Commission consultative des Droits de l'Homme
du Grand-Duché de Luxembourg

Avis

sur la

Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution

(doc. parl. n° 6030)

Avis 3/2012

La Commission consultative des Droits de l'Homme, ci-après la « CCDH », s'est autosaisie de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, déposée le 21 avril 2009 au nom de sa commission par le député Paul-Henri Meyers, président de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, et déclarée recevable, le 28 avril 2009 (doc. parl. n° 6030).

La CCDH a notamment pris connaissance de l'avis intérimaire n° 544/2009 sur le projet de révision constitutionnelle du Luxembourg, adopté par la « Commission de Venise » du Conseil de l'Europe lors de sa 81e réunion (11-12 décembre 2009), annexé au présent avis, (ci-après: « avis intérimaire n° 544/2009 de la Commission de Venise ») et de l'avis n° 48.433 sur le projet de révision constitutionnelle du Conseil d'Etat en date du 6 juin 2012. Ces deux avis ont substantiellement fait avancer le débat sur la refonte de la Constitution luxembourgeoise.

Dans une première partie (1.) de son avis, la CCDH commente le Chapitre 2 - Des libertés publiques et des droits fondamentaux - de la proposition de révision. En outre, elle fera des observations sur quatre autres sujets importants en matière des droits de l'Homme dans les autres parties, respectivement: La neutralité de l'État en matière religieuse (partie 2.), la Justice (partie 3.), les droits politiques (partie 4.) et le principe démocratique (partie 5.). Comme les sujets des cinq parties sont de nature distincte, les recommandations de la CCDH en ces matières sont résumées (en caractères gras) à la fin de chacune des cinq parties.

1. Des libertés publiques et des droits fondamentaux

a. La concurrence des droits fondamentaux au niveau international et national

Il est vrai que les libertés publiques et les droits fondamentaux sont dispersés dans différents textes conventionnels et constitutionnels. En effet, les droits fondamentaux sont protégés aussi bien par les Constitutions nationales que par les traités internationaux. Mais ceci n'est pas en soi une constatation problématique. Bien au contraire, les évolutions à différents niveaux peuvent être complémentaires et se renforcer mutuellement. Ainsi, comme le relève la doctrine cette interaction fonctionne comme « un des plus puissants moteurs de l'évolution de nos systèmes juridiques ».[1] Ceci est notamment le cas en matière de libertés publiques et de droits fondamentaux.

[1] H. VUYE, *La relation entre le parlement et le pouvoir judiciaire analysé du point de vue protection juridique du citoyen. Esquisse d'un* jus communes, in: N. IGOT, A. REZSOHAZY et M. VAN DER HULST (ed.), *Parlement & Pouvoir Judiciaire,* Bruxelles, Chambre des représentants et Sénat, 2008, p. 213.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme veille à une « harmonisation progressive » par une interprétation dynamique et évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, la « CEDH »), en tenant compte des traditions constitutionnelles.[2] Beaucoup de droits fondamentaux sont donc protégés aussi bien au niveau constitutionnel qu'au niveau international. Dans ce cas, l'on parle généralement d'une concurrence des droits fondamentaux.[3] Mais, même en cas de chevauchement, il arrive que la protection du droit fondamental ne soit pas nécessairement assurée de la même manière. Tant le champ d'application que les conditions pour limiter un droit fondamental peuvent varier. Ces différences assurent précisément un développement continu. Selon une partie de la doctrine, il n'y a de sens à reconnaître dans la Constitution un droit fondamental qui a déjà été repris dans un traité international que quand la disposition constitutionnelle ajoute quelque chose, de sorte qu'une protection plus large est offerte. Parfois la Constitution procure une protection plus large qu'un traité déterminé.

Il est vrai qu'en droit luxembourgeois, la Convention européenne des droits de l'homme jouit du statut de la primauté. D'après un arrêt de la Cour d'appel, la Convention prime donc même sur la Constitution.[4] L'interrogation sur le caractère éventuellement superflu d'une garantie constitutionnelle des libertés publiques et des droits fondamentaux est alimentée par une prise de position de Paul-Henri Meyers qui rappelle que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle « n'a pas procédé à une adaptation des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution luxembourgeoise par rapport aux mêmes droits prévus par les instruments internationaux au motif que, d'après notre doctrine et notre jurisprudence, les dispositions des traités internationaux ratifiés par le Luxembourg priment le droit national, y compris les dispositions d'ordre constitutionnel »[5]. C'est donc en se basant sur l'existence et la primauté des conventions internationales en matière de droits de l'homme qu'il n'a pas été jugé nécessaire d'adapter plus profondément le catalogue des droits fondamentaux.

En 1999, lors d'une précédente révision de la Constitution, le Conseil d'Etat avait cependant déjà regretté que le législateur constituant « n'ait pas procédé à une reformulation des droits fondamentaux avant de munir la Constitution d'une Cour

---

[2] J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne*, in: *En hommage d Francis Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste,* Bruxelles, Paris, 2007 p. 303.

[3] P. POPELIER / C. VAN DE HEYNING, *Droits constitutionnels et droits conventionnels : concurrence ou complémentarité ?* in: *Les droits constitutionnels en Belgique - les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'état et de la Cour de cassation*, sous la direction de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, 2011.

[4] C.S.J., (appel corr.), 13 novembre 2001, n° 396/01, publié par extraits dans G. FRIDEN et P. KINSCH, *La pratique luxembourgeoise en matière de droit international public*, Annales du droit luxembourgeois, 2002, pp. 455 et s.

[5] Voir P.-H. MEYERS, *Les droits fondamentaux dans la Constitution luxembourgeoise*, in: J. GERKRATH (éd.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 66.

constitutionnelle ». On peut en effet considérer qu'une « Constitution moderne doit contenir des concepts clairs permettant à la Cour constitutionnelle d'en contrôler l'application sans être tenue d'y apporter elle-même une définition »[6]. La CCDH soutient cependant clairement la position du Conseil d'Etat et d'une majorité de la doctrine luxembourgeoise, qu'au-delà des modifications prévues au document parlementaire 6030, il existe un intérêt certain pour examiner l'insertion dans la Constitution luxembourgeoise de dispositions supplémentaires et de reformuler certains droits (voir ci-dessous).

b. La refonte du catalogue des droits fondamentaux

Dans son avis intérimaire prémentionné du 14 décembre 2009, la Commission de Venise a émis certaines critiques sur le caractère peu ambitieux concernant la refonte du catalogue des droits fondamentaux: « 34. Le texte actuel de la Constitution est fondé sur une conception des droits fondamentaux qui avait cours au XIXe siècle. La question se pose dès lors de savoir 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 droits 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, particulièrement la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), 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. D'autre part, le constat que les conditions généralement posées par les conventions internationales aux limites des droits et libertés fondamentaux (voir entre autres les alinéas 2 des articles 8, 9, 10 et 11 CEDH) diffèrent des conditions posées par la Constitution luxembourgeoise. Il est évident que rien n'oblige à ce que la refonte d'une Constitution reprenne aveuglément dans le texte de la Constitution les dispositions des conventions internationales relatives aux droits de l'homme. Vu leur nombre et la pluralité des nombreux 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'État luxembourgeois de ses obligations découlant de la Convention. 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

[6] Collectif, *Le Conseil d'Etat gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux,* Luxembourg 2006, p. 44.

Constitution luxembourgeoise, tant du point de vue des droits de l'homme (A) que des clauses posant des limites à ceux-ci (B) ».

