un traité international ?

5. De même, il est permis de s'interroger sur l'interprétation à donner à l'article 7 qui détermine que les limites et chef-lieu des arrondissements judiciaires ou administratifs, des cantons et des communes ne peuvent être changées qu'en vertu d'une loi.

## Chapitre 2 - Des libertés publiques et des droits politiques

### Remarques générales

6. La proposition de révision vise une refonte générale de la Constitution. L'exposé des motifs résume les trois buts poursuivis: une "*modernisation de la terminologie désuète*", une "*adaptation des 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*".

7. Dans la proposition de révision, la "*refonte*" du chapitre 2 "*Des libertés publiques et des droits fondamentaux*" se limite à réagencer la structure dudit chapitre, à l'instar de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union Européenne, incluant l'utilisation des mots-clés de "Dignité",

---

<sup>1</sup> Voir aussi: Article 21 Verfassung Deutschland (1) „Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben.; Article 6 Constitution de l'Espagne: „Les partis politiques traduisent le pluralisme politique, concourent à la formation et à la manifestation de la volonté populaire et sont un instrument fondamental de la participation politique. Ils se constituent et exercent leurs activités librement dans le respect de la Constitution et de la loi. Leur structure interne et leur fonctionnement doivent être démocratiques.” Article 114.1 Constitution du Portugal, les partis politiques participent aux organes fondés sur le suffrage universel et direct en fonction de leur représentativité électorale“.

“Egalité”, “Libertés” et “Solidarité et citoyenneté”. En outre, quatre modifications ponctuelles sont proposées. L’adaptation de la structure du chapitre est certes précieuse, en ce qu’elle rehausse la lisibilité de la Constitution et en ce qu’elle permet de constater d’emblée quelles sont les garanties spécifiques qu’offre la Constitution luxembourgeoise par rapport aux droits et libertés qui sont également mentionnées dans la Charte européenne.

8. La question se pose néanmoins si à l’occasion de la “refonte” du texte de la Constitution le Constituant luxembourgeois ne devrait pas également avoir l’ambition d’adapter de manière plus approfondie le chapitre sur les libertés publiques et les droits fondamentaux, afin que ce texte réponde à tous égards aux exigences que pose un catalogue actuel de droit fondamentaux. Une comparaison entre, d’une part, le texte du chapitre 2 proposé et, d’autre part, les dispositions contenues dans la plupart des conventions actuellement en vigueur en matière de protection des droits de l’homme, aboutit à un double constat. D’une part, le constat qu’un nombre de droits importants garantis par ces conventions ne sont pas repris dans la constitution luxembourgeoise (par exemple le droit à la vie, les garanties en cas de privation de liberté (article 5 CEDH) et les garanties à observer dans le cadre d’une procédure judiciaire – article 6 CEDH). D’autre part, le constat que les conditions généralement posées par les conventions internationales aux limites des droits et des libertés fondamentaux diffèrent des conditions posées par la constitution luxembourgeoise. (voir entre autres l’alinéa 2 des articles 8, 9, 10, et 11 de la CEDH). En réplique à ces constats il est évident que rien n’oblige à ce que la refonte d’une Constitution se limite à reprendre aveuglément dans le texte de la Constitution les dispositions des conventions internationales des droits de l’homme. Vu leur nombre et la pluralité des nombreuses droits et libertés qu’elles contiennent, cela représenterait d’ailleurs une exigence irréaliste. Pour le surplus, la jurisprudence luxembourgeoise reconnaît l’applicabilité directe des dispositions normatives de la Convention européenne des droits de l’homme. Il en résulte que les dispositions de cette Convention sont d’application directe devant les juridictions internes luxembourgeoises en ce sens que les particuliers peuvent s’en réclamer pour souligner le non-respect par l’Etat luxembourgeois de ses obligations découlant de la Convention<sup>2</sup>. Néanmoins, indépendamment du fait de l’existence des conventions internationales en matière des droits de l’homme, il peut être tout-à-fait utile de procéder à l’exercice qui consiste à actualiser la lecture du chapitre 2 de la Constitution luxembourgeoise, tant du point de vue des droits de l’homme (A) que des clauses posant des limites à ceux-ci. (B)

