

Jörg GERKRATH (Hrsg./éd.)

**LA JURISPRUDENCE DE LA  
COUR CONSTITUTIONNELLE  
DU LUXEMBOURG  
1997 - 2007**

Pasicrisie luxembourgeoise 2008



# Avant-Propos

L'instauration au Luxembourg du contrôle de la constitutionnalité des lois par l'intermédiaire d'une Cour spécifique n'a pas été une entreprise facile. Alors que les premières propositions doctrinales en ce sens datent de 1973<sup>1</sup>, il a fallu près d'un quart de siècle pour faire aboutir ce chantier<sup>2</sup>. Le Luxembourg est ainsi – du moins à ce jour – le dernier Etat de l'Europe occidentale à s'être doté d'une juridiction constitutionnelle<sup>3</sup>.

Issue de la loi du 12 juillet 1996, portant révision de l'article 95 de la Constitution, et de la loi du 27 juillet 1997, portant son organisation, la Cour Constitutionnelle du Luxembourg a été opérationnelle à partir de l'adoption de son règlement d'ordre intérieur, le 31 octobre 1997. Elle fut saisie d'une première question préjudicielle par le Tribunal administratif dès le 11 novembre 1997 et rendit son premier arrêt le 6 mars 1998.

Dans les dix années qui se sont écoulées depuis, sa jurisprudence s'est étoffée au point que nous disposons aujourd'hui d'un corpus constitué de quarante-trois arrêts. Publiée au Mémorial et consultable via internet sur le site du Ministère de la Justice, cette jurisprudence reste néanmoins peu connue du grand public et - hormis quelques arrêts retentissants – n'a pas fait l'objet de commentaires doctrinaux approfondis.

A l'occasion du dixième anniversaire de la mise en place de la Cour Constitutionnelle, la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg a accueilli, le 17 décembre 2007, un colloque visant à analyser et à commenter la jurisprudence constitutionnelle de ses dix premières années d'existence.

---

<sup>1</sup> A. BONN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois », *Pas. lux*, tome 22, 1973, pp. 1 à 23.

<sup>2</sup> Pour une présentation des travaux préparatoires, voir le commentaire de l'article 95ter de la Constitution, in *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 324 ss.

<sup>3</sup> N. KUHN et E. ROUSSEAU, « La Cour Constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale », *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001 n° 2 (vol. 53), pp. 453 à 482.

L'objet de cette manifestation fut de présenter les grands axes de cette jurisprudence, d'en proposer une analyse synthétique et d'engager un échange fructueux entre la communauté académique et les acteurs de la vie politique et juridique luxembourgeoise. Dans cet esprit le présent ouvrage, qui comprend trois contributions d'académiques et trois contributions de praticiens, reflète la proximité entre le milieu universitaire et celui des magistrats et avocats au Luxembourg.

L'analyse des 43 arrêts qui constituent pour l'instant le corpus jurisprudentiel de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg fait apparaître qu'ils se rattachent pour l'essentiel à six problèmes classiques du droit constitutionnel. Ce découpage se reflète dans les contributions reproduites ci-après : Jörg GERKRATH expose la compétence de la Cour et la recevabilité des questions préjudicielles, Georges RAVARANI se penche sur le droit de propriété et l'expropriation dans la jurisprudence de la Cour, Alain STEICHEN traite, quant à lui, des arrêts qui contribuent à définir les domaines respectifs de la loi et du règlement, Mark COLE analyse la problématique des droits fondamentaux (die Grundrechte), Stefan BRAUM s'intéresse au principe de la légalité des peines (die Strafgesetzhlichkeit) et Patrick KINSCH présente la jurisprudence constitutionnelle relative au principe d'égalité devant la loi.

Le présent ouvrage regroupe non seulement les contributions écrites des intervenants au colloque du 17 décembre 2007 mais reproduit aussi les 43 arrêts rendus jusqu'en décembre 2007 ainsi que les textes régissant le fonctionnement de la Cour. Il vise à combler une lacune dans la documentation juridique disponible. Ses auteurs espèrent ainsi contribuer à une meilleure connaissance de cette institution et de son activité et fournir au lecteur intéressé par le droit constitutionnel luxembourgeois un outil de connaissance supplémentaire sous forme de recueil de jurisprudence.

L'éditeur tient à remercier très chaleureusement Florence GIORGI, assistante à l'Université du Luxembourg pour son investissement inlassable de l'organisation du colloque jusqu'à la finalisation du présent ouvrage ainsi que Mark COLE dont la participation à la conception et à la réalisation de ce projet a été déterminant pour son aboutissement.

Jörg GERKRATH

Luxembourg, le 20 mai 2008

# Sommaire

AVANT-PROPOS .....	III
SOMMAIRE .....	V
LISTE DES AUTEURS / AUTORENVERZEICHNIS .....	VII
LISTE DES ABREVIATIONS .....	IX
COMMENTAIRES THEMATIQUES DE JURISPRUDENCE.....	1
Compétence et recevabilité des questions préjudicielles (Jörg GERKRATH) .	3
Droit de propriété et expropriation (Georges RAVARANI).....	23
Le domaine de la loi et du règlement (Alain STEICHEN).....	43
Der Schutz der Grundrechte (Mark D. COLE).....	67
Das Prinzip der Strafgesetzhlichkeit (Stefan BRAUM) .....	87
L'égalité devant la loi (Patrick KINSCH).....	95
JURISPRUDENCE .....	117
TEXTES OFFICIELS .....	233
Article 95 ter. (Révision du 12 juillet 1996) .....	235
Avis du Conseil d'Etat (28 mars 1997) .....	236
Avis complémentaire du Conseil d'Etat (10 juin 1997) .....	257
Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle .....	271
Règlement d'ordre intérieur de la Cour Constitutionnelle du 31 octobre 1997.....	277
Cour Constitutionnelle (Premières nominations) .....	278
Cour Constitutionnelle (Composition à la date du 14 décembre 2007) .....	278
BIBLIOGRAPHIE THEMATIQUE.....	279
INDEX / STICHWORTVERZEICHNIS .....	285
TABLE DES MATIERES .....	291



# **Liste des auteurs / Autorenverzeichnis**

## **Stefan BRAUM**

Stefan Braum hat die Professur für Strafrecht an der Université du Luxembourg inne. Nach Studium der Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main und Promotion über ein Thema des Strafprozessrechts und der Strafrechtsgeschichte absolvierte er seinen juristischen Vorbereitungsdienst. Seine Habilitationsschrift „Europäische Strafgesetzmäßigkeit“ schloss er 2002 ab und erhielt die *Venia legendi* für die Fächer Strafrecht, Strafprozessrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtsphilosophie und Kriminologie. Nach Lehrstuhlvertretungen in Frankfurt, Köln und Bochum ist er seit 2005 in Luxemburg, wo er auch *directeur d'études* für den Master-Studiengang *Droit pénal européen des affaires*, Mitglied des *management-committees* von ECLAN (European Criminal Law academics network) und Präsident des Law Committees von Campus Europae ist.

## **Mark D. COLE**

Mark D. Cole ist Assistant Professeur für das Recht der neuen Informationstechnologien, Medien- und Kommunikationsrecht an der Universität Luxemburg seit 2007 und war davor Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, Medienrecht an der Universität, Mainz, dem Mainzer Medieninstitut sowie Lehrbeauftragter an der TU Braunschweig. Nach Promotion in Mainz 2003 Publikationen im Bereich Medien-, Verfassungs- und internationales Recht, u.a. Mitautor und -herausgeber von "Handbuch Medienrecht: Recht der elektronischen Massenmedien" und "Europäisches und Internationales Medienrecht" sowie Beiträgen zu den Grundrechten.

## **Jörg GERKRATH**

Jörg Gerkrath est professeur en droit européen à l'Université du Luxembourg depuis décembre 2006. Titulaire d'un doctorat de l'Université Robert Schuman de Strasbourg, il a exercé comme Maître de conférences avant de devenir Professeur agrégé de droit public à l'Université d'Avignon. Ses principaux domaines de recherche sont le droit communautaire et européen, le droit constitutionnel, le droit comparé et les droits fondamentaux. Il est l'auteur de l'ouvrage « L'Emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe », (Editions de l'ULB, Bruxelles, 1997) et de nombreux articles et contributions sur divers aspects du droit communautaire et constitutionnel.

### **Patrick KINSCH**

Patrick Kinsch est avocat au barreau de Luxembourg depuis 1988 et enseigne le droit international privé et le droit constitutionnel depuis 1994. Après avoir été professeur associé à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, il est à présent professeur invité à l'Université de Luxembourg. Sa dernière monographie publiée est parue sous le titre « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international*, La Haye, 2007).

### **Georges RAVARANI**

Georges Ravarani, né le 1<sup>er</sup> mai 1954, est président de la Cour administrative et vice-président de la Cour Constitutionnelle du Luxembourg. Il est l'auteur de livres et d'articles dans le domaine du droit civil (essentiellement la responsabilité civile) et du droit public. Il est professeur invité à l'Université du Luxembourg où il enseigne le droit civil.

### **Alain STEICHEN**

Alain Steichen est avocat au Barreau de Luxembourg et professeur associé à l'Université de Luxembourg. Après avoir fait des études en sciences économiques à Aix-en-Provence (maîtrise) et en droit à Paris I (maîtrise), Alain Steichen a passé une thèse à l'Université de Saarbrücken en vue de l'obtention d'un doctorat en droit public (thèse : « La justice dans l'impôt » ; summa cum laude). Auteur de dix livres et d'une soixantaine d'articles, Alain Steichen enseigne notamment les « Finances publiques », le « Droit fiscal » ainsi que le « Droit fiscal communautaire » à l'Université de Luxembourg.

## Liste des abréviations

aaO.	am angegebenen Ort
Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique Droit Administratif
Ann. Dr. Lux.	Annales de Droit Luxembourgeois
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CA	Cour Administrative
Cass.	Cour de Cassation
Cass. b.	Cour de Cassation belge
Cass. Soc.	Cour de Cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CE Ass.	Conseil d'Etat, Assemblée
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
Cf.	Confer
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
D.	Dalloz
Doc. parl.	Document parlementaire
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
ff.	fortfolgende
FSY	Feuilles de Liaison de la Conférence Saint-Yves
GG	Grundgesetz
J.T.	Journal des Tribunaux
Mém.	Mémorial
Préc.	Précité
Pas. lux.	Pasicrisie luxembourgeoise
Pas. adm.	Pasicrisie administrative
Pas. b.	Pasicrisie belge
RBDC	Revue Belge de Droit Constitutionnel
R.C.S.	Recueil de la Cour Suprême (Canada)

Rec.	Recueil
Req.	Requête
Rev.. Dr. Etr	Revue du Droit des Etrangers
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
Rs.	Rechtssache
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RUDH	Revue Universelle des Droits de l'Homme
Rz.	Randziffer
Spéc.	spécialement
ss.	et suivantes
t.	Tome
Trib. adm.	Tribunal administratif
Trib. Arr.	Tribunal d'arrondissement
V.	Voir

**COMMENTAIRES THEMATIQUES  
DE JURISPRUDENCE**



# Compétence et recevabilité des questions préjudicielles

Jörg GERKRATH

Le cadre juridique du contrôle de la constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg est tracé par l'article 95ter de la Constitution de 1868 tel que modifié par la révision du 12 juillet 1996. Les modalités précises de l'exercice du contrôle résultent de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle. Ces deux textes ont institué une juridiction *ad hoc* spécialisée dans le contrôle de la constitutionnalité des lois en prévoyant que son contrôle s'exerce a posteriori et exclusivement à titre préjudiciel. Si l'article 95ter définit lui-même la compétence de la Cour comme celle de statuer « par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution », il a laissé à la loi le soin de déterminer les modalités de sa saisine à titre préjudiciel.

Afin de pouvoir apprécier à sa juste valeur les compétences de la Cour Constitutionnelle et les modalités de son contrôle, quelques remarques préalables sur sa place dans l'ordonnement juridictionnel luxembourgeois s'imposent. On remarque ainsi en tout premier lieu que l'article 95ter, qui l'institue, constitue la dernière disposition du Chapitre VI de la Constitution intitulée « De la Justice ». Cela semble indiquer que la Cour Constitutionnelle du Luxembourg – à la différence de la plupart de ses homologues – fait clairement partie du pouvoir judiciaire. Le fait qu'elle soit exclusivement composée de magistrats, qui « continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine » et cumulent donc les fonctions d'un juge ordinaire (administratif ou judiciaire) avec celles du juge constitutionnel, souligne encore ce lien structurel avec le pouvoir judiciaire. Les juges constitutionnels luxembourgeois sont de ce fait, pour ainsi dire, des juges constitutionnels à temps partiel<sup>1</sup>. Cette situation statutaire est susceptible d'exercer une certaine influence sur la manière dont les membres de la Cour perçoivent leur tâche et rédigent leurs arrêts.

Comparée aux Cours constitutionnelles en Europe, la Cour Constitutionnelle du Luxembourg se singularise par le fait qu'elle semble être la seule juridiction spécialisée dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, qui ne peut être saisie que par la seule voie de questions préjudicielles<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Son règlement d'ordre intérieur précise par ailleurs que « La Cour tient audience le vendredi à 15 heures ; elle peut fixer des audiences extraordinaires », Mémorial A – n° 89 du 28 novembre 1997, page 2696.

<sup>2</sup> Cf. Commission de Venise, « Les décisions des cours constitutionnelles et des instances équivalentes et leur exécution », CDL-INF (2001) p. 9. Voir aussi A. ALEN et M. MELCHIOR, « Les relations entre Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes », *RUDH* 2002, pp. 333-360.