Dans le même ordre d'idées on peut encore rappeler que l'article 53 de la CEDH encourage les Parties à aller plus loin et de réaliser une protection des droits et libertés qui dépasse le niveau garanti par la CEDH. Par ailleurs, on n'oubliera pas non plus que la Cour de justice de l'Union européenne s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres en tant que source matérielle des principes généraux du droit qu'elle consacre au niveau du droit de l'Union. On peut ainsi conclure que le constituant luxembourgeois devrait développer un catalogue national des droits fondamentaux aussi ambitieux et aussi complet que possible qui tienne compte des spécificités du contexte national. On devra donc mener une réflexion sur la possibilité d'insérer dans la Constitution certains droits fondamentaux spécifiquement liés au contexte luxembourgeois. La Commission de Venise encourage d'ailleurs le constituant luxembourgeois d'aller en ce sens. Elle souligne en effet que l'adaptation de la structure du chapitre II de la Constitution est précieuse, non seulement en ce qu'elle rehausse la lisibilité de la Constitution mais aussi « 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 ».

Concrètement, la doctrine luxembourgeoise a par exemple proposé que le constituant pourrait reconnaître des droits spécifiques en matière d'usage des langues officielles, de non-discrimination, de procès équitable ou en matière sociale. De même, la protection des données visant à protéger la vie privée des personnes physiques (et même les intérêts des personnes morales) à l'égard du traitement de leurs données personnelles par des tiers pourrait également être renforcée de manière plus explicite à ce niveau. La Commission de Venise a par ailleurs proposé que 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 Doc. Parl., 2006-2007, 51 2867/001.

Comme le souligne Dean Spielmann, ancien membre de la CCDH et actuellement président de la Cour européenne des droits de l'Homme: « En l'absence de conflits fréquents entre, d'une part, la Convention et d'autre part, la Constitution, cette question de la primauté de la Convention par rapport à la Constitution reste plutôt théorique. Il n'en demeure pas moins que l'article 53 de la Constitution (art. 65 dans la numérotation de la proposition de révision), en ce qu'il interdit le droit de vote aux détenus, est de nature à engendrer un conflit potentiel à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ensuite, l'avis de la Commission de Venise, tout comme les opinions individuelles de certains de ses membres, soulignent que sur certains points la Constitution mérite d'être complétée et/ou mise à jour (l'avis parle de *updating*).

Certains droits restent formulés de manière incomplète ou vague. L'interdiction de la peine de mort concerne certes le droit à la vie, mais une formulation complétant cette interdiction en faisant référence à l'obligation positive de protection serait envisageable. Le caractère incomplet du principe d'égalité, voire l'absence d'un principe général de non-discrimination, a été souligné. »[7]

Ainsi, on peut rappeler l'article 21 (1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la non-discrimination qui dispose clairement et explicitement: « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race,[8] la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. » Cette formule européenne semble particulièrement adaptée et actuelle (cf. point c. ci-dessous) et il est rappelé que, notamment en ce qui concerne le principe d'égalité (entre autres, entre femmes et hommes)[9] et de non-discrimination, le droit luxembourgeois a beaucoup pu avancer grâce aux efforts normatifs entrepris au niveau européen.[10]

En outre, en vue du respect de ces principes généraux, la CCDH s'oppose à la prise de position du gouvernement portant sur l'actuel article 111 qui dispose :

---

[7] D. SPIELMANN, *Quels droits fondamentaux pour la Constitution luxembourgeoise? Au sujet d'une réforme rassurante mais peu ambitieuse*, in: J. GERKRATH (éd.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 37.

[8] Alors que le texte de la Charte peut utilement servir de modèle, la CCDH propose cependant que l'expression de "race" ne soit pas inclue dans un tel article. Cf. H. CREMER, *Ein Grundgesetz ohne "Rasse" – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz*, Policy Paper No. 16. Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010: "Der Gebrauch des Begriffs „Rasse" im Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes kann rassistisches Denken fördern, da er suggeriert, dass es unterschiedliche menschliche „Rassen" gebe. Solange er in Bezug auf Menschen verwendet wird, löst er Irritation und Sprachlosigkeit aus, bis hin zu persönlichen Verletzungen. Dabei ist seine Verwendung keinesfalls notwendig. Das Europäische Parlament hat bereits empfohlen, den Begriff nicht mehr in Dokumenten und Rechtstexten der EU zu gebrauchen. Staaten wie Finnland, Schweden oder Österreich haben in ihrem nationalen Recht schon Abstand von ihm genommen."

[9] Cf. dans ce contexte également les différents rapports CEDAW (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*), notamment en ce qui concerne la formulation du principe d'égalité dans la Constitution luxembourgeoise.

[10] Cf. Avis 2006/2 de la CCDH du 21 février 2006 sur le projet de loi n° 5518 portant 1. transposition de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique; 2. transposition de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail; 3. modification des articles 8 et 13 de la loi du 12 septembre 2003 relative aux personnes handicapées; 4. abrogation de l'article 6 de la loi modifiée du 12 mars 1973 portant réforme du salaire social minimum. Dans ce contexte il peut également être souligné que 'article 3, paragraphe 3, deuxième sous-point du Traité sur l'Union européenne engage l'Union à combattre « l'exclusion sociale et les discriminations » et à promouvoir « la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. »

« Les étrangers bénéficient de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exception prévues par la loi. » A cet égard, la CCDH partage le souci exprimé par les auteurs de la proposition de révision que « la protection „accordée aux personnes et aux biens“ n'est pas limitée aux étrangers et que toute personne qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de cette protection. » Dans le même ordre d'idées, elle suit également la préoccupation du Conseil d'Etat qui consiste à vouloir remplacer le terme *„exceptions“* par *„restrictions“*[11].

Dans son article précité, Dean Spielmann souligne également la nécessité de prévoir des garanties détaillées en cas de privation de liberté, voire des dispositions liées au droit à un procès équitable. La question du droit de vote des personnes détenues serait également à examiner à la lumière de la jurisprudence *Hirst* de la Cour de Strasbourg. Les limites aux droits pourraient être formulées selon le modèle de la CEDH, mettant l'accent sur un véritable contrôle de proportionnalité.

c. Modernité du texte de la Charte des droits fondamentaux et son champ d'application

Une autre source d'inspiration pourrait être la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est l'instrument le plus récent et moderne en matière des droits de l'Homme. La Charte offre effectivement le catalogue le plus large et le plus complet, mais - contrairement à la CEDH - elle a seulement une force juridique limitée. En ce qui concerne l'application de la Charte, la CCDH rappelle les observations contenues dans son avis sur le Traité établissant une constitution pour l'Europe (avril 2005) et elle souligne à nouveau que le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est limité à la seule mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, en vertu de son article 51 la Charte s'adresse aux Etats membres uniquement lorsque ceux-ci « mettent en œuvre le droit de l'Union ». Cette formule apparemment très limitative a néanmoins été relativisée par les explications jointes à la Charte qui rappellent la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union s'imposent aussi aux Etats membres dès lors qu'ils agissent dans le champ d'application du droit communautaire. Certes, cette seconde formule est sensiblement plus large et la Cour de justice a d'ores et déjà identifié de nombreux cas de figure qui remplissent cette condition. Il n'en reste pas moins que la Charte n'a pas vocation de s'appliquer en tant que telle dans des situations dites « purement internes », qui ne présentent pas de lien de rattachement avec le droit de l'Union.

---

[11] « Le libellé proposé risque d'être moins favorable aux étrangers que le texte en vigueur. En effet, de par sa rédaction générale, il fait présumer que les lois peuvent organiser les droits des étrangers au bon vouloir du législateur sans que les exceptions, qui sont implicitement et non plus formellement prévues, soient délimitées ni par le principe de non-discrimination ni par celui de la proportionnalité. » cf. Avis du Conseil d'Etat sur la Proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, doc.parl. n°6030[6], p. 19.

S'ajoute à cela le fait que l'accès au prétoire de la Cour de justice reste soumis à des conditions de recevabilité stricte pour les particuliers. « La protection européenne assurée par les Cours de Strasbourg et de Luxembourg n'enlève donc pas son utilité à une garantie nationale de droits fondamentaux pleinement justiciables.[12] » conclut le professeur Gerkrath dans un article daté de 2011.