9. Une constitution nationale devrait garantir les droits de l’homme et les libertés publiques qui au niveau de l’Etat sont qualifiés de “fondamentaux”. C’est la raison pour laquelle la Constitution luxembourgeoise a, dans le passé, déjà été modifiée, dans le but d’y ajouter des droits tels que le droit au respect de la vie privée. Il est important que ce travail de “mise à jour” (*updating*) de la Constitution se fasse d’une façon cohérente. Dans la Constitution actuelle du Luxembourg cette cohérence semble faire défaut, puisque par exemple des droits indéniablement fondamentaux tels que le droit à la vie, les garanties en cas de privation de liberté et les garanties générales liées au procès équitable n’y figurent pas. Par ailleurs, la constitutionnalisation de ces droits aurait pour effet que ces droits relèveraient de la juridiction de la Cour constitutionnelle.

10. Au moment où le Constituant luxembourgeois envisage une refonte de la Constitution, il serait indiqué de s’interroger et de prendre en considération les éventuels bénéfices d’une actualisation plus approfondie du chapitre 2. Une telle actualisation ajouterait encore à l’importance du travail effectué dans la mesure où en outre des garanties supplémentaires, spécifiques pour l’ordre juridique luxembourgeois, seraient prises en compte.

---

<sup>2</sup> Voy. Spielmann, Weitzel, *La Convention européenne des droits de l’homme et le droit luxembourgeois*, pp. 95 et s.

11. Le Constituant pourrait s'inspirer du rapport *“Les droits fondamentaux garantis par la Constitution au regard des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux”*, établi par un groupe de travail de la Chambre des représentants belge<sup>3</sup>.

12. Le Constituant national se doit de déterminer également les restrictions aux droits fondamentaux, ou pour le moins de définir les conditions à remplir pour pouvoir justifier ces restrictions. A l'instar de la Constitution belge, le système des restrictions inclus dans le chapitre 2 de la Constitution luxembourgeoise présente deux traits caractéristiques. D'une part, la Constitution est l'expression d'une grande confiance à l'égard du législateur en ce que plusieurs dispositions de la Constitution luxembourgeoise réservent exclusivement à la loi le soin de déterminer les restrictions susceptibles d'affecter les droits et libertés. (voir articles 15, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 32, 33, 34, 35). Cette réserve à la loi formelle constitue la traduction d'un principe général sous-jacent à l'ensemble du chapitre 2 de la Constitution.

13. La seconde caractéristique est sans nul doute la prohibition que la Constitution luxembourgeoise fait peser sur les mesures de nature préventive. Plusieurs articles du chapitre 2 en effet défendent explicitement les mesures préventives (articles 25, 26), soit le font implicitement en permettant uniquement *« la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de ces libertés »* (articles 24, 26).

14. Ces deux garanties – le principe de légalité et la prohibition des mesures préventives – ont toute leur importance. Pour autant, les conventions internationales des droits de l'homme et, à leur instar, plusieurs constitutions nationales contiennent des clauses de limitation qui imposent des conditions à respecter par toute autorité nationale, y compris par le pouvoir législatif, et qui peuvent servir à la Cour européenne des droits de l'homme et aux cours constitutionnelles nationales de critères de contrôle de la conformité des lois aux droits fondamentaux garantis par la CEDH et par les constitutions nationales.

15. Ainsi l'article 15 de la Constitution luxembourgeoise dispose: *“L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi.”* L'Etat du Luxembourg, étant partie à la CEDH, une loi formelle ne suffit pas. Pour être conforme à l'article 8 de la CEDH, cette loi devra non seulement être *“prévvue par la loi”* – une norme juridique qui est suffisamment accessible et prévisible dans ses effets – et être *“nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.”*

16. Dans le cadre d'une refonte de la Constitution luxembourgeoise l'on pourrait envisager de “constitutionnaliser” les principes conventionnels qui sont actuellement en vigueur concernant les restrictions aux droits fondamentaux. Il incombe en effet au Constituant de veiller à ce que le niveau de protection national des droits de l'homme ne soit pas en dessous du niveau international, que la Constitution confirme les standards qui sont largement reconnus et que la Constitution ne donne pas une image fautive des possibilités de limiter les droits de l'homme.