En ce qui concerne la nature du contrôle exercé et en se référant à la classification traditionnelle, on constatera qu'il s'agit d'un contrôle concentré, abstrait et *a posteriori*, bien qu'il faille nuancer chacun des trois attributs. Ce contrôle n'est d'abord concentré qu'en ce qui concerne les lois, il demeure diffus pour les autres actes normatifs dont la constitutionnalité peut être contrôlée par les juridictions ordinaires. Bien qu'exercé sur question préjudicielle soulevée lors d'un litige concret, le contrôle demeure ensuite abstrait, car la Cour s'interdit « l'examen de tout moyen de forme ou de fond tenant au procès originaire » et se tient à la seule question – abstraite – de la conformité d'une loi à la Constitution<sup>3</sup>. Si le contrôle de la Cour intervient enfin *a posteriori*, il n'a pas pour autant d'effet curatif ou répressif. La loi déclarée non conforme à la Constitution reste en vigueur, elle est simplement rendue inapplicable au litige pendant devant la juridiction de renvoi. Il coexiste au surplus avec un contrôle exercé *a priori* par le Conseil d'Etat lequel n'est cependant pas de nature préventive car les avis du Conseil ne lient pas la Chambre des députés.

Dans la mesure où, en tant que juridiction, la Cour est naturellement juge de sa propre compétence, sa jurisprudence a d'ores et déjà pu apporter de précieux éclaircissements sur des questions laissées ouvertes par les textes. D'autres sont susceptibles de se poser à l'avenir. Nous aborderons ci-après tant les questions déjà tranchées par la jurisprudence que celles qui appelleront vraisemblablement une solution jurisprudentielle à l'avenir.

Ainsi qu'il ressort des motifs de la proposition de loi n° 4218, le mécanisme retenu est inspiré du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés Européennes. En cas de doute, il paraît de ce fait légitime et utile de se reporter au modèle suivi afin, le cas échéant, d'en déduire des conséquences pour les modalités du contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg<sup>4</sup>.

L'objectif de cette contribution est d'apprécier la contribution de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle à la détermination de sa propre compétence et des modalités de sa saisine pour montrer comment elle a apporté des réponses à des questions qui ne sont apparues qu'après sa mise en place et auxquelles les textes régissant son fonctionnement ne répondaient pas toujours de manière exhaustive. Après quelques considérations générales sur la compétence de la Cour (I.) on tentera ci-après d'en préciser les contours en traitant successivement des normes contrôlées (II.), du cadre de référence (III.) et de la saisine de la Cour (IV.). A partir de ces éléments il sera possible de formuler quelques remarques finales quant à la nature du contrôle effectué par la Cour (V.)

## **I. La compétence de la Cour**

L'introduction de la Cour Constitutionnelle en tant qu'organe juridictionnel spécialisé a été réalisée sans bouleverser l'équilibre institutionnel du Grand-Duché. Il s'agit en

---

<sup>3</sup> Voir Arrêt 9/00 du 5 mai 2000, Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000, p. 948.

<sup>4</sup> Cf. - sur la question de la rétroactivité des arrêts préjudiciels - l'arrêt de la Cour administrative du 30 janvier 2007, 20688C.

effet d'une institution qui se rattache nettement au pouvoir judiciaire et n'a donc pas été conçue comme un contre-pouvoir face aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. De par ses compétences, sa composition et le mode de désignation de ses membres, elle se présente comme un organe tout à fait apolitique.

Dans la mesure où le système juridictionnel et institutionnel en place se caractérisait toutefois jusque-là par « l'absence de tout contrôle par les tribunaux judiciaires et administratifs de la constitutionnalité des lois », cette réforme a pu néanmoins être ressentie comme « révolutionnaire »<sup>5</sup>.

En vertu du paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 95ter de la Constitution, « La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution ». A l'exception toutefois, comme le précise immédiatement le paragraphe 2, de celles « portant approbation de traités ». Elle jouit de ce fait d'une compétence d'attribution étroite qui se conjugue nécessairement avec la compétence résiduelle des juridictions ordinaires de statuer sur la constitutionnalité des actes infra législatifs.

### **1. Une compétence d'attribution étroite**

La Cour Constitutionnelle s'est vu attribuer l'unique compétence de contrôler la constitutionnalité des seules lois à l'exception de surcroît de celles qui portent approbation de traités. Du point de vue de ses attributions elle reste donc en retrait par rapport aux autres juridictions constitutionnelles en Europe.

L'attribution de la compétence du contrôle *a posteriori* à la Cour Constitutionnelle n'affecte pas non plus la compétence du Conseil d'Etat d'exercer un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Ce contrôle, effectué par le Conseil d'Etat avant le vote de la loi, reste cependant nécessairement sommaire et abstrait et présente, de l'aveu même du Conseil, « des lacunes »<sup>6</sup>. De toute façon, même dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat formule une « opposition formelle » pour incompatibilité constitutionnelle d'une disposition législative, la Chambre peut décider de l'ignorer et l'avis du Conseil ne préjuge naturellement en rien le résultat d'un éventuel contrôle *a posteriori* par la Cour Constitutionnelle.

L'article 2, paragraphe 2 de sa nouvelle loi organique du 12 juillet 1996 investit le Conseil d'Etat de manière explicite de la mission de contrôler *a priori* la conformité des projets de loi et de règlement par rapport aux normes de droit supérieures. Il peut de ce fait également être considéré comme "gardien de la Constitution", compétence qu'il doit toutefois désormais partager avec la Cour Constitutionnelle.

### **2. La compétence résiduelle des juridictions ordinaires**

Les juridictions ordinaires demeurent non seulement compétentes pour le contrôle de la constitutionnalité des actes réglementaires mais aussi pour le contrôle de la conventionnalité des lois.

---

<sup>5</sup> *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 324.

<sup>6</sup> Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'Etat, Annexe : Le contrôle de la constitutionnalité des lois, 20 avril 1993, p. 18.

S'agissant en premier lieu du contrôle de constitutionnalité, plusieurs jugements illustrent la manière dont les juges judiciaires et administratifs conçoivent leur rôle. Ainsi la Cour d'appel estime qu'elle n'empiète pas sur la compétence de la Cour Constitutionnelle si elle se prononce sur la conformité à l'article 12 de la Constitution d'une privation de liberté dans un cas concret<sup>7</sup>. De même, la Cour administrative, tout en reconnaissant « que la Cour Constitutionnelle est seule compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois dans le cadre et suivant la procédure découlant de l'article 95ter de la Constitution et de la loi du 27 juillet 1997 », estime « que les juridictions administratives, saisies d'un recours en annulation contre une décision à caractère réglementaire, sont habilitées et obligées de contrôler la légalité de l'acte déféré, y compris sa conformité à la Constitution ». Il en va notamment ainsi lorsque la décision litigieuse, n'est pas entièrement conditionnée par le texte qui constitue sa base légale, car une éventuelle contrariété à la Constitution de la décision « n'implique dès lors pas l'appréciation sur la conformité à la Constitution de la loi de base »<sup>8</sup>. Partant également du constat que la Cour Constitutionnelle ne peut statuer que sur la conformité des lois à la Constitution, le juge administratif se voit même investi de la mission « de procéder à l'examen des questions de conflit entre deux dispositions constitutionnelles »<sup>9</sup>. De même, le Tribunal administratif s'estime compétent pour « analyser la compatibilité entre elles de deux ou plusieurs dispositions de la Constitution et est appelé à en déterminer les champs d'application respectifs »<sup>10</sup>. De ses quelques exemples de jurisprudence se dégage l'impression d'une conviction commune des juges ordinaires que la fonction de la Cour Constitutionnelle devrait rester cantonnée au seul contrôle de la constitutionnalité des lois qui constitue sa raison d'être.

S'agissant, en second lieu, du contrôle de la conventionnalité des lois, il est manifeste que celui-ci échappe totalement à la compétence de la Cour Constitutionnelle. Certes, on conçoit parfaitement que la dissociation du contrôle de la conventionnalité de celui de la constitutionnalité des lois peut être défendue en raison de leur nature différente. Le Conseil constitutionnel français, considérant dans sa décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse « qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution », a clairement opté pour cette solution. En présence de traités tels que les traités fondateurs de l'Union européenne ou la Convention européenne des droits de l'homme, dont on s'accorde à reconnaître leur portée constitutionnelle, le contrôle de conventionnalité d'une loi s'apparente cependant – du moins matériellement – à un contrôle de constitutionnalité.

En confiant le contrôle de la constitutionnalité des lois à une juridiction spécialisée tout en laissant les juridictions ordinaires en charge du contrôle de la

---

<sup>7</sup> Arrêt n° 378/01 du 25 octobre 2001. Voir aussi : *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 72.

<sup>8</sup> Voir Cour administrative, 13 février 2007, n° 21763C et 21768C.

<sup>9</sup> Tribunal administratif, 15 avril 1998, n° 9633, *Azenha Sansana*, Pas. adm. 1/1999, p. 53 et 154.

<sup>10</sup> Tribunal administratif, 8 octobre 2001, n° 13445. Cf. *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 326.

conventionnalité de ces mêmes lois, la Constitution luxembourgeoise a opté pour une voie qui pourrait s'avérer source de conflits et de jurisprudences divergentes. Ce risque existe notamment en présence de règles constitutionnelles et conventionnelles de contenu proche voire identique comme cela est précisément le cas en matière de protection des droits fondamentaux.

Etant donné que le juge du fond pourra le cas échéant écarter lui-même l'application d'une loi qu'il juge contraire, par exemple, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>11</sup>, alors qu'en cas de doute sur la constitutionnalité de cette même loi, il devra surseoir à statuer et attendre l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, ce juge pourra se dispenser d'une question préjudicielle car celle-ci ne sera plus « nécessaire pour rendre son jugement ». Un tel comportement, s'il venait à se multiplier, aura pour conséquence de marginaliser le rôle de la Cour Constitutionnelle.

N'ayant aucune emprise sur cette répartition des compétences, qui résulte d'un choix explicite du pouvoir constituant, la Cour Constitutionnelle bénéficiera cependant par ailleurs d'une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne la détermination des normes susceptibles d'être soumises à son contrôle en adoptant dans sa pratique une définition de la notion de « loi » qui ne soit pas trop étroite.

## **II. Les normes susceptibles d'être soumises à son contrôle**

La question de savoir quelles normes peuvent être soumises à son contrôle n'a pas pour l'instant fait l'objet de considérations de la Cour Constitutionnelle pour la simple raison que les questions préjudicielles qui lui ont été soumises portaient toutes sur des dispositions dont la qualité légale fut incontestée. La compétence de la Cour pour statuer sur la constitutionnalité des lois, telle qu'elle est établie par l'article 95ter de la Constitution, ne connaît qu'une seule exception explicite, à savoir les lois portant approbation de traités dont elle ne peut être valablement saisie. On doit néanmoins s'interroger sur le point de savoir si cette exclusion vaut également pour les lois de transposition de directives adoptées dans le cadre de l'Union européenne.

### **1. La signification des termes « les lois »**

Dans la mesure où ni le constituant ni le législateur n'a pris soin de définir précisément le terme « loi » dans ce contexte, on peut légitimement considérer que ce sont les lois au sens formel, qui sont visées par l'article 95ter, à l'exclusion donc des règlements et arrêtés grand-ducaux dont le contrôle de constitutionnalité est réservé aux juridictions ordinaires en vertu de l'article 95 de la Constitution. Aux yeux des juridictions ordinaires il n'y a en effet aucun doute que « la Cour Constitutionnelle est incompétente pour statuer sur la conformité d'un règlement grand-ducal à la Constitution, question réservée aux cours et tribunaux, lesquels ne sont appelés à

---

<sup>11</sup> Rappelons qu'en vertu de l'article 6 par. 1 du traité sur l'Union européenne tel que modifié par le traité de Lisbonne, et dès l'entrée en vigueur de ce dernier, la Charte aura la même valeur juridique que les traités.

appliquer les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois »<sup>12</sup>.

Dans la mesure où la Constitution ne contient pas de définition de la loi, on peut être tenté de se tenir à une conception acquise selon laquelle « la loi est l'acte du Parlement, le Conseil d'Etat entendu, voté dans les formes constitutionnelles, sanctionné, promulgué et publié par le Grand-Duc »<sup>13</sup>. Ce qui est déterminant serait donc la nature légale et non pas la valeur légale d'un acte. Par conséquent, les « actes équipollents aux lois » adoptés par le Grand-Duc pour organiser son gouvernement en vertu de l'article 76 de la Constitution, devraient échapper au contrôle de la Cour Constitutionnelle<sup>14</sup>. Il n'y a par contre aucune restriction *rationae temporis*. La Cour peut se prononcer sur toutes les lois en vigueur au Luxembourg, quelle que soit leur date d'entrée en vigueur.

Une définition trop étroite de la notion de loi irait à l'encontre de la pratique éprouvée des autres juges constitutionnels en Europe et risquerait de réduire le rôle de la Cour comme gardienne de la Constitution. Dès lors, il serait tout aussi envisageable de retenir une définition de la loi incluant « les lois et les normes assimilées ayant force de loi »<sup>15</sup>. Au Luxembourg, plusieurs types d'actes soulèvent alors des questions en ce qui concerne ce que l'on pourrait appeler leur « justiciabilité constitutionnelle ».

Pour ce qui est notamment des anciennes lois habilitantes et des règlements grand-ducaux pouvant être « même dérogoires à des dispositions légales existantes » une nette distinction s'impose. La loi portant habilitation est susceptible d'être soumise au contrôle de la Cour Constitutionnelle<sup>16</sup>, les règlements pris en son application y échappent. La qualification jurisprudentielle de ces règlements d' « arrêtés-lois » et leur assimilation à de véritables lois dans l'entre-deux-guerres ne doit pas entraîner la confusion : ce n'est qu'à partir de la ratification par le pouvoir législatif que l'arrêté prend le caractère d'une loi<sup>17</sup>. Bien avant la création de la Cour Constitutionnelle, la jurisprudence avait d'ailleurs précisé que « les règlements et arrêtés ratifiés par une loi subséquente ont le caractère d'une véritable loi et ne sont pas soumis au contrôle

---

<sup>12</sup> Cf. Tribunal administratif, 28 octobre 1998, n° 10589, *Bausch*, *Pas. adm.* 1/1999, p. 157.

<sup>13</sup> Voir en ce sens A. LOESCH, « Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc », *Pas. lux.* 1951, p. 18 ; P. MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> éd. 1990, p. 155.