Dean Spielmann note dans ce contexte qu'« une possibilité de saisine plus large de la Cour constitutionnelle, doublée d'un catalogue plus étendu de droits fondamentaux permettrait de prévenir en amont des violations des droits de l'homme - du moins pour ce qui est de la conformité des lois par rapport à la Constitution - et éviterait des divergences d'interprétation étant donné que toutes les juridictions, y compris la Cour constitutionnelle, pourraient s'inspirer de l'autorité de la chose interprétée de la Cour de Strasbourg. »[13]

d. Les droits sociaux

En matière de droits sociaux, la doctrine a également regretté que la proposition de révision constitutionnelle ne tente pas de moderniser certains des droits sociaux déjà garantis par la Constitution luxembourgeoise à la lumière de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ainsi, le professeur Achim Seifert précise qu'on aurait, par exemple « pu faire évoluer la garantie des droits des travailleurs (art. 11, §5 de la Constitution = art. 34 de la proposition de révision constitutionnelle) à un droit à des conditions de travail justes et équitables tel qu'il est garanti par l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux; en effet, la garantie constitutionnelle des droits des travailleurs n'a pas d'autre objectif que d'assurer aux travailleurs des conditions de travail équitables dont notamment une rémunération équitable. Il en va de même avec la liberté syndicale qui mériterait une concrétisation, à l'instar de l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux, en mentionnant expressément le droit à la négociation collective comme élément essentiel de l'action syndicale. À cet égard, la proposition de révision constitutionnelle rate la chance d'une modernisation des droits sociaux déjà garantis par la Constitution luxembourgeoise. »[14]

Il est de même remarqué que l'article 37 de la proposition de révision constitutionnelle souligne que la problématique du logement approprié a gagné une importance accrue pour la société luxembourgeoise et ne laisse aucun doute sur ce que l'État doive faire le plus possible pour garantir à tout individu un logement approprié.

---

[12] J. GERKRATH, *La proposition de révision dans le contexte international : la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux serait-elle devenue superflue ? Quelques remarques à propos de la notion des droits fondamentaux, de leur formulation et de leur protection*, in: *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal,* Bd. 14, 2011, p. 197-219.

[13] D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 39.

[14] A. SEIFERT, *Les droits sociaux dans la proposition de révision constitutionnelle*, in: J. GERKRATH, *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 50.

e. Liberté académique et droits culturels

De même dans un pays multiculturel comme le Luxembourg avec une Université encore jeune, la Constitution devrait souligner plus explicitement la liberté académique[15] le droit à l'expression artistique et la promotion de la culture et de la diversité culturelle. Alors qu'il est important de souligner que les arts et la recherche scientifiques sont libres et que la liberté académique est garantie - ce qui sont des droits durs de la première génération, il sera important de préciser dans le contexte luxembourgeois que l'Etat promeut la diversité culturelle et veille au droit de chacun de participer à la vie culturelle. Ainsi, en Allemagne, le premier sénat du Bundesverfassungsgericht avait déjà constaté dans une décision du 5 mars 1974, que l'article 5 al. 3 de la loi fondamentale comprend « ein Freiheitsrecht für alle Kunstschaffenden und alle an der Darbietung und Verbreitung von Kunstwerken Beteiligten das sie vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt in den künstlerischen Bereich schützt. Die Verfassungsnorm hat aber nicht nur diese negative Bedeutung. Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie dem modernen Staat, *der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht*, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern. »[16] Une Constitution moderne pour le Luxembourg pourrait justement préciser cela explicitement.[17]

f. La notion d'État de droit

Même si la référence à l'État de droit, n'est pas liée directement au chapitre 2 relatif aux libertés publiques et aux droits fondamentaux, la CCDH tient à faire certaines observations[18] y relatives comme le concept est entre autres directement lié aux droits fondamentaux. D'abord, il faut noter que la notion d'État de droit est un concept polysémique, également traduit parfois par le concept de *Rechtsstaat* ou *Rule of Law*, respectivement: prééminence du droit bien sûr, mais également droits procéduraux et principe de proportionnalité.[19]

Comme le précise la Commission de Venise dans son avis intérimaire: « Ce concept n'est toutefois pas tout à fait clair et n'a pas le même sens dans tous les Etats membres du Conseil de l'Europe, comme l'Assemblée parlementaire l'a fait

---

[15] Même la presse généraliste a su soulever ce point: cf. *Freiheit der Wissenschaft*, in: D'Lëtzebuerger Land, 17. Februar 2012

[16] BVerfG, Urteil vom 5. März 1974, Az. 1 BvR 712/68, BVerfGE 36, 321, 331.

[17] Pour l'importance des droits culturels et leurs formulations par la jurisprudence, cf. le rapport de recherche du Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, janvier 2011. Sont notamment mentionnés: le droit à l'expression artistique, le droit à l'identité culturelle, droit à la liberté académique et l'accès à la culture.

[18] La CCDH considère que le concept d'Etat de droit est notamment fondamental dans le réaménagement de l'architecture institutionnelle, et cela surtout en ce qui concerne les compétences du Grand-Duc. C'est dans cet esprit qu'il y a lieu de lire la partie 5 du présent avis.

[19] L. HEUSCHLING, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

observer dans sa Résolution 1594 (2007) sur *L'expression "principle of the Rule of Law"*. Il n'est pas certain que ce concept ait un sens clair et univoque dans la doctrine et la jurisprudence luxembourgeoises ; de toute manière, il semble souhaitable de prévoir dans le rapport explicatif une description plus détaillée que celle qui figure dans le *Commentaire* actuel. » L'importance du principe de l'État de droit et ses liens subtils avec le principe de légalité ont été décrits par le professeur Ergec en ces termes : « la référence à l'État de droit éclairera et, le cas échéant, complétera utilement les dispositions sur l'exercice des pouvoirs en le disciplinant davantage grâce à une protection juridictionnelle effective du citoyen et un respect accru du principe de la séparation des pouvoirs et le respect du principe de légalité ».[20]

En Allemagne, le concept du *Rechtsstaat* a notamment connu un développement important en passant du *formaler Rechtsstaat* au *materieller Rechtsstaat* qui précise et inclut toute une gamme de garanties constitutionnelles.[21] Une référence à ces concepts, certes développés dans un contexte de droit allemand, pourrait effectivement donner une base concrète à une description plus détaillée de la notion concernée. Par le passé, l'influence positive de concepts constitutionnels allemands à travers la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière des droits de l'homme ou des droits fondamentaux, qui ont été intégrés dans les « principes généraux du droit communautaire » a été soulignée par la doctrine luxembourgeoise. Ainsi, il a été retenu que les principes généraux développés dans le cadre de l'ordre juridique de l'Union et dérivés notamment de certains principes du droit constitutionnel

---

[20] R. ERGEC, *Deux concepts constitutionnels nouveaux : L'État de droit et la dignité humaine*, in: J.T.L., 2009, p. 184.