17. Puisque l'insertion de ces principes conventionnels dans chaque article de la Constitution risque de perturber les dispositions spécifiques de la Constitution luxembourgeoise, qui ont toujours leur raison d'être et qui par ailleurs présentent une valeur ajoutée par rapport aux conventions internationales, l'on pourrait envisager d'insérer des clauses transversales qui fixeraient des conditions générales de restriction à la jouissance des droits fondamentaux, sans pour autant abroger les conditions spécifiques énoncées dans les différents articles du chapitre 2.

---

<sup>3</sup> Doc. Parl., 2006-2007, 51 2867/001.

18. A cette fin, le Constituant luxembourgeois pourrait s'inspirer de dispositions constitutionnelles élaborés récemment tels que l'article 36 de la Constitution helvétique, ou encore, l'article 52.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

Article 36 de la Constitution suisse :

“Restriction des droits fondamentaux

1. Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux direct et imminent sont réservés.
2. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.
3. Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.
4. L'essence des droits fondamentaux est inviolable”

Article 52.1 de la Charte des droit fondamentaux de l'UE

“Portée des droits garantis :

Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.’

19. La Constituant luxembourgeois pourrait en outre envisager d'adopter des clauses transversales sur :

- **l'interprétation des droits fondamentaux** : voir entre autres l'article 52.3 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE :

*“Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue”.*

- **la garantie des droits fondamentaux** : voir entre autres article 35 de la Constitution helvétique:

*“Les droits et libertés contenus dans le présent titre s'imposent à toutes les autorités publiques. Celles-ci sont tenues :*

- *de respecter ces droits et libertés,*
- *d'œuvrer à leur réalisation effective ;*
- *de veiller à ce que, dans la mesure où il s'y prêtent, ils soient respectés et réalisés dans les relations entre particuliers.”*

- **l'interdiction d'abus de droits fondamentaux**: voir entre autres l'article 17 CEDH, l'article 5, § 1 PIDCP, l'article 54 Charte des droits fondamentaux de l'UE :

*“Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.”*

- **la dérogation aux droits de l'homme en temps de guerre ou en cas de tout autre danger public** : voir article 4.1 PIDCP, article 15 CEDH :

*“1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.*

*2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.*

*3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.”*

20. Le Constituant luxembourgeois pourrait s'inspirer du rapport intitulé *“Les clauses transversales en matière des droits et libertés”*, rédigé au nom d'un groupe de travail de la Chambre des Représentants belge, chargé de l'examen du titre II de la Constitution belge<sup>4</sup>.

### **Remarques spécifiques**

#### **Article 10, 16, 17**

21. A l'instar de l'article 26 PIDPC, du douzième protocole à la CEDH, et des articles 20 et 21 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'UE, la Constitution luxembourgeoise devrait confirmer le principe général de non-discrimination.

#### **Article 17.2**

22. L'article 17, 2<sup>e</sup> alinéa, dispose qu'il appartient au législateur national de déterminer l'admissibilité des non-Luxembourgeois à des emplois publics, civils et militaires. Selon la Cour de Justice des Communautés européennes, 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'Union (voir entre autres C.J.C.E., 2 juillet 1996, Com. c/Luxembourg, C.473/93, Jur. 1996, I-3207).

23. Article 30. En imposant l'antériorité du mariage civil, la Constitution visait à éviter que des personnes puissent se prévaloir d'être légalement mariées en contractant uniquement un mariage religieux. La raison qui a poussé le Constituant à ancrer l'antériorité du mariage civil dans la Constitution est dans une large mesure datée et n'est plus d'actualité. On pourrait même aller jusqu'à soutenir la thèse que l'article 30 de la Constitution constitue une atteinte au droit à la liberté religieuse, en ce qu'il empêche les personnes qui ne souhaitent pas contracter un mariage civil de contracter un mariage religieux. Afin d'éviter que des personnes se trompent sur les effets civils de leur mariage religieux, il suffirait d'imposer aux ministres des cultes l'obligation d'informer dûment les candidats au mariage.

### **Chapitre 3 - Grand-Duc**

24. 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.

<sup>4</sup> Doc. Parl., Chambre, 2004-2005, Doc 51 2304/001.

25. La Commission de Venise n'a pas à émettre des critiques par rapport aux choix que les Constituants nationaux font entre les différents modèles de monarchie possibles, pour autant que ces choix sont compatibles avec les principes de la démocratie et de l'Etat de droit.