<sup>14</sup> Voir sur ces actes, *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 266.

<sup>15</sup> En ce sens A. ALEN et M. MELCHIOR, « Les relations entre Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes », *RUDH* 2002, pp. 333-360.

<sup>16</sup> Cf. en dernier lieu, la loi du 19 décembre 2003 portant habilitation pour le Grand-Duc de réglementer certaines matières, *Mémorial A*, n° 186 du 31 décembre 2003.

<sup>17</sup> Voir en ce sens P. MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> éd., 1990, p. 156. Pour de plus amples développements cf. A. LOESCH, *Le contrôle juridictionnel des arrêtés-lois*, Etudes juridiques et économiques de l'Echo de l'Industrie, Luxembourg 1934 et S. MERTEN-BEISSEL, « Luxembourg, les lois de pleins pouvoirs », *RFDA* 1987, p. 737.

judiciaire en ce qui concerne leur légalité au regard de l'article 95 de la Constitution et leur constitutionnalité en général »<sup>18</sup>.

Les règlements grand-ducaux pris sur la base de l'article 32 (4) de la Constitution tel que modifié par la révision du 19 novembre 2004 sont, quant à eux, « des actes normatifs de circonstance ; ils restent soumis au contrôle incident des 'cours et tribunaux', conformément à l'article 95 de la Constitution »<sup>19</sup>. Par conséquent ils échappent également à la compétence de la Cour Constitutionnelle.

Le règlement de la Chambre qui détermine en vertu de l'article 70 de la Constitution « le mode suivant lequel elle exerce ses attributions » est-il soustrait au contrôle direct de sa constitutionnalité en raison de la prérogative de la Chambre d'assurer son fonctionnement en toute indépendance<sup>20</sup> ? Et qu'en est-il alors de la loi lorsqu'elle règle en vertu de l'article 51 (2) de la Constitution « l'organisation de la Chambre » ? Il serait difficile d'admettre que l'un ou l'autre puisse déroger à la Constitution même au nom de l'autonomie d'organisation interne. Il reste que formellement seule la loi est susceptible d'être soumise au contrôle de la Cour. Le Règlement de la Chambre<sup>21</sup> échappe à son contrôle quels que soient les doutes sur la place qu'il occupe dans la hiérarchie des normes.

Bien que la Constitution luxembourgeoise ne prévoie pas la possibilité de faire adopter des lois par la voie référendaire, l'article 51 (7) de la Constitution permet d'appeler les électeurs « à se prononcer par la voie du référendum dans les cas et sous les conditions à déterminer par la loi ». Certes, il a été remarqué à juste titre que « le texte de l'article 51 ne tranche pas la question de savoir si le référendum qu'il prévoit est un référendum de consultation ou un référendum de décision »<sup>22</sup>. Il reste que la loi du 4 février 2005 relative au référendum au niveau national ne permet pas de substituer un référendum au vote de la loi par la Chambre. S'agissant du référendum sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui s'est inséré entre les deux votes de la Chambre exigés par l'article 59 de la Constitution, le Conseil d'Etat a logiquement estimé qu'il ne pouvait s'agir que d'un référendum consultatif<sup>23</sup>.

On peut néanmoins se demander quelle serait la position de la Cour Constitutionnelle si elle était saisie à titre préjudiciel d'une loi adoptée par la Chambre suite à un référendum positif au niveau national. La Cour devrait-elle se déclarer incompétente face à l'expression directe de la souveraineté nationale,

---

<sup>18</sup> En l'espèce l'arrêté grand-ducal du 30 novembre 1944 sur le service militaire et les arrêtés grand-ducaux du 4 juillet 1945 et 16 mars 1945 sur la levée de certaines classes. Cour Supérieure de Justice, 6 mars 1948, *Pas. lux.* 14, p. 362.

<sup>19</sup> *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 145.

<sup>20</sup> En ce sens *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 255.

<sup>21</sup> Cf. la modification du 25 octobre 2007 et la version consolidée du même jour, Mémorial A n° 206 du 26 novembre 2007.

<sup>22</sup> Voir en ce sens P. MAJERUS, *L'Etat luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> éd. 1990, p. 135.

<sup>23</sup> Cf. son avis du 22 mars 2005, n° 46.892, Doc. 5443, p. 2.

comme le fait le Conseil constitutionnel français, ou peut-elle se prononcer en estimant que formellement la loi émane de la Chambre ? Compte tenu de la nature représentative du régime politique luxembourgeois, la seconde solution semble pouvoir être retenue.

Une catégorie particulière de lois est constituée par les lois portant révision constitutionnelle. Car bien que l'article 114 de la Constitution n'emploie pas le terme « loi » en traitant de la révision de la constitution, en pratique ce sont bien des lois qui sont adoptées selon une procédure spéciale<sup>24</sup>. Le contrôle de leur conformité à la Constitution ne paraît pas de prime abord impossible notamment s'il portait sur le respect des articles 113, 114 et 115 de la Constitution. La constitutionnalité de ce qu'on appelle une révision-adjonction, c'est-à-dire une révision qui introduit une exception à un principe constitutionnel sans pour autant modifier la règle constitutionnelle en cause, paraît également contestable.

Une loi de révision adoptée par voie d'un référendum qui se substitue au second vote de la Chambre ainsi que le permet l'article 114, al.3, constituerait un cas spécifique. Dans cette hypothèse la loi émanerait effectivement de la volonté directe du peuple et ne peut être assimilée à une expression du pouvoir législatif.

Pour ce qui est par contre des lois votées simplement dans les conditions de l'article 114, al. 2, pour fixer le nombre de députés à élire dans chaque circonscription, ainsi que le prévoit l'article 51 (3) de la Constitution, la simple exigence d'une majorité renforcée ne leur fait pas perdre leur nature légale.

On le voit, la détermination exacte de la compétence matérielle de la Cour Constitutionnelle soulève encore quelques questions susceptibles de lui être soumises par voie de question préjudicielle.

## **2. L'exclusion des lois d'approbation de traités**

L'exclusion des lois d'approbation de traités internationaux peut être justifiée pour deux motifs. Le premier tient à la nature même de la loi d'approbation. Ne contenant en règle générale qu'un seul article qui indique qu'est approuvé le traité en question, elle n'a aucun contenu normatif propre<sup>25</sup>. Bien qu'elle se présente formellement comme une loi, on partage donc l'analyse de Pierre Pescatore selon lequel « la loi approbative n'est pas un acte de législation au sens matériel du terme »<sup>26</sup>. Sa substance étant précisément d'origine internationale et déterminée par la voie conventionnelle, le principe de la primauté du droit international sur les normes internes du Grand-Duché fournit ensuite le deuxième argument en faveur de l'exclusion des lois d'approbation du contrôle de constitutionnalité.

On considère ainsi généralement que prévoir la possibilité de mettre en cause un engagement international pour cause d'inconstitutionnalité de sa loi de ratification est

---

<sup>24</sup> Cf. par exemple la loi du 24 octobre 2007 portant révision de l'article 16 de la Constitution, Mémorial A n° 192 du 29 octobre 2007.

<sup>25</sup> Cf. M. THEWES, « La Constitution luxembourgeoise et l'Europe », *Ann. Dr. Lux.* 1992, p. 66.

<sup>26</sup> P. PESCATORE, « L'autorité, en droit interne, des traités internationaux », *Pas. Lux.* 1962, p. 97.

inopportun car cela risque d'engager la responsabilité de l'Etat sur le plan international. L'existence d'un contrôle *a priori* par le Conseil d'Etat peut alors être tenu pour suffisant.

Si les traités sont donc exclus du contrôle *a posteriori* de leur constitutionnalité, faut-il pour autant en déduire que cette exclusion vaut aussi pour les actes adoptés sur la base de ces traités et notamment pour les lois transposant les directives communautaires ? Cela resterait encore à démontrer.

### **3. Le sort réservé aux lois de transposition de directives communautaires**

Les lois d'approbation de traités étant expressément exclues du contrôle de constitutionnalité, la Cour Constitutionnelle ne sera donc pas amenée à se prononcer sur la question d'un conflit entre les traités fondateurs de l'Union européenne et la Constitution. Qu'en est-il par contre d'une loi portant transposition d'une directive communautaire ou d'une décision-cadre ? Leur constitutionnalité peut-elle être mise en cause devant la Cour Constitutionnelle ? Il a été avancé que « de telles lois devraient échapper au contrôle de constitutionnalité (...) et cela en vertu de la primauté du droit communautaire »<sup>27</sup>.

Il faut néanmoins distinguer deux situations. Si l'inconstitutionnalité invoquée relève de la procédure législative, la Cour est *a priori* compétente<sup>28</sup>. Si le problème tient au contenu de la loi, plusieurs cas de figure peuvent encore se présenter : ou bien la loi de transposition se borne à transcrire fidèlement les objectifs de la directive, ou bien elle s'en écarte. Une loi qui ne fait que transposer en droit interne les dispositions d'une directive devrait alors échapper au contrôle de constitutionnalité<sup>29</sup>. Sinon la Cour serait amenée à se prononcer indirectement sur la validité d'une norme de droit communautaire dérivé. Pour ce qui est des dispositions législatives contenues dans une loi de transposition qui s'écartent ou vont au-delà des prescriptions de la directive, il semble que la théorie des actes détachables peut fournir la solution au cas par cas<sup>30</sup>.

En attendant une future prise de position de la Cour Constitutionnelle, il paraît prématuré d'admettre une immunité constitutionnelle de principe des lois de transposition en droit luxembourgeois car la Constitution ne contient aucune disposition comparable à l'article 88-1 de la Constitution française dont on sait que le Conseil constitutionnel en déduit l'obligation constitutionnelle de transposer.

---

<sup>27</sup> Voir G. REILAND et G. WIVENES, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *Pas. lux.* 1997 n° 2, p. 39. Voir aussi G. WIVENES, *Le droit européen et les constitutions nationales, Rapport luxembourgeois*, FIDE 2002, p. 21.

<sup>28</sup> En ce sens également G. REILAND et G. WIVENES, *ibid.*, p. 40.

<sup>29</sup> La même remarque peut être faite par rapport aux dispositions législatives prises en application de règlements communautaires. Cf. J.-Ph. KOVAR, « Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Europe*, février 2007, p. 4.

<sup>30</sup> Cf. *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 576.

### III. Le cadre de référence

Le cadre de référence du contrôle de la constitutionnalité des lois est constitué des normes auxquelles la Cour se réfère lorsqu'elle effectue son contrôle. Dans la mesure où il s'agit d'un examen de conformité à « la Constitution », c'est cette dernière qui semble à elle seule former le cadre de référence complet à l'exclusion de toute autre norme. Reste de savoir ce qu'il faut entendre dans ce contexte par « la Constitution » et s'il faut réellement exclure toute incidence de normes extra-constitutionnelles pour ne pas dire supra-constitutionnelles.

#### 1. La Constitution

En se référant à « la Constitution », le juge constitutionnel doit-il se tenir à l'esprit ou à la lettre de celle-ci ? Dans certains cas une interprétation littérale de la Constitution peut s'imposer. Il en va notamment ainsi lorsqu'il s'agit d'un droit fondamental tel que le droit de propriété dont la Cour a dit à juste titre que « toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte »<sup>31</sup>. Dans d'autres cas le juge peut être amené à dépasser l'approche purement littérale pour se tenir à l'esprit de la disposition concernée. Il y sera contraint lorsque le texte constitutionnel pêche par manque de précision. Car bien qu'il soit souhaitable qu'une Constitution contienne « des concepts clairs permettant à la Cour Constitutionnelle d'en contrôler l'application sans être tenue d'y apporter elle-même une définition »<sup>32</sup>, elle y sera bien obligée dans le cas contraire.

Au-delà du strict libellé de la Constitution, le juge constitutionnel peut donc en extraire des « principes constitutionnels » ou des « exigences constitutionnelles de base ». Ainsi, dans son arrêt n° 12/02 du 22 mars 2002, la Cour a dit pour droit que l'article 14 de la Constitution disposant laconiquement que « nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi » implique les principes de la spécification de l'incrimination et celui de la rétroactivité de la loi la plus favorable. De même la Cour a consacré le principe constitutionnel du domaine réservé (arrêt n° 18/03 du 21 novembre 2003) et le principe constitutionnel de l'égalité (arrêt n° 13/02 du 17 mai 2002). Certes, on pourrait objecter que ce sont là des principes qui trouvent leur fondement dans le texte même de la Constitution. Il reste que l'affirmation d'un principe constitutionnel à partir du texte de la Constitution permet précisément de donner à ce dernier une plus grande portée.

Peut-on aller plus loin et admettre en marge des textes constitutionnels la naissance d'une coutume constitutionnelle qui compléterait le cadre de référence du contrôle de constitutionnalité ? Le Conseil d'Etat s'est cru autorisé à reconnaître « qu'un état de droit ayant persisté chez nous depuis plus d'une centaine d'années puisse être

---

<sup>31</sup> Arrêt 16/03 du 7 février 2003, Mémorial A n° 31 du 28 février 2003, p. 510.

<sup>32</sup> En ce qui concerne la formulation des droits fondamentaux et notamment l'article 11 de la Constitution, cf. *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 43-44.

constitutif d'une coutume constitutionnelle »<sup>33</sup>. Au besoin, la Cour Constitutionnelle pourrait donc suivre cette voie. Il demeure qu'une coutume ne peut en aucun cas intervenir *contra legem*. Une question préjudicielle portant sur la conformité d'une loi par rapport à une hypothétique coutume constitutionnelle risque en outre d'être déclarée irrecevable si elle n'indique pas par ailleurs avec précision une disposition constitutionnelle sur laquelle elle porte.

En ce qui concerne un objectif de valeur constitutionnelle figurant dans la Constitution, on a fait remarquer qu'il « s'impose au législateur mais il n'est pas considéré comme directement justiciable »<sup>34</sup>. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse être pris en compte au titre du contrôle de la constitutionnalité d'une loi.