[21] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: H. EHMKE / C. SCHMID / H. SCHAROUN (éd.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, EVA: Frankfurt am Main, 1969, reproduit in: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. « Eine der zentralen Aufgaben der politischen Neuordnung in Deutschland nach 1945, an der Adolf Arndt aus innerster Überzeugung und mit nie ermüdendem Elan Anteil genommen und mitgewirkt hat, war die Wiederherstellung und Ausgestaltung des Rechtsstaats. Diese Wiederherstellung des Rechtsstaats hatte einerseits ein Anknüpfen an die Tradition des deutschen Staatsund Verfassungsdenkens zum Ziel, in dem der Rechtsstaatsbegriff seit dem frühen 19Jh. seinen Ort hat, zugleich aber gegenüber dieser Tradition eine Fortentwicklung und Neuorientierung: an die Stelle des formalen Rechtsstaates sollte nun der materielle Rechtsstaat, an die Stelle des liberalen der soziale Rechtsstaat treten. Die in diesem Zugleich sich andeutende Möglichkeit, bestimmte Typen des Rechtsstaats zu unterscheiden, die sich nicht nur akzidentiell, sondern strukturell voneinander abheben, weist auf eine Eigentümlichkeit des Rechtsstaatsbegriffs hin, die er mit anderen grundlegenden Staats- und verfassungstheoretischen Begriffen gemeinsam hat. Er gehört zu jenen vom Wortsinn her vagen und nicht ausdeutbaren Schleusenbegriffen, die sich *objektiv* aus sich heraus, niemals abschließend definieren lassen, vielmehr offen sind für das Einströmen sich wandelnder staats- und verfassungstheoretischer Vorstellungen und damit auch für verschiedenartige Konkretisierungen, ohne sich dabei indessen inhaltlich völlig zu verändern, d.h. ihre Kontinuität zu verlieren, und zu einer bloßen Leerformel herabzusinken. So schafft erst die Kenntnis seiner geschichtlichen Entwicklung die Möglichkeit für ein systematisches Verständnis des Begriffs. » *op. cit.* (1991) p. 143 s.

allemand, ont certainement déjà positivement influencé le droit luxembourgeois.[22]

g. La notion de dignité humaine et les droits fondamentaux

En ce qui concerne le concept de dignité humaine, la CCDH tient à signaler et à reproduire les paroles du professeur Jacques Fierens dans son article fondamental sur la dignité humaine comme concept juridique en précisant l'importance du débat public en cette matière constitutionnelle: « il ne suffit pas que le débat existe, il faut encore que tous y prennent part, y compris et surtout ceux dont la dignité est la plus compromise: les humiliés, les torturés, les pauvres, les étrangers, les personnes socialement exclues pour quelque raison que ce soit. La dignité ne protège que ceux qui ont accès à la parole, en ce compris la parole publique. Pour pouvoir débattre, il faut être citoyen au sens que nous a dit Hannah Arendt, sans quoi, effectivement, la consécration du respect de la dignité humaine au titre de principe de droit ne sert à rien. Avoir accédé au langage signifie non seulement avoir appris à parler, mais aussi avoir la possibilité d'être écouté. Aristote l'avait compris il y a déjà vingt-quatre siècles, en liant citoyenneté et logos, mais il ne pensait pas encore que ce langage devait être celui de tous les êtres humains en pleine égalité de droit, que la citoyenneté devait être celle de tous. Ce principe - cette axia, cet « axiome », cette dignité par l'égalité de droit - ne sera acquis sur le plan théorique qu'à une époque beaucoup plus récente, avec les Lumières en philosophie et avec les révolutions américaine et française en droit. L'acquis n'est certainement pas définitif. Il n'a fallu qu'une décennie pour faire place au nazisme dans une Europe qui avait deux siècles de tradition égalitaire. Il reste aussi à rendre effectif le principe légal de respect de la dignité humaine. Telle est en définitive la condition de validité de la notion de dignité humaine en droit : que tous puissent intervenir dans le débat public qui définit son contenu. »[23]

* * *

---

[22] F. SCHOCKWEILER, *Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois*, in: *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Luxembourg 1990, p. 211 ss.

[23] J. FIERENS, *La dignité humaine comme concept juridique*, in: Journal des tribunaux, 21 septembre 2002, 121e année - N° 6064, p. 577-582. On pourrait également citer dans ce contexte le discours historique de l'ancien Ministre de la Justice Robert KRIEPS lors du débat en mai 1979 sur l'abolition de la peine de mort: « Ma conviction est inébranlable: la mesure de tout est la dignité de l'homme. (…) À l'âge de 19 ans j'ai assisté à des exécutions qui devaient nous intimider: des êtres humains ont été abattus, écrasés, pendus. On les a éliminés, liquidés, gazés. C'était un acte de salubrité, de solution finale, de défense nationale! L'holocauste est devenu possible parce que l'on a inversé la hiérarchie des valeurs, parce que la nation, la race, l'idéologie, la vocation d'un peuple prenaient le pas sur l'homme. Parce que la dignité et l'inviolabilité des êtres humains étaient devenues relatives par rapport à une valeur absolue. Et cette différence d'optique s'est soldée par quelques cinquante millions de morts. » Compte rendu des travaux de la chambre des députés du Grand-Duché de Luxembourg., Session ordinaire 1978-1979, 2e volume, p. 5681 ss.

Au vu des remarques, réflexions et citations précédentes, la CCDH est d'avis, et partage ainsi la position du Conseil d'Etat, de la Commission de Venise et d'une majorité de la doctrine luxembourgeoise, qu'au-delà des modifications prévues au document parlementaire 6030, il faudra actualiser et adapter de manière plus approfondie (*updating*) le catalogue du chapitre 2 de la Constitution luxembourgeoise, notamment par référence au texte plus moderne de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et insérer dans la Constitution luxembourgeoise certaines dispositions supplémentaires.

La CCDH est donc notamment d'avis que le chapitre 2 de la Constitution pourra être complété par des droits spécifiques et explicites: en matière de non-discrimination, en matière de procès équitable, d'usage des langues officielles, et en matière sociale, tels qu'explicités plus haut. De même, la protection des données, visant à protéger la vie privée des personnes physiques (et même les intérêts des personnes morales) à l'égard du traitement de leurs données personnelles par des tiers, devrait également être renforcée de manière plus explicite.

La CCDH souligne plus particulièrement le caractère incomplet du principe d'égalité, voire l'insuffisance du principe relatif à la non-discrimination (notamment par référence à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). La CCDH s'oppose en outre à la prise position du gouvernement relative à l'actuel article 111 qui dispose : « Les étrangers bénéficient de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exception prévues par la loi. » A cet égard, la CCDH partage la préoccupation du Conseil d'Etat qui consiste à vouloir remplacer le terme *„exceptions“* par *„restrictions“.*

La CCDH rappelle de même la nécessité de prévoir des garanties détaillées en cas de privation de liberté. La question du droit de vote des personnes détenues devra également être adressée.

La CCDH est également d'avis que la Constitution devrait souligner plus explicitement la liberté académique, le droit à l'expression artistique, la diversité culturelle et la promotion de la culture.

La CCDH partage l'avis de la doctrine qu'une éventuelle possibilité de saisine plus large de la Cour constitutionnelle, doublée d'un catalogue plus étendu de droits fondamentaux permettrait de prévenir en amont des violations des droits de l'homme - du moins pour ce qui est de la conformité des lois par rapport à la Constitution - et éviterait des divergences d'interprétation par la jurisprudence.

La CDDH pense par ailleurs qu'il serait souhaitable de prévoir dans le rapport explicatif une description plus détaillée de l'Etat de droit que celle qui figure

dans le *Commentaire* actuel. Finalement la CCDH saluerait et serait prête à participer à un débat plus large sur les droits fondamentaux et les libertés publiques au Grand-Duché de Luxembourg.

* * *

2. La neutralité de l'État en matière religieuse

a. Les principes internationaux applicables

Il est communément accepté que les droits fondamentaux en matière religieuse sont les suivants : liberté de conscience, liberté positive et négative de religion (droit d'appartenir ou de ne pas appartenir à une religion), égalité et non-discrimination en matière religieuse, droit d'association des croyants et, par voie de conséquence, neutralité de l'État en matière religieuse.

Ainsi, l'article 18 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, précise :

> « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites ».