26. Dans la proposition de révision d'importants pouvoirs sont toujours attribués au Grand Duc (articles 52, 54, 55, 56, 57, 58, 78, 94). A l'article 52.3 il est énoncé que *"Les dispositions du Grand-Duc doivent être contresignées par un membre du Gouvernement responsable."* Il semble que cette disposition ait une ampleur générale et implique que tous les pouvoirs qui sont attribués au Grand Duc soient exercés sous la responsabilité politique d'un ministre.

27. Dans l'Exposé des motifs de la proposition, la révision des articles de la Constitution se rapportant au Grand Duc est clarifiée entre autres de la manière suivante :

*"Les textes constitutionnels proposés tendent à renforcer la position du Grand-Duc en tant que chef de l'Etat, "symbole de son unité et garant de l'indépendance nationale", et à adapter en conséquence les dispositions de la Constitution risquant de mêler le chef de l'Etat à des décisions politiques dont la responsabilité doit être endossée par d'autres organes constitutionnels."*

28. Cette explication semble trop large par rapport aux révisions effectuées. Celles-ci se limitent à la participation du Grand Duc à l'exercice du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Elles ne visent, par contre, ni la participation du Grand Duc au pouvoir exécutif, ni d'ailleurs son rôle de gardien des institutions (articles 78 et 94), qui impliquent aussi une participation aux décisions politiques. Pour que le citoyen comprenne mieux la logique de la révision et pour que celle-ci soit cohérente, une autre explication devrait être donnée.

29. Dans le projet d'avis il est constaté que dans la proposition de révision, la justice n'est plus rendue au nom du Grand Duc, que le Grand Duc ne promulgue plus les lois et qu'il ne nomme plus les juges. A mon avis, il n'incombe pas à la Commission de Venise de critiquer ce choix. Comme il a déjà été relevé, il n'y a pas un seul modèle de monarchie en Europe. Il y en a plusieurs. Un de ces modèles est, par exemple, le modèle dit "suédois" qui réduit la position du Roi à un symbole, qui ne participe pour ainsi dire plus à l'exercice des pouvoirs. Dans la Constitution suédoise il n'est pas prévu que la justice est rendue au nom du Roi, ni que le Roi promulgue les lois ou encore, qu'il nomme les juges. A mon avis, la Commission de Venise devrait éviter de suggérer que dans une monarchie ces pouvoirs devraient nécessairement être attribués au Monarque.

## **Chapitre 8 - Des relations internationales**

30. La Constitution luxembourgeoise, à l'instar de la Constitution belge, ne contient que quelques dispositions se rapportant au droit international et au droit européen.

31. Des aspects fondamentaux de la relation entre l'ordre juridique luxembourgeois et l'ordre juridique international et européen ne sont pas pris en compte par la Constitution elle-même et ont de ce fait dû être développés par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des cours et tribunaux luxembourgeois. D'autres questions par rapport à cette relation n'ont peut-être pas encore reçu une réponse univoque dans la jurisprudence.

32. La "refonte" de la Constitution luxembourgeoise pourrait être l'occasion de libérer le temps nécessaire pour une réflexion approfondie sur des questions fondamentales dont la réponse devrait se trouver dans la Constitution elle-même. On pourrait penser aux questions suivantes :

- Les traités internationaux sont-ils d'application directe devant les juridictions internes luxembourgeoises en ce sens que les particuliers peuvent les invoquer devant les tribunaux luxembourgeois? Dans quelle mesure et sous quelles conditions?

- Le droit luxembourgeois reconnaît-il la primauté du droit international sur le droit national, y compris sur la Constitution nationale? Est-ce que la Cour constitutionnelle est autorisée à contrôler la conformité à la Constitution des lois d'assentiment des traités internationaux? Est-ce que la Constitution ne devrait pas prévoir, à l'instar de l'article 122 de la Constitution, que les lois d'assentiment des traités internationaux qui contiennent des dispositions contraires à la Constitution ne peuvent être approuvés par une loi que dans les conditions de l'article 142, alinéa 2? (voir aussi article 91.3 de la Constitution des Pays-Bas).
  
- Est-ce que le droit dérivé européen prime, sans aucune réserve, sur le droit luxembourgeois, y compris sur la Constitution luxembourgeoise?