En dernière analyse ce doit être la Constitution au sens le plus large et telle qu'interprétée par la Cour Constitutionnelle qui constitue le cadre de référence de son contrôle.

## **2. Quelle version textuelle rationae temporis ?**

Reste la question intéressante de savoir à quel moment doit se situer le juge constitutionnel pour opérer son contrôle. Doit-il se prononcer par rapport au texte constitutionnel applicable au moment de l'entrée en vigueur de la disposition légale litigieuse ou, dans l'hypothèse d'une révision constitutionnelle intervenue entre-temps, par rapport au texte constitutionnel tel qu'il se présente à lui au moment où il statue ?

La formulation de l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005, pourrait donner l'impression que la Cour Constitutionnelle ait tranché cette question en optant pour la première solution. Elle y dit en effet que « l'article 18 (2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 n'a pas respecté le pouvoir exclusif de réglementation attribué au Grand-Duc par l'article 36 de la Constitution telle qu'elle était en vigueur avant les modifications introduites par la loi du 19 novembre 2004 ». Faut-il alors considérer que le contrôle de la constitutionnalité de la loi est par principe entrepris par rapport à la disposition constitutionnelle en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la loi ?

Les auteurs du précieux *Commentaire de la Constitution* élaboré au sein du Conseil d'Etat ont interprété l'arrêt n° 28/05 en ce sens, affirmant : « c'est le texte constitutionnel applicable au moment de l'entrée en vigueur de la disposition légale critiquée qui constitue la norme de référence dans le cas d'espèce considéré »<sup>35</sup>. Ils ont été suivis dans cette analyse par la Cour administrative qui a estimé dans un arrêt du 30 janvier 2007 que « le contrôle de la constitutionnalité de la loi (est) opéré

---

<sup>33</sup> Cf. l'avis du 9 avril 1952 cité in *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 192.

<sup>34</sup> Cf. l'avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006 cité in *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 43.

<sup>35</sup> Voir *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 326, note 769.

par rapport à la disposition constitutionnelle en vigueur au moment de l'entrée en vigueur de la loi »<sup>36</sup>.

Nous ne pensons pas que la Cour Constitutionnelle ait voulu signifier cela lorsqu'elle a rendu l'arrêt n° 28/05. Il nous semble au contraire que dans le système de contrôle de la constitutionnalité des lois sur renvoi préjudiciel, tel qu'il a été instauré au Luxembourg, le choix du moment pertinent pour opérer le contrôle appartient en bonne logique au juge de renvoi. Sa question préjudicielle a trait à une situation juridique litigieuse qui se situe par définition postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi critiquée mais antérieurement à la saisine de la Cour Constitutionnelle. Pour lui, il s'agit simplement de faire vérifier si la loi en question est applicable aux faits litigieux c'est-à-dire si elle a été conforme à la Constitution au moment de la survenance de ceux-ci. Dans son arrêt n° 9/00 du 5 mai 2000 la Cour Constitutionnelle constate ainsi très correctement qu'elle est « chargée du contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois applicables à la situation juridique concrète au moment du litige particulier ». Il se peut, comme cela s'est produit dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 28/05, que la Constitution ait fait l'objet d'une révision entre le moment du litige concret et la date de saisine de la Cour Constitutionnelle. Dans ce cas, le juge de renvoi doit en effet poser sa question en se référant à la disposition constitutionnelle telle qu'elle était libellée avant la révision<sup>37</sup>.

Que la Cour Constitutionnelle effectue ensuite son contrôle en se situant elle aussi au moment du litige particulier ne signifie donc pas pour autant que le contrôle soit opéré par rapport à la norme constitutionnelle telle qu'elle fut libellée au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Cette interprétation serait par ailleurs inconciliable avec le principe de la hiérarchie des normes, car si le contrôle devait toujours se faire par rapport au texte constitutionnel en vigueur au moment de l'adoption de la loi, une révision constitutionnelle entreprise pour surmonter un arrêt constatant la non-conformité d'une loi ne serait pas en mesure de produire cet effet et par conséquent la norme constitutionnelle ne serait plus supérieure à la norme législative<sup>38</sup>.

### **3. L'incidence de normes supra-constitutionnelles**

En effectuant son contrôle, la Cour peut-elle se fonder sur d'autres normes de référence que celles contenues dans la Constitution ? Par l'introduction d'un renvoi au droit naturel, la Constitution luxembourgeoise semble l'y inviter. En disposant que « l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille », le libellé de l'article 11 (3), qui date de la révision du 21 mai 1948, a introduit dans la Constitution, texte de droit positif, un concept juridique particulièrement flou et a ainsi

---

<sup>36</sup> Cf. CA, 30 janvier 2007, 20688C, p. 6.

<sup>37</sup> Ce qui explique précisément pourquoi la décision de renvoi rendue par le conseil de discipline du Collège médical se réfère à « l'article 36 ancien de la Constitution ».

<sup>38</sup> Nous pensons bien évidemment à la révision de l'article 16 de la Constitution suite à l'arrêt 16/03 du 7 février 2003 de la Cour constatant la non-conformité des articles 28 et 32 de la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

ouvert la porte à des interprétations imprévisibles<sup>39</sup>. Il faut alors saluer la position de la Cour Constitutionnelle, qui a adopté une interprétation prudente conforme au devoir du *judicial self-restraint*.

Certes, la Cour admet dans son arrêt n° 2/98 que « le droit naturel est celui découlant de la nature humaine et existe, même sans texte de loi » et semble ainsi reconnaître l'existence de droits supra-constitutionnels au-delà des droits fondamentaux énumérés. En ce qui concerne le contenu de cette catégorie des droits naturels, elle a précisé qu'ils comprennent notamment « le droit à la procréation et à la Communauté de vie » avant d'indiquer dans son arrêt n° 20/04 du 28 mai 2004 que « le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté ». On pourrait alors se demander si l'évocation constitutionnelle des droits naturels n'offre pas la possibilité de faire entrer par ce biais des standards européens et internationaux de protection des droits fondamentaux qui s'intégreraient ainsi parmi les normes de référence.

#### **4. L'impact éventuel du droit conventionnel international et européen**

Dans la mesure où le droit international et le droit constitutionnel consacrent parfois les mêmes droits fondamentaux en termes similaires, sinon identiques, la dissociation du contrôle de la constitutionnalité des lois de celui de leur conventionnalité n'est pas sans risque pour la cohérence de l'ordre juridique interne. La Constitution luxembourgeoise ne déterminant pas par ailleurs la place du droit international dans la hiérarchie des normes internes, tant la jurisprudence que la doctrine s'accordent pour reconnaître la primauté du droit international qualifié d'une « essence supérieure »<sup>40</sup>. Bien que le droit international ne fasse pas, pour autant, partie du « bloc de constitutionnalité », il pourrait néanmoins exercer une certaine influence sur la lecture de la Constitution.

Tenant compte de la primauté du droit international ainsi que de l'inspiration moniste de la Constitution, la Cour Constitutionnelle pourrait avoir intérêt à consacrer une obligation d'interprétation conforme des dispositions constitutionnelles qui correspondent en substance à des droits fondamentaux consacrés notamment par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>41</sup>. Cela lui permettrait d'éviter à l'avenir que le Luxembourg soit condamné par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de la violation de la Convention par l'application juridictionnelle d'une disposition législative qu'elle avait auparavant jugée conforme à la Constitution<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Voir le commentaire de cette disposition in *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 58.

<sup>40</sup> Cf. *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, p. 564 ss. spéc. p. 568.

<sup>41</sup> La même chose vaudra par rapport à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lorsqu'elle aura acquis une valeur contraignante suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

<sup>42</sup> Cf. l'arrêt 2/98 du 13 novembre 1998 et l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*. Voir sur cette affaire P. KINSCH, « La condamnation du Luxembourg pour non-reconnaissance d'une adoption péruvienne et ses effets sur le droit

## IV. La saisine de la Cour

La saisine de la Cour Constitutionnelle ne peut intervenir que par voie de question préjudicielle posée par une juridiction devant laquelle se pose la question de la conformité à la Constitution d'une disposition législative applicable au litige concret. D'après l'article 6 de la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle, une juridiction est en principe tenue de saisir la Cour lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution. S'il estime qu'une telle question est nécessaire pour rendre son jugement, il peut également la soulever d'office. Afin de cerner les conditions dans lesquelles la Cour Constitutionnelle peut être saisie, il convient de faire état des précisions que celle-ci a elle-même apportées sur trois points essentiels : la notion de juridiction, le rôle des parties et les conditions de recevabilité des questions préjudicielles.

### 1. Les juridictions habilitées à poser des questions préjudicielles

La question de savoir si la compétence de saisir la Cour Constitutionnelle appartient à « toute juridiction », ainsi que l'affirme l'article 95ter de la Constitution, ou aux seules juridictions « de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif », comme l'indique l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997, a du finalement être tranchée par la Cour elle-même. Elle a préféré ouvrir son prétoire le plus largement possible alors même que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle avait indiqué dans son rapport que « le renvoi n'est possible que s'il est fait par une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif et non pas par une autre instance, par exemple un collège arbitral »<sup>43</sup>.

Ont ainsi été déclarées recevables des saisines émanant d'une juridiction d'instruction telle que la chambre du conseil de la Cour d'appel (arrêt n° 37/06) et des juridictions sociales que sont le Conseil arbitral des assurances (arrêt n° 9/00) et le Conseil supérieur des assurances sociales (arrêt n° 12/02).

En se basant sur l'article 95ter de la Constitution, la Cour n'a apparemment éprouvé aucune difficulté à admettre également des renvois de la part d'instances qui ne peuvent en aucun cas être considérées comme juridictions ni de l'ordre judiciaire ni de l'ordre administratif, à savoir le Conseil disciplinaire et administratif d'appel des ordres des avocats (arrêts n°s 23/04 et 24/04) et le Conseil de discipline du Collège médical (arrêt n° 28/05). N'a-t-elle pas ainsi admis, au moins implicitement, que l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 n'est pas conforme à l'article 95ter de la Constitution ?

En absence de définition de la notion de juridiction dans les textes institutifs de la Cour Constitutionnelle, il ne semble pas interdit de s'inspirer de la définition de la juridiction au sens de l'article 234 CE qui résulte d'un faisceau d'indices développé par la Cour de justice à savoir « l'origine légale de l'organe, sa permanence, le

---

(international) privé luxembourgeois. Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 juin 2007 », *Pas. lux.* T. 33, p. 225 ss.

<sup>43</sup> Cf. le rapport du 20 juin 1997, doc. parl. n° 4218<sup>9</sup>, p. 10.

caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application (...) des règles de droit, ainsi que son indépendance »<sup>44</sup>. Bien que cette notion communautaire ait été développée pour dépasser la diversité des définitions nationales, elle est susceptible d'inspirer la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle.

Bien que l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 instaure une obligation de renvoi lorsqu'une partie soulève une question de conformité d'une loi à la Constitution, les trois cas de dispense énoncés par son deuxième alinéa relativisent très fortement la portée de cette obligation et accordent une grande marge de manœuvre aux juridictions ordinaires. Le juge *a quo* peut en effet s'en dispenser s'il estime qu'une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement, que la question est dénuée de tout fondement, ou que la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet. On peut penser que la méthode d'interprétation conforme permet également de faire l'économie d'un renvoi préjudiciel. Y a-t-il d'autres motifs de dispense invocables par une juridiction réticente au renvoi ? La position prise par la Cour de cassation belge dans son arrêt *Vlaams Blok* du 9 novembre 2004 est intéressante à cet égard. Elle a en effet invoqué la primauté de la CEDH sur la Constitution pour fonder un devoir du juge d'interpréter et d'appliquer en premier lieu la CEDH et pour arriver à la conclusion qu'elle n'était donc pas tenue de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage. Un tel « refus de renvoi préjudiciel pour cause de primauté de la CEDH »<sup>45</sup> apparaît tout à fait transposable en droit luxembourgeois.

En cas de refus d'un juge de poser une question préjudicielle les parties au procès originaire ne disposent d'aucune voie de recours spécifique. La loi précise seulement que « aucun recours n'est possible » contre la décision de poser une question préjudicielle. Dans le cas inverse, ce n'est que dans le cadre d'un appel ou d'un pourvoi en cassation que la question pourra être soulevée de nouveau<sup>46</sup>.

## 2. Le rôle des parties

Les parties sont admises à conclure et à plaider devant la Cour Constitutionnelle. Le principe du contradictoire s'y applique donc normalement. Il ne s'agit cependant que des seules parties au procès originaire. Toute intervention au nom du gouvernement ou de la Chambre des députés qui pourraient avoir un intérêt à intervenir en faveur de la loi dont la conformité à la Constitution est contestée a été écartée<sup>47</sup>. En tant que parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle, elles ont la possibilité de déposer des conclusions qui pourront toutefois être écartées pour cause de tardiveté (arrêt n° 19/04 du 30 janvier 2004).

---

<sup>44</sup> CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, Rec. I-4961.

<sup>45</sup> Cf. B. GORS, « Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution », *RBDC* 2005, p. 507.

<sup>46</sup> Cf. à titre d'exemple l'arrêt de la Cour administrative du 8 septembre 2005, n° 18809C.

<sup>47</sup> Voir sur ce point le rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 20 juin 1997, doc. parl. N°4218<sup>9</sup>, p. 6.

La Cour Constitutionnelle veille strictement à consigner le rôle des parties à celui qui leur est accordé par la loi. Elle écarte ainsi la recevabilité de questions additionnelles posées directement par les parties (arrêt n° 40/07 du 25 mai 2007). En se fondant sur l'alinéa (2) de l'article 95ter de la Constitution, qui réserve aux juridictions le droit de saisir à titre préjudiciel la Cour Constitutionnelle suivant les modalités à établir par la loi, elle exclut en outre toute intervention volontaire, estimant que « ni la Constitution, ni la loi du 27 juillet 1997 portant organisation d'une Cour Constitutionnelle ne prévoient la saisine directe de la Cour par une partie, fût-ce à titre d'intervention » (arrêt n° 17/02 du 7 mars 2003).