L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 présente une formulation plus complète :

> « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.
> 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix.
> 3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.
> 4. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions. »

Les instruments relatifs aux droits de l'homme consacrent ainsi, en général, la liberté individuelle et collective de pensée, de conscience et de conviction, le respect des convictions des parents dans l'enseignement dispensé à leurs enfants ainsi que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la religion ou les croyances. Ces protections et ces principes figurent explicitement ou implicitement, en ce qui concerne le principe de neutralité, dans la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH).[24] Dans la CEDH, ces aspects essentiels de la liberté de pensée, de conscience et de religion ou de conviction se retrouvent dans trois dispositions distinctes.

En premier lieu, la disposition la plus capitale, l'article 9, dispose :

> « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.
>
> 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Deuxièmement, l'article 2 du Protocole n°1 à la CEDH précise, dans le cadre du droit à l'instruction que l'enseignement public ne peut favoriser une religion par rapport aux autres:

> « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

Troisièmement, l'article 14 de la CEDH évoque explicitement les convictions religieuses comme l'un des motifs de traitement discriminatoire qu'il interdit :

> « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

[24] La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne protège aussi la liberté de pensée, de conscience et de religion dans les mêmes termes que la Convention (article 10 de la Charte).

Sous la CEDH, la neutralité en matière religieuse découle donc notamment de la garantie de liberté de religion et du principe de non discrimination. La neutralité comprend deux volets : « L'Etat ne peut faire sienne une conviction religieuse ou une conception philosophique de l'univers. Il est cependant tenu de ménager une place aux expressions de ces convictions dans la société, sans pour autant s'y immiscer ou poser un jugement sur leur validité. »[25] La puissance publique ne connaît que des individus ayant des convictions ou des collectivités regroupant des individus partageant les mêmes convictions Elle ne doit donc pas distinguer entre bonne et mauvaise conviction religieuse ou conception philosophique de l'univers. La neutralité « implique donc la séparation entre l'État et les religions, ce qui n'exclut pas la coopération entre les pouvoirs publics et les groupes intermédiaires à caractère religieux ».[26]

L'importance de la liberté de pensée, de conscience et de religion a été soulignée à maintes reprises par la Cour européenne des droits de l'homme.[27] D'une façon générale, elle est considérée comme l'une des assises de la société démocratique. La garantie de la liberté de pensée, de conscience et de religion sous-entend un Etat neutre de ce point de vue. Le respect des différentes convictions ou croyances est une obligation première de l'Etat ; il doit, en effet, accepter que les individus puissent librement adopter des convictions et, éventuellement, changer d'avis par la suite, en prenant soin d'éviter toute ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 9 de la CEDH. Le droit à la liberté de religion exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci. Ce socle intangible fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États européens.

La Cour de Strasbourg a pu appliquer ces principes dans plusieurs jurisprudences : Ainsi, elle a pu constater une violation de l'article 9 de la CEDH du fait, notamment, d'un délai d'attente de dix ans, imposé aux « *nouvelles* » communautés religieuses déjà dotées d'une personnalité juridique afin de pouvoir obtenir le statut de « *société religieuse* » (*Religionsgesellschaft*) offrant plusieurs privilèges importants, notamment le droit d'enseigner la religion dans des établissements scolaires publics. La Cour a déclaré:

> « 92. (...) Given the number of these privileges and their nature, (...) the advantage obtained by religious societies is substantial and this special treatment undoubtedly facilitates a religious society's pursuance of its

[25] F.MESSNER, *La Neutralité de l'Etat dans les pays de l'Union Européenne/ The Neutrality of the State in the Countries of European Community*, Archives des sciences sociales des religions, Année 1998, Volume 101, Numéro 101. p. 29.

[26] Rapport du groupe d'experts chargé de réfléchir sur l'évolution future des relations entre les pouvoirs publics et les communautés religieuses ou philosophiques au Grand-Duché de Luxembourg, publié en octobre 2012. Cf. p. 7.

[27] J. MURDOCH, *Liberté de pensée, de conscience et de religion : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'Homme, no 9, Strasbourg, Council of Europe, 2007.

> religious aims. In view of these substantive privileges accorded to religious societies, the obligation under Article 9 of the Convention incumbent on the State's authorities to remain neutral in the exercise of their powers in this domain requires therefore that if a State sets up a framework for conferring legal personality on religious groups to which a specific status is linked, all religious groups which so wish must have a fair opportunity to apply for this status and the criteria established must be applied in a non-discriminatory manner. » [28]

Un Etat peut-il imposer certaines pratiques liées à une religion ? Dans l'affaire *Buscarini et autres c. Saint-Marin*[29], la Cour s'est penchée sur le cas de plusieurs députés devant prêter serment sur la Bible afin de pouvoir exercer leur fonction. La Cour a conclu à une violation de l'article 9, le fait d'avoir imposé ce serment équivalant à l'obligation pour des élus du peuple de faire allégeance à une religion donnée.

De même, au nom de ce principe de libre choix, il n'est pas possible d'obliger une personne à participer contre son gré à des activités d'une communauté religieuse dès lors qu'elle ne fait pas partie de ladite communauté. Sauf dans des cas très exceptionnels, le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'Etat sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci.[30]

b. La situation luxembourgeoise actuelle et le projet de refonte

Dans le domaine de la liberté cultuelle et des relations entre l'Etat et les cultes, la proposition de révision maintient globalement les dispositions de la Constitution actuellement en vigueur. Comme il a été remarqué par le Conseil d'Etat, ces dispositions « remontent pourtant pour l'essentiel à une époque où surtout un culte, l'Eglise catholique, était concerné, et où une très grande partie de la société indigène s'identifiait avec ses enseignements. »

Le Conseil d'Etat en tire les conclusions suivantes :

« Dans une société multiculturelle et partant multiculturelle, pour le surplus largement laïcisée, le Conseil d'Etat craint que les dispositions en place ne répondent plus aux réalités, voire aux aspirations de larges couches de la société. Tout en acceptant que les communautés cultuelles actives au Luxembourg bénéficient sous condition de relations privilégiées avec l'Etat, il

---

[28] *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas et autres c. Autriche* no 40825/98, arrêt du 31 juillet 2008.
[29] *Buscarini et autres c. Saint-Marin* [GC], no 24645/94, CEDH 1999-I.
[30] *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], précité, § 78 ; *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, précité, § 117 ; ainsi que *Serif c. Grèce*, no 38178/97, § 52, CEDH 1999-IX.

propose, dans l'intérêt d'une prise en compte des réalités décrites, de limiter les dispositions constitutionnelles en la matière aux aspects suivants:

- la garantie du libre exercice (public) des activités cultuelles, à condition que celles-ci ne donnent pas lieu à des actes réprimés par la loi;
- l'inclusion implicite dans cette liberté du droit de ne pas participer à des activités cultuelles;
- le règlement possible des relations de l'Etat avec les cultes par la voie de conventions devant être approuvées par le législateur;
- la reconnaissance de la liberté de l'enseignement, dans le respect des valeurs constitutionnelles.

Quant à l'assimilation des ministres des cultes aux fonctionnaires de l'Etat en matière de traitements et de pensions, il entend maintenir cette disposition entre parenthèses, comme il l'explique à l'endroit de l'examen de l'article 135 de la proposition de révision, en attendant que le groupe d'experts chargé de réfléchir sur l'évolution des relations entre les pouvoirs publics et les communautés cultuelles ait remis son rapport. »

Par ailleurs, dans le contexte de sa contribution au rapport sur le Luxembourg dans le cadre de l'Examen Périodique Universel (EPU) du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (2012), la CCDH avait déjà rappelé au gouvernement luxembourgeois « ses engagements internationaux, notamment l'égalité de traitement des religions qui à l'heure actuelle n'est pas respectée. L'Eglise catholique notamment jouit de privilèges garantis par la législation scolaire. »[31]

Le 7 juin 2011, la Chambre des Députés avait adopté une motion invitant notamment le Gouvernement à instituer un « groupe de réflexion chargé de réfléchir sur l'évolution future des relations entre les pouvoirs publics et les communautés religieuses. » Les questions posées au groupe d'experts étaient les suivantes : « Les conventions actuelles telles que régies par l'article 22 de la Constitution répondent-elles encore aux réalités socioculturelles du Luxembourg et au principe de l'égalité de traitement et du respect des droits de l'homme préconisé par le Conseil de l'Europe ? Quelles pourraient être, le cas échéant, les alternatives éventuelles au développement des relations entre les pouvoirs publics et les communautés religieuses en tenant compte, notamment, des expériences et pratiques dans d'autres États membres du Conseil de l'Europe?»