### **3. Les conditions de recevabilité des questions**

A la lecture des arrêts rendus jusqu'en décembre 2007, trois conditions distinctes et cumulatives de la recevabilité des questions préjudicielles semblent se dégager. Elles tiennent à l'objet même de la question, à son degré de précision ainsi qu'à la présence d'éléments communs permettant à la Cour de confronter la disposition légale à la Constitution.

L'objet de la question doit être la conformité d'une loi « applicable à la situation juridique concrète au moment du litige particulier » à la Constitution, à l'exclusion « de tout moyen de forme ou de fond tenant au procès originaire » (arrêt n° 09/00, du 5 mai 2000). La Cour entend donc se limiter à un contrôle abstrait de la conformité.

L'exigence de précision en ce qui concerne la formulation des questions résulte explicitement des conditions de formulation prescrites par la loi du 27 juillet 1997. L'article 8 prévoit en effet que la question indique « avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte ». La Cour vérifie scrupuleusement si cette formalité est respectée et le constate régulièrement au début de sa motivation. Elle écarte par conséquent toute question qui ne vise pas explicitement une disposition législative et une disposition constitutionnelle (arrêt n° 2/98 du 13 novembre 1998).

Alors que la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle estimait que « rien n'empêche (la Cour Constitutionnelle) de prendre en considération également d'autres dispositions constitutionnelles pour rendre son arrêt ; elle n'est, sur ce point, pas liée par la décision de renvoi »<sup>48</sup>, la Cour n'a pas suivie cette voie. Elle a au contraire décidé qu'elle « n'est pas habilitée à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi » (arrêt n° 37/06 du 17 novembre 2006). Tout au plus il arrive à la Cour d'ajouter « au besoin » l'article 111 à l'article 10 bis, seul invoqué en étendant ainsi l'application du principe d'égalité à des étrangers (arrêts n°s 29-33/06 du 7 avril 2006). En cas de « lecture erronée du texte » de loi par le juge de renvoi elle se permet aussi, le cas échéant, de procéder à la reformulation d'une question (arrêt n° 20/04 du 28 mai 2004).

La présence d'éléments communs constitue la dernière condition de la recevabilité des questions préjudicielles. La Cour estime en effet que les articles de la loi

---

<sup>48</sup> Voir son rapport du 20 juin 1997, doc. parl. N°4218<sup>9</sup>, p. 11.

litigieuse et de la Constitution doivent contenir des « éléments communs susceptibles de se prêter à un examen de conformité » (arrêt n° 10/00 du 8 décembre 2000). Cette position peut paraître trop restrictive en ce qu'elle exclut l'hypothèse d'une lacune dans le texte législatif qui pourrait s'avérer contraire à la Constitution. On partage ainsi tout à fait l'opinion du Tribunal administratif qui a jugé qu'une juridiction saisie « n'est pas dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle (...) si une disposition légale apparaît comme susceptible d'être déclarée non conforme à la Constitution par la juridiction suprême non seulement lorsqu'elle contrevient positivement à la loi fondamentale, mais encore dans l'hypothèse où elle contient une lacune de nature à la constituer en texte inégalitaire, notamment au regard des dispositions de l'article 10bis, sinon le cas échéant de l'article 111 de la Constitution »<sup>49</sup>.

Dans la mesure où il s'agit précisément d'une décision de renvoi qui n'a pas été jugée irrecevable par la Cour Constitutionnelle (arrêt n° 14/02 du 6 décembre 2002) celle-ci semble donc partager désormais cette vision. On peut par ailleurs déceler un changement d'attitude de la Cour qui ne conclut plus désormais dans un tel cas à l'irrecevabilité, mais à la non affectation d'une disposition légale par l'article pertinent de la Constitution (arrêt n° 24/04 du 3 décembre 2004). Il reste que sa position stricte en ce qui concerne la recevabilité des questions préjudicielles entraîne des conséquences sur la nature du contrôle opéré.

## **V. La nature du contrôle effectué**

De manière quelque peu provocatrice on peut se demander si le contrôle exercé n'est pas trop pointu et trop abstrait.

### **1. Un contrôle exercé de manière étroite pour ne pas dire pointue ?**

La fonction attribuée à la Cour Constitutionnelle par la Constitution est de statuer sur la conformité des lois à la Constitution. Si son contrôle devrait donc logiquement porter sur la loi entendue comme norme de portée générale et issue de la procédure législative, la pratique de la procédure du renvoi préjudiciel aboutit en fait à un contrôle non pas de la loi dans son ensemble mais des seules dispositions législatives indiquées par les questions préjudicielles dont elle est saisie. La Cour ne statue en effet que sur les seules questions portant précisément sur la conformité d'une disposition législative donnée à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles évoquées par la juridiction de renvoi.

Cette position est cohérente avec sa fonction. Saisie par la voie préjudicielle des seules questions de la constitutionnalité d'une disposition législative soulevée devant le juge de renvoi, elle ne statue pas à vrai dire sur la constitutionnalité de la loi dans son ensemble mais seulement sur celle de la disposition applicable au litige. Son contrôle ne s'effectue que sur la seule question de conformité d'une disposition législative à la Constitution qui conditionne l'arrêt ou le jugement à rendre par la

---

<sup>49</sup> Arrêt du 13 mai 2002, n° 14245.

juridiction de renvoi. Cette position est toutefois regrettable car la Cour s'interdit ainsi de prendre en compte la Constitution dans son ensemble et de procéder à une interprétation systématique de celle-ci.

## **2. Un contrôle abstrait à déclenchement concret ?**

Bien que la loi du 27 juillet 1997 ne l'y contraigne pas, et qu'elle soit saisie par un juge de renvoi confronté à une situation juridique concrète, la Cour Constitutionnelle exerce son contrôle de manière abstraite. Elle semble ainsi faire écho à l'article 24 de la proposition de loi initiale qui disposait que la Cour, qui statue par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution « n'a pas égard aux faits de la cause. Elle se prononce de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déférées ».

Suite à l'opposition formelle du Conseil d'Etat, cette dernière précision avait toutefois été écartée du texte de la loi. Le Conseil avait en effet relevé que « le cadre factuel peut avoir son incidence pour dire en quelles hypothèses un texte de loi peut être considéré comme étant conforme ou non à la Constitution » même s'il reconnaissait que « très probablement, dans la plupart des affaires, la Cour Constitutionnelle sera amenée à se prononcer de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déférées ».

Le caractère abstrait du contrôle est cependant quelque peu brouillé en raison des effets attachés aux arrêts de la Cour. Ses arrêts n'ont en principe qu'un effet relatif de la chose jugée. En vertu de l'article 15 de la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle, « La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour ». Les juges du fond étant cependant dispensés de poser une question préjudicielle si « la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet », un arrêt peut dépasser ainsi l'effet *inter partes* au sens strict. On parlera alors d'un « effet relatif élargi »<sup>50</sup> renforcé par le fait que les arrêts sont publiés intégralement au Mémorial.

Cependant, il demeure que « la déclaration de non-conformité d'une loi à la Constitution laisse subsister cette loi dans l'ordonnement juridique (...) c'est seulement l'application dans le litige de la disposition invalidée qui est paralysée par la déclaration de non-conformité arrêtée par la juridiction compétente à cette fin »<sup>51</sup>. La déclaration de non-conformité à la Constitution suite à un contrôle abstraitement effectué ne produit donc dans un premier temps que des effets dans un litige concret. En dernière analyse, il appartiendra au législateur de remédier à cette situation en modifiant la loi en question ou en procédant à une révision de la Constitution selon la procédure prévue par l'article 114 de celle-ci. Force est de constater qu'il n'y est pas tenu.

---

<sup>50</sup> Cf. CA, 30 janvier 2007, 20688C, p. 6.

<sup>51</sup> Cf. CA, 30 janvier 2007, 20688C, p. 6.

Pour conclure nous formulerons simplement le souhait que la Cour constitutionnelle laisse derrière elle sa timidité initiale, au compte de laquelle sont à mettre certaines des solutions jurisprudentielles pointées ci-dessus, lesquelles risquent à terme de créer une certaine déception auprès des juges de renvoi. Force est en effet de constater qu'aussi bien la Constitution que sa loi organique lui permettraient d'aller plus loin dans sa tâche et de s'affirmer ainsi comme le véritable gardien de la Constitution.



# Droit de propriété et expropriation

Georges RAVARANI

Le propre de la jurisprudence étant de ne se construire qu'à partir de cas concrets<sup>1</sup>, elle reste nécessairement lacuneuse tant que les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur des questions qui se posent mais n'ont pas encore été portées devant eux. Ceci est d'autant plus vrai d'une juridiction nouvelle qui n'a tout simplement pas encore eu le temps nécessaire et n'a pas été saisie d'un nombre suffisant de litiges pour pouvoir bâtir une véritable jurisprudence.

L'on ne saurait partant exiger que la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise, qui a rendu jusqu'à l'heure actuelle en tout et pour tout une quarantaine d'arrêts, dont 5 ont trait au droit de propriété, ait développé une jurisprudence exhaustive concernant la protection constitutionnelle du droit de propriété et ses limites. D'autre part cependant, on aurait tort de méconnaître l'impact des quelques arrêts rendus en la matière: ils ont en effet amené le constituant à opérer une modification de la Constitution.

On passera partant en revue, dans une première partie, les questions d'ores et déjà résolues en la matière par la Cour Constitutionnelle, avant de s'aventurer brièvement dans la prospective des questions susceptibles de se poser à l'avenir.

## I. Les questions résolues

Pour mieux apprécier l'apport des arrêts rendus par la Cour Constitutionnelle en la matière, il importe de jeter au préalable un coup d'œil sur les antécédents internationaux – constitutionnels et conventionnels – et nationaux relatifs à la protection du droit de propriété

### 1. Les antécédents internationaux et nationaux

#### a) *Les Constitutions étrangères*

Depuis les grands textes fondateurs de nos régimes juridiques occidentaux, le droit de propriété a constamment été considéré comme un droit fondamental et la privation de la propriété privée par les pouvoirs publics comme exceptionnelle.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 place, en son article 2, la propriété au cœur même des raisons d'être de toute société: "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.*"

---

<sup>1</sup> En tout cas dans notre système de saisine des tribunaux où ils ne sont pas autorisés à s'exprimer moyennant des avis.

Dès la Constitution française des 3-14 septembre 1791, le citoyen fut protégé contre une expropriation arbitraire: *"La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité."*

La Constitution néerlandaise de 1815, qui s'appliquait sur le territoire luxembourgeois entre 1815 et 1841, disposait dans son article 14: *"La paisible possession et jouissance de ses propriétés sont garanties à chaque habitant. – Personne ne peut en être privée que pour cause d'utilité publique dans les cas et de la manière à établir par la loi et moyennant une juste indemnité."*

Les constituants belges de 1831, adversaires des déclarations de principe, se sont gardés d'affirmer des droits théoriques. Sans même affirmer l'existence du droit de propriété, ils se sont contentés d'en organiser la protection contre les atteintes du pouvoir<sup>2</sup>. La Constitution belge de 1831 prévoyait que *"nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité."*

Parmi les Constitutions modernes, on peut citer la Constitution espagnole qui dispose que nul ne peut être privé de ses biens et de ses droits, si ce n'est pour un motif justifié d'utilité publique ou d'intérêt social, moyennant une indemnisation appropriée et en conformité avec les dispositions de la loi.

La Constitution italienne prévoit que la propriété privée peut être expropriée, dans les cas prévus par la loi et sous réserve d'indemnisation, pour des motifs d'intérêt général.

La Constitution néerlandaise actuelle renvoie à une indemnité préalablement garantie, le tout suivant des prescriptions à établir par la loi ou en vertu de la loi, tout en précisant que l'indemnité ne doit pas être préalablement garantie si, en cas d'urgence, l'expropriation s'impose immédiatement.

La Loi fondamentale allemande prévoit dans son article 14, paragraphe 3, que l'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En disposant dans une formule qui n'a d'égale dans sa concision – *"Eigentum verpflichtet"*<sup>3</sup> – la Constitution allemande laisse encore apparaître une autre idée de la propriété que celle du droit qu'un individu exerce sur une chose, à savoir celle de sa fonction sociale. La propriété doit être utilisée à l'avantage du particulier, mais en tenant compte aussi de l'intérêt général.

La Constitution belge actuelle a maintenu à l'identique le texte relatif à l'expropriation tel qu'il figurait dans la Constitution de 1831.

---

<sup>2</sup> P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, tome I<sup>er</sup>, Bruylant n° 172, 1952, p. 286.

<sup>3</sup> Loi fondamentale allemande, art. 14, al. 4.

En France, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à laquelle se réfère la Constitution du 4 octobre 1958, et à laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle, constitue le texte constitutionnel protégeant la propriété privée.

La Constitution luxembourgeoise, à l'instar de son modèle belge copié littéralement, n'envisage le droit de propriété que dans son aspect négatif. Sans affirmer directement l'existence du droit de propriété, elle dispose en effet dans son article 16 que nul ne peut être privé de sa propriété que sous certaines conditions.

Concernant plus particulièrement le **caractère préalable** de l'indemnité, seules les Constitutions française et belge prévoient une indemnité préalable en matière d'expropriation. Mais loin de s'en tenir à une interprétation littérale des textes respectifs régissant la matière, les juridictions de ces pays ont réussi à «sauver» des mécanismes qui, à vrai dire, n'organisent pas une indemnisation de l'exproprié préalablement à sa déposssession.

En France, le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit une procédure de droit commun, une procédure d'urgence et une procédure d'extrême urgence. La procédure est divisée en deux phases, la première, administrative, aboutissant à la déclaration d'utilité publique et une seconde, judiciaire, en fixation de l'indemnité. L'envoi en possession a lieu dès que la totalité de l'indemnité provisionnelle est consignée ou payée. Dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, la loi autorise la prise de possession, par l'expropriant, même sans procédure d'indemnisation judiciaire préalable en cas de constatation d'utilité publique de travaux intéressant la défense nationale.

Le Conseil constitutionnel interprète de manière souple le respect de la condition de paiement préalable de l'indemnité. C'est ainsi qu'il a estimé que *"il suffit qu'au jour du transfert, l'échange entre le bien transféré et l'indemnité ont lieu pour l'essentiel; des indemnités provisionnelles portant sur l'essentiel sont donc possibles en attendant l'indemnisation définitive."*<sup>4</sup> Dans le cadre de la procédure d'extrême urgence, où la prise de possession par la collectivité peut avoir lieu après le paiement provisionnel d'une somme égale à l'évaluation du service des domaines ou à l'offre de l'autorité expropriante si celle-ci est supérieure, sans intervention d'une décision judiciaire, il a encore estimé que l'octroi par la collectivité expropriante d'une provision représentative de l'indemnité due n'est pas incompatible avec le respect de l'exigence du caractère préalable et juste de l'indemnité, dès lors que celle-ci couvre l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain, causé par l'expropriation et qu'en cas de désaccord sur la fixation du montant de l'indemnisation, l'exproprié dispose d'une voie de recours appropriée<sup>5</sup>.

En Belgique, la loi organise deux procédures d'expropriation, la procédure de droit commun, presque jamais appliquée en pratique, et la procédure d'extrême urgence instaurée par une loi du 26 juillet 1962, devenue en fait la procédure de droit

---

<sup>4</sup> F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, Economica, Paris, 1987, p. 288.

<sup>5</sup> Décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989.

commun. Dans le cadre de cette procédure, l'arrêté qui décide du recours à cette procédure est en général le même que celui qui décide de l'expropriation et qui constate que la prise de possession immédiate des emprises concernées est d'utilité publique. Le juge est appelé à statuer dans les 48 heures à la fois sur la régularité de la procédure et sur l'indemnisation provisionnelle revenant à l'exproprié. L'indemnité est fixée par voie d'évaluation sommaire. Le jugement provisionnel transfère le droit de propriété dans le patrimoine de l'expropriant à l'instar d'un acte authentique de vente, mais la possession des lieux n'est concédée qu'après consignation obligatoire de l'indemnité provisionnelle fixée dans le jugement. Dans une phase ultérieure menée de manière normale, l'indemnité définitive revenant à l'exproprié est fixée.

Confronté à la question de la conformité de la procédure d'expropriation d'extrême urgence à la Constitution, le Conseil d'Etat belge a observé que le fait que l'indemnité doive être payée préalablement implique que l'expropriant ne peut être mis en possession du bien exproprié que lorsqu'il s'avère qu'il a versé à l'exproprié l'indemnité fixée par le juge ou qu'il a mis celle-ci à sa disposition. Dans le système de l'expropriation pour extrême urgence, le juge fixe dans un premier jugement par voie d'évaluation sommaire le montant de l'indemnité provisionnelle. Dès que l'expropriant a déposé ce montant à la caisse des dépôts et consignations, il peut prendre possession du bien exproprié. *"Ce règlement satisfait à l'exigence constitutionnelle de l'indemnité juste et préalable. Même si l'indemnité n'est que provisionnelle, elle peut, en effet, être néanmoins réputée «juste»."*<sup>6</sup>

La Cour de cassation belge a également jugé que les dispositions de la loi sur l'expropriation respectent la condition de l'indemnité préalable en prévoyant le versement d'indemnités provisionnelles par l'expropriant<sup>7</sup>.

La Cour d'arbitrage a estimé à son tour que *"la condition de l'indemnité préalable figurant à l'article 16 de la Constitution n'implique (...) pas que le montant de l'indemnité doive être fixé définitivement et irrévocablement avant la prise de possession."*<sup>8</sup>

Il faut dire que la doctrine apporte quelques fausses notes dans cette étonnante harmonie. Ainsi, le professeur DELPEREE écrit, à propos du caractère préalable de l'indemnité: *"Mais préalable à quoi ? Pour que la règle constitutionnelle soit respectée, il faut que le paiement de l'indemnité précède, non le transfert de propriété, mais la prise de possession du bien."*<sup>9</sup>

#### *b) Les textes conventionnels*

Assez curieusement, la protection du droit de propriété par des conventions internationales apparaît *a priori* comme moins forte que dans les Constitutions des principaux pays européens. Fruit de compromis souvent douloureusement arrachés,

---

<sup>6</sup> Avis n° 36.435/3 du 12 mars 2004 relatif à une proposition de loi modifiant la loi sur l'expropriation du 26 juillet 1962.

<sup>7</sup> Cass. b., 14 décembre 1995, *Pas. b.* 1995, I, 1154.

<sup>8</sup> Arrêt n° 77/94 du 10 octobre 1994, n° 622 du rôle.

<sup>9</sup> F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant n° 244, 2000, p. 252.

les textes portent la marque des idéologies quelquefois inconciliables qui se profilent en arrière-toile. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le droit de propriété.

Un bel exemple est fourni par la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Organisation des Nations Unies en 1948 dispose que *"toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. – Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété."* Le droit à indemnisation en cas d'expropriation n'y est pas mentionné.

Au niveau communautaire, le Traité instituant la Communauté européenne dispose dans son article 295 que le traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les Etats membres. La Cour de justice des Communautés européennes a cependant reconnu au droit de propriété le caractère d'un principe général du droit communautaire<sup>10</sup>.

C'est surtout la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 qui pose problème en la matière. Déjà, la protection du droit de propriété n'a pas été intégrée dans le texte originaire de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais n'a été ajoutée que dans un protocole additionnel signé le 20 mars 1952. Le droit de propriété serait-il un droit fondamental de «seconde zone» ?

L'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel dispose que *"toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. – Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes."* La formulation du texte témoigne de la tentative de conciliation, avec *"d'infinies précautions"*, de l'intérêt du propriétaire et des prérogatives de l'Etat. Le système de la Convention européenne des droits de l'homme laisse aux Etats une large autonomie pour réglementer l'usage de la propriété. Il mérite d'être relevé que le texte en question ne parle ni d'indemnité, ni *a fortiori* d'indemnité juste voire préalable.

Le texte est pendant assez longtemps resté comme enfoui dans les tiroirs de la Cour européenne des droits de l'homme. Ce n'est que depuis un arrêt fondamental du 23

---

<sup>10</sup> C'est ainsi qu'elle fut amenée, dès l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* du 17 décembre 1970 (aff. C-11/70) à préciser que les droits fondamentaux font partie des principes dont la Cour assure le respect; tel est notamment le cas si une atteinte au droit de propriété est invoquée. – Plus tard, la Cour a appliqué l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme (arrêt *Hauer* du 13 décembre 1979, aff. C-44/79). - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce dans son article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>: *"Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer (...)."*

septembre 1982<sup>11</sup> que celle-ci reconnaît le droit du propriétaire de tout bien à ne pas être privé arbitrairement de sa propriété. Selon la Cour, le Protocole apporte une protection contre toute atteinte à la substance du droit de propriété, même s'il ne s'agit pas d'expropriation formelle<sup>12</sup>. Se livrant pour le surplus à un contrôle de proportionnalité, elle recherche si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu<sup>13</sup>.

### c) *Les antécédents nationaux*

Avant même l'avènement de la Cour Constitutionnelle, les tribunaux luxembourgeois ont su se servir des instruments dont ils disposaient pour protéger la propriété privée contre des expropriations injustes.

C'est ainsi que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, se basant sur l'article 95 de la Constitution, a déclaré illégal un règlement communal prévoyant une expropriation sans indemnité au profit d'une commune<sup>14</sup>.

Faisant fruit, d'autre part, de la jurisprudence bien établie depuis 1950 selon laquelle les traités régulièrement approuvés ont une valeur supra-légale<sup>15</sup>, les tribunaux luxembourgeois se basent assez souvent sur les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme pour écarter les dispositions légales jugées contraires à celle-ci.

C'est dans ce contexte qu'une décision a montré du doigt les contradictions dans lesquelles se trouvaient les tribunaux luxembourgeois, avant l'institution d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, du fait qu'ils étaient obligés à contrôler la conventionnalité des lois sans être autorisés à en contrôler la constitutionnalité. Saisi par un notaire qui s'estimait injustement exproprié de sa charge notariale concédée originellement à vie et dont il se vit dépossédé à l'âge de 72 ans par l'effet d'une nouvelle loi qu'il estimait

---

<sup>11</sup> CEDH, 18 décembre 1984, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 7151/75 et 7152/75, série A, n° 52.

<sup>12</sup> Voir F. SUDRE *et alii*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, P.U.F., 2003, p. 509. Le droit de propriété y est envisagé de manière autonome, s'inspirant des notions française de «propriété» et anglaise de «possession» et couvre *a priori* une multitude de droits et intérêts constituant des actifs. Sont partant protégés par le Protocole additionnel, outre le droit de propriété portant sur un immeuble, ceux portant sur des objets mobiliers corporels, des biens incorporels, voire des créances (F. SUDRE *et alii*, préc., p. 499 et s.). La Cour n'a pas hésité à qualifier des allocations sociales de biens pour écarter une législation qui en réservait le bénéfice aux seuls nationaux (arrêt du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, req. 17371/90 ; JCP 1997, I, 4000, n° 46, obs. F. SUDRE).

<sup>13</sup> Arrêt *Sporrong et Lönnroth*, précité.

<sup>14</sup> Lux. 14 avril 1983, n° 289/83 I.

<sup>15</sup> Cass., 8 juin 1950, *Pas. lux.* 15, p. 41; C.E., 18 juillet 1951, *Pas. lux.* 15, p. 263; Cass., 14 juillet 1954, *Pas. lux.* 16, p. 151 et *J.T.* 1954, p. 695, note P. PESCATORE; C.E., 7 décembre 1978, *Pas. lux.* 24, p. 186; Cass., 17 janvier 1985, *ENGEL / ENGEL*; Cour d'appel, 21 octobre 1987, *SPELLER / WIESNER*; Cass., 14 avril 1994, *Pas. lux.* 29, p. 331; Trib. adm., 25 juin 1997, n°s 9799 et 9800 du rôle, confirmé par Cour adm., 11 décembre 1997, n°s 9805C et 10191C du rôle; Trib. adm., 15 juillet 1997, n° 9436 du rôle; 7 octobre 1997, n° 9585 du rôle; v. encore P. PESCATORE, «La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise», *J.T.* 1953, p. 645.

contraire à l'article 16 de la Constitution et à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a estimé, non sans réalisme, que *"le refus, par le tribunal de vérifier la conformité de la loi à la Constitution aboutirait au résultat pour le moins paradoxal que, pour une même règle, à savoir la prohibition de l'expropriation autrement que pour cause d'utilité publique et moyennant juste et préalable indemnité, contenue dans la Constitution luxembourgeoise ainsi que dans le Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...), les juges devraient à la fois refuser et admettre le contrôle de la conformité d'une loi à cette disposition."*<sup>16</sup> Et le tribunal s'est alors effectivement livré à un contrôle à la fois de la constitutionnalité et de la conventionnalité du texte soumis à son examen. C'est d'ailleurs ce jugement et une poignée d'autres qui ont vraisemblablement amené le pouvoir politique à organiser un contrôle de la constitutionnalité des lois, devant le spectre d'un contrôle tous azimuts par les juges du fond.

C'est sur cette toile de fond que la Cour Constitutionnelle, créée en 1997, a été appelée dès l'an 2000 à se prononcer sur le droit de propriété et l'expropriation.

## 2. Les solutions dégagées par la Cour Constitutionnelle

Dans les cinq arrêts rendus dans le cadre de l'article 16 de la Constitution, la Cour Constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer à la fois sur le droit de propriété et sur l'expropriation.

### a) Le droit de propriété

Bien qu'elle ait été saisie d'une question de constitutionnalité de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, la Cour Constitutionnelle a néanmoins profité de l'occasion, en rendant le 7 février 2003 son arrêt n° 16, pour reconnaître positivement au droit de propriété le caractère d'un **droit fondamental**. Il est vrai que l'article 16 de la Constitution figure au chapitre II, intitulé *"Des libertés publiques et des droits fondamentaux."* Mais de plus, l'usage du terme «fondamental» suggère le rapprochement avec les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

A travers le principe contenu à l'article 16 et d'ailleurs l'article 17 qui interdit l'établissement de la peine de la confiscation, s'exprime la préoccupation du pouvoir constituant de garantir au citoyen l'usage privatif d'un certain nombre de biens en vue d'assurer son propre épanouissement. La maîtrise qu'il va exercer sur des biens est à la fois signe et condition de son autonomie. Le patrimoine d'un individu est signe d'autonomie, au même titre que les droits qui s'attachent à sa personne. Il peut, en effet, conférer à l'individu la faculté d'agir, de créer ou d'innover<sup>17</sup>.

Il reste à savoir ce que le droit de propriété couvre réellement. Ainsi, il a été affirmé en Belgique, pays dont le texte constitutionnel est le même qu'au Luxembourg, que

---

<sup>16</sup> Lux. 11 juillet 1984, *Pas. lux.* 27, p. 65. Au demeurant, le tribunal n'avait pas raison lorsqu'il affirma que le Protocole additionnel prévoit une indemnité juste et préalable.

<sup>17</sup> F. DELPEREE, préc., n° 241, p. 249.

le droit de propriété des biens qu'organise le droit public ne saurait se confondre avec celui qu'organise le code civil, spécialement son article 544. Il s'y ajoute plutôt. La propriété, selon le droit civil, peut être restreinte dans son usage par la loi ou les règlements et par des droits équivalents des voisins<sup>18</sup>. La propriété selon le droit public peut en outre et pour cause d'utilité publique, être ôtée. Cette fois, ce n'est plus l'usage de la propriété qui est réglementé, mais c'est le bien lui-même avec les droits qui, selon la loi civile, s'y attachent, qui peut être enlevé au propriétaire<sup>19</sup>.

L'affirmation du caractère fondamental du droit de propriété sert d'assise, à la Cour Constitutionnelle, pour la règle d'**interprétation restrictive de toutes les dérogations** y apportées. Par voie de conséquence, celle-ci considère l'expropriation comme exception au droit fondamental de la propriété, et envisage de manière très étroite les dérogations qui peuvent y être apportées.