Le rapport du groupe d'experts chargé de réfléchir sur l'évolution future des relations entre les pouvoirs publics et les communautés religieuses ou philosophiques au Grand-duché de Luxembourg a été publié en octobre 2012. Dans sa conclusion - après avoir rappelé « le respect d'un certain nombre de

[31] Cf. contribution de la CCDH du 16 juillet 2012 au rapport sur le Luxembourg dans le cadre de l'Examen Périodique Universel (EPU) du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies. Référence est faite dans la contribution de la CCDH aux articles 4 et 5 de la loi modifiée du 6 février 2009 portant organisation de l'enseignement fondamental.

principes parmi lesquels la garantie de la liberté positive et négative de religion et du principe d'autonomie collective des organisations convictionnelles, la neutralité et l'impartialité de l'État, l'égalité et la non-discrimination des citoyens et des communautés cultuelles, la prise en compte de l'intérêt collectif » - le groupe d'experts « a constaté qu'actuellement le système luxembourgeois ne respecte pas intégralement ces principes. Il est fondé sur un traitement différencié entre communautés cultuelles conventionnées et entre les communautés conventionnées et les autres, en l'absence d'un encadrement législatif qui fixe la procédure et les critères de conventionnement. Parmi les communautés conventionnées, le système luxembourgeois favorise clairement l'Église catholique, qui est notamment le seul culte en faveur duquel des dispositions imposent aux communes de soutenir financièrement ses implantations locales (édifices du culte et fabriques d'église). » Ainsi, le groupe d'experts conclut qu'« une réforme du système de 'reconnaissance' et de financement des organisations cultuelles est souhaitable. » Par ailleurs, il estime que certains aspects de la relation Église/État au Grand-Duché pourraient utilement être repensés pour tenir compte, d'une part, de la sécularisation et de la diversification des convictions et, d'autre part, de la nécessité de respecter plus strictement la neutralité et l'impartialité de l'État. C'est ainsi que la fête nationale pourrait être célébrée à l'initiative des autorités civiles, les représentants des différentes communautés cultuelles seraient invités à l'instar des représentants des autres groupes intermédiaires.

* * *

La CCDH rappelle[32] au gouvernement luxembourgeois ses engagements internationaux, notamment en ce qui concerne le principe de neutralité et de l'égalité de traitement des religions qui à l'heure actuelle ne sont pas respectés.

La CCDH invite le législateur à donner notamment suite aux recommandations du groupe d'experts, donc de réformer le système de « reconnaissance » et de financement des organisations cultuelles. Elle recommande d'adapter la Constitution de façon à garantir la neutralité de l'Etat en matière religieuse dans tous les domaines de la vie publique et de suivre les jurisprudences de la Cour de Strasbourg dans cette matière.

* * *

[32] Cf. contribution de la CCDH au rapport sur le Luxembourg dans le cadre de l'Examen Périodique Universel (EPU) du Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies (2012).

3. Questions relatives à la Justice

a. La réforme de la Justice

La proposition de révision constitutionnelle dans sa version la plus actuelle ne tient pas compte de deux réformes essentielles concernant la Justice qui interviendront dans un avenir plus ou moins rapproché, mais dont la CCDH ignore à l'heure actuelle les détails.

La première de ces réformes a pour objet la création d'une Cour Suprême qui chapeautera à l'avenir les deux ordres de juridictions, judiciaire et administratif, et uniformisera ainsi le recours en cassation pour les deux ordres. Cette réforme essentielle et salutaire n'appelle a priori pas de commentaires particuliers au regard des droits de l'homme.

La deuxième réforme qui aura pour objet la création d'un Conseil national de la justice, tel que recommandé non seulement par le Conseil Consultatif des juges européens auprès du Conseil de l'Europe, mais aussi par le médiateur luxembourgeois, aura une incidence sur l'indépendance de la magistrature et appellera de ce fait un certain nombre d'observations de la CCDH au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Même s'il faut regretter que dans la proposition de révision constitutionnelle la séparation des pouvoirs n'a pas été érigée en principe constitutionnel, il faut en revanche saluer que l'indépendance tant des magistrats du siège que des membres du parquet a été inscrite dans l'article 105 de la proposition de réforme. L'article 105 tel que proposé est conçu comme suit concernant plus particulièrement l'indépendance des membres du parquet : « Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite ». Il s'agirait là d'une modification des textes en vigueur concernant l'indépendance des magistrats du parquet, alors qu'actuellement et conformément à l'article 19 du code d'instruction criminelle le Ministre de la Justice peut dénoncer au Procureur Général d'Etat les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitoires écrites que le ministre juge opportun.

L'actuel article 90 de la Constitution prévoit que les juges de paix et les juges des tribunaux sont nommés par le Grand-Duc et que les conseillers de la Cour et les présidents et vice-présidents des tribunaux sont nommés par le Grand-Duc, sur avis de la Cour supérieure de justice. L'article 95bis & 5 de la constitution dispose que les magistrats de la Cour administrative et du Tribunal administratif sont nommés par le Grand-Duc. La nomination des membres de la Cour administrative ainsi que des présidents et vice-présidents du Tribunal

administratif se fait, sauf en ce qui concerne les premières nominations, sur avis de la Cour administrative. La proposition de révision reprend les textes constitutionnels en vigueur sauf qu'il est proposé que la nomination des magistrats ne soit plus faite par le Grand-Duc mais par le gouvernement. Si cette procédure de nomination n'exclut de toute évidence pas l'ingérence du pouvoir exécutif dans la nomination des magistrats, il convient cependant d'insister sur le fait que, du moins jusqu'à présent, la nomination des magistrats du siège s'est faite conformément soit à l'avis du Procureur Général d'Etat, respectivement à celui des chefs de juridictions, soit de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative. S'il est vrai que les textes actuellement en vigueur ont l'apparence d'une emprise politique dans la nomination et la promotion des magistrats, il n'a cependant jamais été reproché à l'exécutif de s'ingérer réellement dans la nomination du moins des magistrats du siège.

Dans sa prise de position concernant la proposition de réforme constitutionnelle, le Gouvernement propose de réformer le régime de nomination des magistrats en attribuant au futur Conseil national de la justice le pouvoir de proposer la nomination des magistrats du siège et d'émettre un avis conforme à ce sujet pour les magistrats du parquet.

Il s'agit dès lors de savoir dans quelle mesure le futur Conseil national de la justice pourrait apporter une garantie supplémentaire d'indépendance pour les magistrats en intervenant dans leurs nominations, leurs promotions et dans le régime disciplinaire auxquels ils sont soumis.

b. Du Conseil national de la justice

Le Conseil d'Etat dans son avis du 6 juin 2012 partage l'approche du Gouvernement quant à l'utilité de créer un tel organe pour « faire échapper la nomination et la discipline des magistrats à toute apparence d'emprise politique ». Le Conseil d'Etat rappelle que l'institution d'un tel conseil est préconisé par le Conseil de l'Europe et affirme qu'elle aurait fait ses preuves dans d'autres Etats européens. La CCDH n'est cependant pas en mesure de partager l'optimisme affiché par le Conseil d'Etat concernant cette future réforme.

Comme il vient d'être exposé, la nomination, la promotion et la discipline des magistrats n'ont jamais été soupçonnées d'une quelconque ingérence politique, même si la nomination des chefs de parquet est quelque peu opaque. Il n'est pas certain que cette neutralité politique dans la nomination, la promotion et la discipline des magistrats survivra à la création du Conseil national de la justice.

Il est vrai que le Conseil Consultatif des juges européens auprès du Conseil de l'Europe a préconisé notamment dans l'article 13 de la « Magna Carta des Juges » adoptée à l'occasion de son 10e anniversaire, que « pour assurer l'indépendance des juges, chaque Etat doit créer un Conseil de la Justice ou un autre organe spécifique, lui-même indépendant des pouvoirs exécutif et législatif,

doté de prérogatives les plus étendues pour toute question relative à leur statut, ainsi qu'à l'organisation, au fonctionnement et à l'image des institutions judiciaires. Le Conseil doit être composé, soit exclusivement de juges, soit au moins d'une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs. … ».

Une recommandation du médiateur Marc Fischbach a donné le coup d'envoi au projet de création d'un tel conseil au Luxembourg. Il faut cependant se rendre à l'évidence que la motivation avancée par le médiateur pour justifier la création d'un tel conseil s'écarte considérablement de celle qui a poussé le Conseil Consultatif des juges européens à encourager la création d'un conseil de la justice dans chaque Etat. Si l'unique souci du Conseil Consultatif des juges européens est l'indépendance des magistrats, le médiateur voit dans le futur conseil plutôt un organe de contrôle de la magistrature. En lisant la recommandation n° 21 du médiateur, on se rend compte que le médiateur s'est heurté au refus des juges d'instruction de lui donner accès à certains dossiers en se retranchant derrière le principe de la séparation des pouvoirs, ce qui l'a poussé à tirer la conclusion suivante : « (…) L'indépendance oblige les magistrats à veiller à la transparence et au bon fonctionnement de la justice. La confiance des citoyens dans la justice est largement tributaire d'une bonne administration judiciaire. Or, la confiance ne saurait être acquise sans accepter comme son corollaire un regard jeté de l'extérieur sur le fonctionnement interne de l'administration judiciaire. Seule une autorité indépendante externe appelée à assurer un tel contrôle serait de nature à renforcer la confiance du citoyen dans la justice (…) ». Il ne s'agit dès lors pas pour le médiateur d'assurer l'indépendance des magistrats mais plutôt, en évoquant une hypothétique perte de confiance des citoyens dans la justice, de les contrôler.

Comme l'a relevé le Conseil Consultatif des juges européens, la composition de ce conseil est déterminante pour garantir l'indépendance des magistrats. Le médiateur considère que le conseil, pour remplir ces fonctions, devrait être composé de dix membres dont cinq magistrats et cinq membres issus de la vie civile. Le médiateur propose ainsi que deux avocats actifs fassent partie du conseil, ainsi qu'un membre à désigner par la Chambre des députés, un membre à désigner par le Conseil de gouvernement et un membre à désigner par le Conseil d'Etat. La CCDH voit mal comment un avocat en exercice plaidant devant les futurs candidats à la promotion et des membres désignés par le pouvoir exécutif, par le pouvoir législatif et finalement par un organe dont les membres sont désignés politiquement pourraient apporter une quelconque garantie d'indépendance dans les procédure de nomination, de promotion et dans le régime disciplinaire des magistrats.

Certes, ce n'est pas le médiateur qui rédige la réforme. A l'heure actuelle, la CCDH ignore les intentions exactes du ministre quant à la composition du futur Conseil national de la justice, mais étant donné que le médiateur est l'instigateur de cette réforme, il est à craindre que le pouvoir exécutif ne tente d'exercer une certaine pression sur les magistrats par le biais du Conseil national de la justice

comme cela s'est fait chez certains de nos voisins. Ce qu'il faut craindre, c'est une politisation de la magistrature et par voie de conséquence une fragilisation de son indépendance. Il ne faut dès lors pas s'étonner des craintes exprimées par une partie des magistrats luxembourgeois quant à la création d'un tel conseil.

* * *

La CCDH rappelle d'ores et déjà, à l'instar du Conseil Consultatif des juges européens, que la composition d'un conseil national de la justice est déterminante pour garantir l'indépendance des magistrats.

En attendant de connaître les propositions concrètes de la réforme et plus particulièrement concernant la composition et les compétences du futur conseil, la CCDH exprime ses réserves en la matière. La CCDH se réserve le droit de revenir sur ces sujets, dès que plus de détails sur la réforme de la justice seront connus.

* * *

4. Les droits politiques

Au Luxembourg, la question de la participation politique revêt une dimension particulière, alors que la population résidente du pays est composée au 1er février 2011 de 57% de nationaux et de 43% de non-nationaux[33].

Au cours des deux dernières décennies, le Luxembourg a procédé à plusieurs réformes importantes relatives à la participation politique des personnes de nationalité étrangère. Avec l'instauration de la citoyenneté européenne par le Traité de Maastricht, les citoyens de l'Union ont pu accéder à l'exercice du droit de vote actif et passif aux élections municipales et européennes.

La Constitution a été amendée en 1994[34] pour tenir compte du principe de la citoyenneté européenne. L'article 9 actuel précise :

> « La qualité de Luxembourgeois s'acquiert, se conserve et se perd d'après les règles déterminées par la loi.
> La présente Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont, outre cette qualité, les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits.
> Par dérogation à l'alinéa qui précède, la loi peut conférer l'exercice de droits politiques à des non-Luxembourgeois. »

[33] STATEC, *Recensement de la population*, in: Premiers résultats n°4, août 2012.
[34] Révision du 23 décembre 1994.

Par la suite, le législateur luxembourgeois a modifié la loi électorale à plusieurs reprises dans le sens de faciliter la participation électorale des résidents n'ayant pas la nationalité luxembourgeoise : le droit de vote actif aux élections communales a été ouvert aux ressortissants de pays tiers[35]. La dernière modification de la loi électorale[36] a permis de mettre sur pied d'égalité les citoyens de l'Union et les ressortissants de pays tiers : le droit de vote passif a été élargi aux ressortissants de pays tiers. Par ailleurs, la loi a renoncé à l'interdiction de voir accéder des non-Luxembourgeois aux fonctions de bourgmestre et d'échevin.

La Commission de Venise et le Conseil d'Etat proposent de réviser l'article de la Constitution portant sur les droits politiques en faisant explicitement référence aux citoyens de l'Union d'une part, et aux ressortissants de pays tiers, d'autre part.

* * *

La CCDH estime, à l'instar de la Commission de Venise et du Conseil d'Etat, que la nouvelle réforme de la Constitution devrait être l'occasion pour procéder à l'adaptation de l'article actuel portant sur les droits politiques. Toutefois, à l'inverse du Conseil d'Etat, elle suggère que, en ce qui concerne l'exercice des droits politiques, aucune distinction ne soit établie sur ce point, entre citoyens de l'Union[37] « non-luxembourgeois » et ressortissants de pays tiers.

La CCDH propose la formulation suivante pour le paragraphe 3 de l'article 9 de la Constitution: « La loi organise les droits politiques des personnes qui n'ont pas la nationalité luxembourgeoise. »

* * *

5. Le principe démocratique

En ce qui concerne le principe démocratique, la CCDH note d'abord avec approbation que le Conseil d'Etat considère, en ce qui concerne l'article 2 proposé, que: "la notion de *„démocratie parlementaire"*, qui approfondit celle d'*„Etat démocratique"* de l'article 1er (selon le Conseil d'Etat), est synonyme de „démocratie représentative" annonçant les règles qui définiront la place de la Chambre des députés au sein des institutions constitutionnelles; il est en particulier d'avis qu'elle n'exclut pas le référendum consultatif tel que la

[35] Loi électorale du 18 février 2003, in: Mémorial A n°30 du 21 février 2003.
[36] Loi du 13 février 2011 portant modification de 1. la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 2. la loi électorale modifiée du 18 février 2003, in: Mémorial A n°29 du 16 février 2011.
[37] Cela n'empêche qu'en vertu des traités européens, les citoyens de l'Union sont les seuls à bénéficier de la participation aux élections européennes.