Si la Cour Constitutionnelle considère le droit de propriété d'une part comme droit fondamental, elle envisage d'autre part son domaine d'application de manière restrictive. L'occasion pour se prononcer à ce sujet lui fut donnée à propos de l'effet particulièrement sévère pour un contribuable de certaines dispositions de la **loi sur l'impôt sur le revenu**. L'application des dispositions combinées des articles 18, 23, 92, 93 et 118 de la loi sur l'impôt sur le revenu conduisait, à propos de la vente d'un immeuble, à imposer la plus-value réalisée lors de cette vente de manière à affecter la substance de la fortune du contribuable. En effet, selon ces dispositions, un immeuble affecté à l'exercice d'une profession libérale est intégré dans un patrimoine d'affectation soumis à l'évaluation au coût historique. En cas de vente de cet immeuble, la plus-value de cession est calculée sur la différence entre le coût historique, diminué des amortissements opérés, et le prix de cession. Cette manière de s'en tenir à un nominalisme monétaire strict aboutit à prélever une cote d'impôt sur le revenu absorbant l'intégralité de la plus-value dégagée en tenant compte de la dévaluation monétaire.

Dans son jugement de renvoi du 26 juillet 2000<sup>20</sup>, le tribunal administratif soulignait de manière expresse qu'ainsi l'impôt affectait la substance de la fortune du contribuable. Il mentionna par ailleurs que la Cour Constitutionnelle allemande avait déjà retenu que le droit de propriété individuelle impose au législateur de prévoir un régime global des différents impôts directs conservant au contribuable la substance de sa fortune et limitant les prélèvements fiscaux de manière à ce que la charge fiscale totale ne dépasse pas la moitié d'un revenu pouvant normalement être escompté sur base de recettes, dépenses et autres déductions types. Le tribunal ajouta que la Cour Constitutionnelle allemande ne considère pas le nominalisme monétaire comme contraire à la Constitution allemande mais que la doctrine fiscale allemande souligne que le défaut de prise en compte de l'inflation dans la détermination du revenu et la fortune imposable est en contradiction avec le principe

---

<sup>18</sup> "La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ou qu'on ne cause un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage rompant l'équilibre entre des droits équivalents" (loi du 2 juillet 1987).

<sup>19</sup> F. DELPEREE, préc., n° 242, p. 250.

<sup>20</sup> N° 10997a du rôle.

de l'imposition d'après la capacité contributive et l'interdiction d'imposition de la substance de la fortune.

Il estima donc qu'il fallait saisir la Cour Constitutionnelle de la question de la conformité des dispositions de la loi sur l'impôt sur le revenu par rapport à l'article 16 qui interdit l'expropriation sans utilité publique ainsi que par rapport aux articles 99, 100 et 101 de la Constitution relatifs à la légalité de l'impôt.

La Cour Constitutionnelle ne se laissa pas embarquer. Dans son arrêt n° 10 du 8 décembre 2000, elle estima tout d'abord que les articles 99, 100 et 101 de la Constitution ne contiennent pas d'éléments communs susceptibles de se prêter à un examen de conformité et déclara la question irrecevable sous ce rapport.

Concernant la question de la conformité à l'article 16, recevable, elle retint que *"l'impôt sur le revenu est une contribution individuelle aux charges communes de la collectivité dont les fixation et perception ne constituent pas une atteinte à la propriété au sens de l'article 16 de la Constitution qui ne vise que la privation de la propriété d'un bien déterminé moyennant une juste et préalable indemnité et non pas l'incidence de la dette fiscale sur un patrimoine."*

Deux enseignements semblent pouvoir être tirés de l'arrêt en question:

- tout d'abord la protection constitutionnelle ne s'étend pas au patrimoine d'une personne, mais seulement aux biens individualisés sur lesquels il exerce un droit de propriété;

- ensuite, en énonçant que l'article 16 vise la privation de la propriété d'un *bien* déterminé et non d'un immeuble ou d'un bien immobilier déterminé, il semble qu'on puisse prudemment s'avancer à la conclusion qu'à la différence de l'opinion qui semble prévaloir en Belgique<sup>21</sup>, la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise considère que la protection de l'article 16 s'étend à tous les biens, y compris mobiliers.

Soit dit au passage qu'il faut bien qu'il s'agisse d'un bien. C'est ainsi qu'à propos du problème mentionné plus haut de la charge notariale concédée originairement à vie et réduite jusqu'à l'âge de 72 ans du notaire suite à une modification législative, la Cour d'appel de Luxembourg a estimé qu'il s'agissait d'une fonction publique qui fait partie d'un service public et non d'un bien susceptible d'appropriation<sup>22</sup>.

Au demeurant, on voit que propriété et expropriation sont si intimement liées qu'il est quelque peu artificiel de les distinguer au regard de l'article 16. Il faut donc aborder maintenant l'aspect expropriation proprement dit.

#### *b) L'expropriation pour cause d'utilité publique*

La Cour Constitutionnelle a eu l'occasion de se prononcer sur les différentes conditions que doit remplir une expropriation pour répondre aux exigences de l'article

---

<sup>21</sup> V. F. DELPEREE, préc., n° 242, qui estime que seuls sont protégés par le texte constitutionnel les biens immobiliers, et P. WIGNY, préc., n° 173, p. 288, considérant que la protection doit s'étendre également aux réquisitions à titre définitif.

<sup>22</sup> Cour d'appel, 1<sup>er</sup> avril 1987, *Pas. lux.* 27, p. 65.

16 de la Constitution, à savoir l'utilité publique (1°), le caractère juste de l'indemnité (2°) ainsi que son caractère préalable (3°).

#### 1° L'utilité publique

De manière assez curieuse, c'est à propos d'une matière spéciale, à savoir celle du **remembrement**, et non de la procédure d'expropriation de droit commun, que la Cour a été amenée à préciser la notion d'utilité publique.

Un propriétaire touché par une mesure de remembrement soulevait contre la loi du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux plusieurs reproches d'inconstitutionnalité, portés jusqu'à la Cour par le juge de paix de Diekirch.

Il reprochait entre autres à la loi:

- de prévoir un échange de terres sur base de critères vagues de productivité et seulement en ordre subsidiaire une indemnité de seulement 5 % de la valeur en cause, alors que l'article 16 de la Constitution exige une indemnité juste et préalable (articles 6, 7, 24 et 33 de la loi du 25 mai 1964);
- d'exiger que pour qu'une action en justice puisse être déclarée fondée, la nouvelle situation soit considérablement moins favorable que l'ancienne (mêmes articles);
- d'exiger la cession d'office et gratuite de la part de particuliers de la surface nécessaire à l'aménagement de chemins, voies d'écoulement et autres ouvrages connexes (article 6);
- de prévoir un échange de terres en faveur de particuliers et sur l'accord de la majorité des propriétaires, alors que l'article 16 de la Constitution soumettrait *expressis verbis* la privation de propriété à la condition de l'utilité publique.

Dans son arrêt n° 11 du 28 septembre 2001, la Cour Constitutionnelle définit d'abord le remembrement qui consiste à regrouper des parcelles dispersées de terrains susceptibles d'exploitation agricole, viticole, horticole, arboricole et forestière en des lots mieux concentrés afin d'assurer dans un intérêt général une exploitation plus économique des biens ruraux. La restructuration est obtenue par des échanges de terrains des propriétaires concernés, soit à l'amiable, soit par décision majoritaire des intéressés sous forme de remembrement légal.

La Cour constate que par cette opération les propriétaires concernés subissent une privation de leur propriété originaire. Mais, estime-t-elle, le remembrement, "*dont le but est de servir l'intérêt des propriétaires et ceux de la collectivité dans son ensemble en accroissant la rentabilité des exploitations, constitue une privation de propriété pour cause d'utilité publique.*"

Au-delà de cet aspect assez particulier de l'utilité publique, la législation luxembourgeoise sur l'expropriation publique risquait – indirectement il est vrai – un grave reproche d'inconstitutionnalité au sujet de l'aspect «utilité publique».

Par les grandes lois des 20 août 1967 et 15 mars 1979, le législateur enleva au juge judiciaire le pouvoir, dont il disposait jusque-là, de **contrôler la réalité du motif d'utilité publique** invoqué pour parvenir à une expropriation. En vertu de ces lois, l'utilité publique est constatée par un règlement grand-ducal et le rôle du juge

judiciaire, concernant la phase administrative, se limitait à constater l'accomplissement des formalités légalement prévues en vue de parvenir à l'expropriation. Il était ensuite appelé à statuer sur l'indemnisation et à opérer le transfert de propriété et l'envoi en possession du bien exproprié.

La déclaration d'utilité publique par un acte administratif qui ne répondait pas au critère de la décision administrative individuelle – même si elle ne concernait qu'une seule parcelle appartenant à un seul propriétaire – échappait au contrôle du comité du contentieux du Conseil d'Etat. De cette manière, l'utilité publique, notion clé dans la législation sur l'expropriation, échappait à tout contrôle juridictionnel.

On aurait certainement pu se poser une question sur la constitutionnalité d'un tel procédé qui laissait au bon vouloir de l'expropriant l'appréciation et la déclaration d'utilité publique. Le Conseil d'Etat avait en tout cas soulevé l'objection dans son avis du 29 mai 1973 relatif au projet de loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en soulignant que *"la raison évidente [du reproche d'inconstitutionnalité] (...) est qu'il faut éviter que l'expropriant soit seul juge en la matière."*<sup>23</sup>

Mais à l'époque il n'existait pas de Cour Constitutionnelle et si l'on prend en compte le fait qu'elle semble essentiellement préférer une interprétation littérale des textes constitutionnels, il n'aurait pas été tellement «évident» de trouver un texte constitutionnel qui exige la soumission au juge de l'appréciation de l'utilité publique, même si le reproche soulevé par le Conseil d'Etat coule de source: si l'expropriant peut seul décider de l'utilité publique, pourquoi ne lui laissera-t-on pas également le soin de décider tout seul du caractère juste de l'indemnité d'expropriation ?

Plus prometteurs auraient été des recours basés sur l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit au justiciable un procès équitable et, plus encore, sur l'article 13 qui lui garantit le droit à un recours effectif.

De toute manière, la question ne se pose plus depuis l'introduction, par la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, d'un contrôle des actes administratifs à caractère réglementaire – encore qu'on puisse se poser la question de savoir si le règlement qui déclare une expropriation d'utilité publique constitue un tel acte réglementaire – par le juge administratif. Et les juridictions administratives se livrent à un contrôle effectif de l'utilité publique alléguée. On peut ainsi citer comme exemple un arrêt de la Cour administrative qui a poussé ce contrôle assez loin: *"Une expropriation constitue une grave atteinte au droit de la propriété qui ne peut être permise qu'en cas de nécessité absolue. Le juge administratif est appelé à apprécier s'il existe d'autres solutions que l'expropriation pour satisfaire le besoin d'intérêt public considéré, cette appréciation rentrant dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir pour défaut d'utilité publique. Il peut vérifier, en particulier, si le but recherché ne peut pas être*

---

<sup>23</sup> Avis du Conseil d'Etat, doc. parl. n° 1732.

*atteint moyennant une servitude de passage conventionnelle offerte par le propriétaire à exproprier.*"<sup>24</sup>

## 2° Le caractère juste de l'indemnité

C'est dans l'arrêt déjà cité du 7 février 2003 (n° 16) et dans deux arrêts plus récents du 12 mai 2006 (n°s 34 et 35) que la Cour Constitutionnelle a été amenée à aborder de front la question de la constitutionnalité de la procédure d'expropriation telle que prévue par les deux lois fondamentales en la matière, à savoir la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique (en général) et celle du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes.

Partant du principe que la propriété est un droit fondamental et que toute restriction à ce droit est d'interprétation restrictive, la Cour confère corrélativement une portée large aux notions qui restreignent le droit d'exproprier.

C'est ainsi qu'elle envisage de manière large le concept de juste indemnité (arrêt n° 16). En effet, selon l'arrêt du 7 février 2003, l'indemnité doit être juste, *"ce qui signifie qu'elle doit être complète pour dédommager le préjudice subi par le propriétaire privé définitivement de son bien."*

La Cour a encore été amenée à se prononcer sur le caractère juste de l'indemnité en matière de **remembrement**. Dans son arrêt n° 11 du 28 septembre 2001, elle retient que l'indemnité prévue pour compenser la privation de propriété consiste à attribuer à celui des propriétaires qui se trouve privé d'une parcelle de sa propriété mise dans le périmètre du remembrement, une parcelle d'une valeur équivalente à celle dont il est dépossédé et une soulte éventuelle, la valeur des terres échangées étant estimée sur base de critères de productivité objectifs. Le paiement de la soulte n'a qu'un caractère exceptionnel et subsidiaire, le but recherché par le remembrement étant de former des lots adaptés aux façons culturales par des échanges de terrains. La limitation de cette soulte à 5 % de la valeur devant être attribuée, sauf accord exprès et écrit des propriétaires intéressés, constitue une garantie contre la mise en échec du principe d'échange qui constitue l'essence même de l'opération de remembrement. Le prélèvement sans indemnité des terrains d'assiette pour chemins, écoulement d'eau et autres ouvrages connexes est compensé par l'incorporation sans indemnité à la masse des terres à remembrer des chemins, voies d'eau et autres ouvrages existants.

L'échange sans indemnité de ces terrains et les travaux d'aménagement y réalisés le cas échéant aux frais des propriétaires eux-mêmes profitent dans une mesure égale à tous les propriétaires concernés en même temps qu'à la collectivité, de sorte que l'indemnité telle que prévue par la loi est juste.

Le projet du nouveau lotissement comporte un tableau mentionnant pour chaque propriétaire, nu-propriétaire et usufruitier, en regard des inscriptions concernant les anciennes parcelles, celles des nouvelles parcelles qui sont attribuées avec leurs

---

<sup>24</sup> Cour administrative, 22 janvier 1998, *Pas. adm.* 2006, V° Expropriation pour cause d'utilité publique, n° 10.

surfaces et valeurs correspondantes, les plus-values et moins-values et la soulte. Ce projet fait l'objet d'une enquête et la loi prévoit des procédures de réclamation et des recours. L'indemnité pour privation de propriété répond donc également aux conditions du caractère préalable de l'indemnité.