Constitution actuelle le connaît." Ainsi, la CCDH est d'accord avec la proposition du Conseil d'Etat pour le nouvel libellé de l'article 2 de la Constitution.

De plus, il doit être clairement souligné que le contenu des attributions constitutionnelles du Chef de l'Etat est indépendant des règles de droit internes à la famille de Nassau. Dans le même ordre d'idées, la CCDH approuve, suite à la proposition par le Conseil d'Etat d'un nouveau libellé pour l'article 51, paragraphe 1er de la Constitution actuelle, qui deviendrait l'article 2 selon la structure suggérée par lui, la proposition "de séparer dans le texte constitutionnel les attributions confiées au Grand-Duc, Chef de l'Etat, et les règles découlant du fait que la qualité de Grand-Duc est héréditaire dans la famille de Nassau. Le chapitre 3 prendrait l'intitulé *„Du Grand-Duc“*. La première section traiterait du Chef de l'Etat; elle prendrait l'intitulé *„De la fonction du Chef de l'Etat“* et énumérerait les missions du Chef de l'Etat qui sont les siennes dans le concert des institutions constitutionnelles, tandis que la seconde section, réglant les aspects particuliers liés au fait que l'Etat a choisi la forme d'une monarchie constitutionnelle, prendrait l'intitulé *„De la monarchie constitutionnelle“*. En parlant dans le texte constitutionnel de la *„fonction“* du Chef de l'Etat, le Conseil d'Etat entend à la fois abandonner la formule surannée de „prérogatives“ du Grand-Duc et souligner que le Chef de l'Etat ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire d'agir ou de ne pas agir dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées. Ses attributions sont bel et bien des charges résultant de sa fonction. Tel que son rôle institutionnel est défini et délimité par la Constitution, il s'agit de l'exercice d'une compétence liée (...)." Le fait de ne plus parler des „prérogatives“ du Grand-Duc aurait en effet l'avantage de souligner qu'il ne s'agit pas dans ce contexte de droits dits régaliens du Grand-Duc qui découleraient de "sa souveraineté". Ainsi, on peut également se poser la question d'une réforme en profondeur du droit de grâce actuellement confié au Chef de l'Etat. Même si le droit de grâce devrait dorénavant être encadré par la loi, il semble à la CCDH qu'on devrait s'inspirer encore plus des dispositions applicables en la matière dans d'autres pays européens et annoncer plus clairement dans le texte de la Constitution les limites à une décision simplement discrétionnaire. De manière générale, il sera important de clarifier en toute transparence les pouvoirs juridiques liés du Grand-Duc, ainsi que la question budgétaire relative à la Cour grand-ducale.

L'avis adopté par la Commission de Venise les 13-14 décembre 2002 au sujet des „amendements que la Maison princière du Liechtenstein propose d'apporter à la Constitution du Liechtenstein“ dit, dans son point 33: „Aux termes de la proposition de révision de l'article 3 de la Maison Princière, celle-ci peut, sans ingérence de la Diète, régler par une loi certains aspects tels que la succession du Trône. Une telle loi ne pourrait être concernée par des amendements à la Constitution. Cette proposition est tout à fait étonnante. La succession du Trône est un élément essentiel de toute monarchie constitutionnelle et doit être régie par la Constitution.“ La CCDH, tout comme le Conseil d'Etat, ne peut que se rallier à ce constat en ce qui concerne le Luxembourg.

En outre, en accord avec l'avis du Conseil d'Etat concernant l'article 3, la CCDH pense que le terme de *„puissance souveraine“* est à remplacer par celui de *„souveraineté“*. De même, dans la ligne du Conseil d'Etat, la CCDH recommande également que la Constitution fasse la distinction nette entre l'exercice de la *„souveraineté“* et l'exercice des *„pouvoirs de l'Etat“*. La CCDH prend note du nouveau libellé que le Conseil d'Etat veut donner à l'article 3: „Art. 3. *La souveraineté réside dans la Nation dont émanent les pouvoirs de l'Etat.*“ Alternativement, on pourrait encore penser, le cas échéant, à souligner davantage l'importance du "peuple" (*demos*) dans la démocratie, comme tel est le cas dans d'autres constitutions européennes.

* * *

La CCDH considère, en ce qui concerne la structure institutionnelle, et notamment les pouvoirs liés et les fonctions du Grand-Duc, que la Constitution devra plus clairement afficher le principe démocratique et énoncer notamment dans les diverses dispositions y ayant attrait que les principes de la démocratie et de l'Etat de droit sont obligatoirement respectés dans tous les cas.

* * *

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE DE LA DOCTRINE UTILISÉE :

Collectif, *Le Conseil d'Etat gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux,* Luxembourg 2006, p. 44.

J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme au service de la construction européenne*, in: *En hommage d Francis Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste,* Bruxelles, Paris, 2007 p. 303.

H. CREMER, *Ein Grundgesetz ohne "Rasse" – Vorschlag für eine Änderung von Artikel 3 Grundgesetz*, Policy Paper No. 16. Deutsches Institut für Menschenrechte, 2010.

R. ERGEC, *Deux concepts constitutionnels nouveaux : L'État de droit et la dignité humaine*, in: J.T.L., 2009, p. 184.

J. FIERENS, *La dignité humaine comme concept juridique*, in: Journal des tribunaux, 21 septembre 2002, 121e année - N° 6064, p. 577-582.

G. FRIDEN et P. KINSCH, *La pratique luxembourgeoise en matière de droit international public*, Annales du droit luxembourgeois, 2002, pp. 455 et s.

J. GERKRATH, *La proposition de révision dans le contexte international : la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux serait-elle devenue superflue ? Quelques remarques à propos de la notion des droits fondamentaux, de leur formulation et de leur protection*, in: *Actes de la Section des sciences morales et politiques de l'Institut grand-ducal,* Bd. 14, 2011, p. 197-219.

L. HEUSCHLING, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002.

F.MESSNER, *La Neutralité de l'Etat dans les pays de l'Union Européenne/ The Neutrality of the State in the Countries of European Community*, Archives des sciences sociales des religions, Année 1998, Volume 101, Numéro 101.

P.-H. MEYERS, *Les droits fondamentaux dans la Constitution luxembourgeoise*, in: J. GERKRATH (éd.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 66.

J. MURDOCH, *Liberté de pensée, de conscience et de religion : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'Homme, no 9, Strasbourg, Council of Europe, 2007.

P. POPELIER / C. VAN DE HEYNING, *Droits constitutionnels et droits conventionnels : concurrence ou complémentarité ?* in: *Les droits constitutionnels en Belgique - les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'état et de la Cour de cassation*, sous la direction de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, 2011.

Rapport du groupe d'experts chargé de réfléchir sur l'évolution future des relations entre les pouvoirs publics et les communautés religieuses ou philosophiques au Grand-duché de Luxembourg a été publié en octobre 2012. p. 7.

Rapport de recherche du Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, janvier 2011.

F. SCHOCKWEILER, *Les principes généraux du droit en droit communautaire et en droit administratif luxembourgeois*, in: *Mélanges dédiés à Michel Delvaux*, Luxembourg 1990, p. 211 ss.

A. SEIFERT, *Les droits sociaux dans la proposition de révision constitutionnelle*, in: J. GERKRATH, *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 50.

D. SPIELMANN, *Quels droits fondamentaux pour la Constitution luxembourgeoise? Au sujet d'une réforme rassurante mais peu ambitieuse*, in: J. GERKRATH (éd.), *La refonte de la Constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles 2010, p. 37.