Enfin, s'il est vrai que pour qu'un recours contre le projet de remembrement puisse être déclaré justifié, il faut que la nouvelle situation du propriétaire soit considérablement moins favorable que l'ancienne, cette restriction ne relève que de l'appréciation du juge sans pour autant mettre en cause le principe même du recours.

### 3° Le caractère préalable de l'indemnité

Les dispositions de la loi du 15 mars 1979 et du 16 août 1967 finalement déclarées inconstitutionnelles n'avaient pas trait au caractère juste de l'indemnité, en tout cas pas en définitive, mais à son caractère préalable.

Pour rappel, les deux lois fondamentales en la matière prévoient, de manière identique, deux phases dans la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique: dans la phase administrative, après une phase préliminaire d'études, un arrêté grand-ducal déclare d'utilité publique l'expropriation des terrains visés dans un plan parcellaire que l'arrêté approuve. A défaut des propriétaires concernés de céder à l'amiable leurs terrains, l'expropriant déclenche alors la phase judiciaire par une assignation du ou des propriétaires devant le tribunal d'arrondissement. Le tribunal examine si la procédure administrative est régulière. Dans la négative, la procédure d'expropriation est arrêtée. Dans l'affirmative, il fixe dans le jugement, par voie d'évaluation sommaire, le montant des indemnités provisionnelles que l'expropriant doit payer. Par le même jugement, il nomme un ou trois experts chargés de dresser un état des lieux et d'évaluer l'indemnité définitive. Le jugement constatant l'accomplissement régulier des formalités est transcrit au registre des hypothèques et produit à l'égard des tiers les effets d'un acte de cession. Dans le mois du prononcé du jugement, l'expropriant dépose à la caisse des consignations le montant de l'indemnité provisionnelle. Après la transcription du jugement et si l'immeuble n'est pas grevé d'hypothèques, le montant de l'indemnité provisionnelle est remis à l'exproprié.

Dès la signification du jugement fixant le montant de l'indemnité provisionnelle, du certificat de dépôt de l'indemnité provisionnelle à la caisse des consignations et de l'état descriptif des lieux, l'expropriant peut se faire envoyer en possession du bien exproprié. Au vu des conclusions des experts le tribunal fixe dans un jugement définitif, susceptible d'appel, le montant de l'indemnité définitive revenant à l'exproprié.

Les dispositions soumises à l'appréciation de la Cour étaient les suivantes:

- l'article 26 de la loi du 16 août 1967 qui charge le tribunal d'arrondissement de vérifier si la procédure d'expropriation est régulièrement intentée et d'y mettre fin en cas d'irrégularités constatées;

- les articles 27 de la loi du 16 août 1967 et 28 de la loi du 15 mars 1979, d'une teneur identique, qui prévoient qu'au cas où la procédure d'expropriation est

régulière, le tribunal fixe par voie d'évaluation forfaitaire, le montant des indemnités provisionnelles à verser par l'expropriant. Le jugement qui constate l'accomplissement régulier des formalités est transcrit sur le registre du conservateur d'hypothèques et produit, à l'égard des tiers, les mêmes effets que la transcription d'un acte de cession;

- l'article 32 de la loi du 15 mars 1979 qui dispose qu'au vu du jugement fixant le montant de l'indemnité provisionnelle, du certificat de dépôt de cette indemnité provisionnelle à la caisse des consignations et de l'état descriptif des lieux, l'expropriant peut se faire envoyer en possession du bien exproprié par le président du tribunal;

- les articles 34 et 35 de la loi du 16 août 1967 qui prévoient la procédure à suivre après l'envoi en possession en vue de déterminer l'indemnité revenant de manière définitive à l'exproprié. L'article 35 dispose en particulier que si le montant de l'indemnité excède celui de l'indemnité provisionnelle, l'expropriant dépose le supplément d'indemnité à la caisse des consignations, ces indemnités devant revenir en définitive à l'exproprié, après vérification que son bien n'est pas grevé d'hypothèques ou autres charges.

A l'exception de la disposition prévoyant que la procédure d'expropriation n'est pas continuée si elle est irrégulière (article 26 de la loi du 16 août 1967), neutre par rapport au système irrégulier d'expropriation, la Cour Constitutionnelle a déclaré contraire à l'article 16 de la Constitution l'intégralité des dispositions visées, ceci sur les conclusions conformes du ministère public.

La Cour fait deux reproches à la loi sur l'expropriation:

- dans l'arrêt n° 16 du 7 février 2003, elle déclare qu'est contraire à l'exigence d'une indemnisation préalable la possibilité dont dispose l'expropriant de se faire envoyer en possession sur la seule base de la consignation d'une indemnité sommairement évaluée. Puisque l'indemnité doit être préalable, *"son règlement doit précéder l'envoi en possession."*

- dans les arrêts n<sup>os</sup> 34 et 35 du 12 mai 2006, elle critique le moment du transfert de propriété qui s'opère dès le paiement ou la consignation d'une simple avance provisionnelle, quitte à voir fixé ultérieurement le dédommagement définitif sur base d'une évaluation par experts.

Dans ces trois arrêts, la Cour fait preuve d'une **conception très rigide et restrictive** de l'indemnisation préalable. En effet, alors que la Constitution belge contient exactement la même disposition, les plus hautes juridictions belges et notamment la Cour d'arbitrage considèrent que la consignation d'une somme suffisante remplit la condition du caractère préalable de l'indemnité. La Cour va même au-delà de l'opinion exprimée par le professeur DELPEREE, qui estime que le paiement de l'indemnité doit précéder *"non le transfert de propriété, mais la prise de possession du bien."*<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> V. *supra* p. 26.

La Cour Constitutionnelle luxembourgeoise, fidèle à son attitude observée dans d'autres espèces portées devant elle, a procédé à une interprétation littérale du concept. Être préalable à quelque chose signifie précéder quelque chose. Pour la Cour donc, le paiement intégral de l'indemnité doit précéder l'envoi en possession du bien exproprié.

On va lui reprocher une attitude sclérosée, sans imagination, collant au sens littéral du texte au-delà du raisonnable. Peut-être a-t-elle tout simplement estimé injuste, en présence du texte de l'article 16 de la Constitution, que l'expropriant puisse se faire envoyer en possession du bien avant que l'exproprié ne soit réellement indemnisé. Il n'est pas inintéressant de relever que dans ses conclusions, le ministère public a justifié sa proposition de déclarer la loi contraire à l'article 16 de la Constitution malgré la solution contraire qui prévaut en Belgique par la circonstance que dans ce pays, l'envoi en possession précède le paiement de l'indemnité seulement dans la procédure d'urgence, tandis qu'au Luxembourg, cette procédure relève du droit commun. La justification ne semble toutefois pas tout à fait convaincante puisqu'en Belgique, la procédure d'urgence est en fait la procédure de droit commun, celle de droit commun n'étant plus pratiquée.

En tout cas, la **portée** des arrêts en question est de taille. Il ne fait aucun doute que les articles 35 et 36 de la loi du 15 mars 1979, d'une teneur identique aux articles 34 et 35 de la loi du 16 août 1967<sup>26</sup>, et l'article 31 de la loi du 16 août 1967, copié sur l'article 32 de la loi du 15 mars 1979, sont inconstitutionnels à leur tour.

Mais les trois arrêts ont certainement une portée plus étendue en ce qu'ils concernent la totalité des procédures d'expropriation fonctionnant sur un mécanisme identique.

Le pouvoir politique l'a bien vu et il a saisi le taureau par les cornes. Selon un scénario désormais bien rodé, consistant non pas à changer la loi pour l'adapter à la Constitution, mais à adapter la Constitution à la loi – quoi de plus naturel dans un pays qui change la Constitution trois fois par an, le prix à payer étant celui d'un ravalement de la Constitution au niveau d'une simple norme adaptable comme n'importe quel texte ordinaire – une loi du 24 octobre 2007 a modifié l'article 16 de la Constitution en enlevant le caractère préalable de l'indemnité comme condition de l'expropriation.

Est-ce que pour autant tous les problèmes ont été résolus par cette modification constitutionnelle?

---

<sup>26</sup> Qui en constituent une copie conforme au point que le renvoi, à l'article 35 de la loi du 16 août 1967, à l'article 28, devrait en réalité être un renvoi à son article 27, jumeau de l'article 28 de la loi du 15 mars 1979.

## II. Les questions restant en suspens

### 1. La question des servitudes

La Constitution ne vise que l'expropriation au sens strict, c'est-à-dire qu'elle ne protège le citoyen que contre la privation totale et définitive du droit de propriété qu'il exerce sur une chose. En revanche, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme admet explicitement la possibilité d'autres ingérences.

Mais au regard de la seule Constitution, des **servitudes urbanistiques** restreignant tellement l'usage de la propriété qu'elles aboutissent *de facto* à une privation de la propriété sont-elles compatibles avec l'article 16 de la Constitution ? Le Conseil d'Etat s'inquiète en tout cas de la constitutionnalité de "*situations de quasi-expropriation, de réquisition et de servitude légale.*"<sup>27</sup> Comme le fait remarquer Pierre WIGNY: "*La réglementation ne peut aller jusqu'à supprimer l'intérêt de la possession légitime. Mais quand y a-t-il réglementation et quand y a-t-il expropriation ? Il y a des cas-limite bien difficiles à apprécier. Celui-là qui possède un parc privé au milieu d'une ville et qu'on empêche de lotir pour conserver à la cité un poumon de verdure, est-il encore propriétaire de ces jardins dont il ne jouit plus et qu'il ne peut pas entretenir ?*"<sup>28</sup>

Or, ce que l'on doit constater, c'est un traitement pour le moins nonchalant de la question des servitudes légales par les tribunaux qui ne respectent pas forcément la procédure prévue par la loi du 27 juillet 1997 concernant la saisine de la Cour Constitutionnelle qui exige notamment dans son article 6 que lorsqu'une partie soulève une question de constitutionnalité devant une juridiction, celle-ci est obligée de saisir la Cour Constitutionnelle sauf lorsque la question n'est pas nécessaire pour la solution du litige, que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement et si la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

A titre d'exemple de cette attitude quelque peu désinvolte, à cet égard, de certaines juridictions, on peut citer un jugement du tribunal administratif qui, confronté à la question de la conformité à l'article 16 de la Constitution des articles 9 et s. de la loi modifiée du 12 juin 1937 concernant l'aménagement des villes et autres agglomérations importantes, entre-temps remplacée par la loi modifiée du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain, en ce que ces dispositions entraîneraient "*de facto une expropriation sans cependant prévoir une indemnisation*", a tout simplement retenu, à propos du classement de parcelles situées dans une zone constructible en zone verte que "*le classement litigieux de terrains ne s'analysant point en une privation de propriété, mais en une réglementation de l'usage du droit de propriété moyennant introduction de certaines restrictions, le principe d'une juste et préalable indemnité en cas de privation de*

---

<sup>27</sup> Proposition de révision de l'article 16 de la Constitution, doc. parl. n° 5596-2, avis du Conseil d'Etat.

<sup>28</sup> P. WIGNY, préc., n° 170, p. 285.

*propriété n'est pas de nature à faire obstacle au classement opéré.*<sup>29</sup> Or, la question de savoir si, en réalité, la mesure n'est pas à qualifier d'expropriation, est-elle vraiment dénuée de tout fondement ? Le tribunal n'a même pas posé cette question, ni n'y a-t-il répondu.

Dans ce contexte, on peut relever que techniquement parlant, la propriété a traditionnellement trois aspects, l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*, c'est-à-dire le droit de profiter de la chose, de l'aliéner et d'en percevoir les fruits. Or, au cas où une servitude vient frapper une propriété, que d'autre reste-t-il au «propriétaire» que la nue-propriété, c'est-à-dire le droit de vendre la chose sans pouvoir réellement en profiter, et qui voudra bien l'acheter ?

Le problème de l'expropriation pour cause d'utilité publique dans le contexte de l'établissement de servitudes s'est déjà posé au législateur lors de l'élaboration de la loi du 15 mars 1979. Par un amendement, le gouvernement voulait introduire la disposition suivante: "*L'expropriation peut porter sur tout ou partie d'un immeuble ou de droits réels immobiliers. Elle pourra également consister dans l'établissement de servitudes. Dans ce dernier cas, un règlement grand-ducal fixera les conditions d'établissement et d'exercice de ces servitudes.*" Le Conseil d'Etat approuva la possibilité d'exproprier également les droits réels immobiliers (et, d'ailleurs, l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la loi du 15 mars 1979 dispose que l'expropriation peut porter sur tout ou partie d'un immeuble ou de droits réels immobiliers), mais s'opposa formellement à l'innovation consistant à permettre, dans le cadre de la loi générale sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'établissement de servitudes. Il releva que les conditions d'établissement, de même que les modalités d'exécution de pareilles servitudes peuvent sensiblement varier d'un cas à l'autre, mais de toute façon et de manière péremptoire, l'article 16 de la Constitution réserve à la loi la manière dont l'expropriation pour cause d'utilité publique doit se faire<sup>30</sup>.

La possibilité légale de procéder à l'expropriation pour cause d'utilité publique de démembrements de la pleine propriété ne fournit-elle pas un argument en faveur de la thèse consistant à considérer l'établissement d'une servitude d'urbanisme qui revient à priver l'assujéti à la privation totale de la faculté de jouir de son bien, comme équivalant à une expropriation ? Et si celle-ci est établie sans indemnité, il y a problème. Si le droit d'usage est susceptible d'expropriation entraînant indemnisation, l'institution d'une servitude privant également le propriétaire de l'usage, mais sans indemnisation, semble assez peu orthodoxe.

Dans ce contexte, il ne semble pas inutile de relever que tant la loi du 21 mai 1999 concernant l'aménagement du territoire que la loi du 19 juillet 2004 concernant l'aménagement communal et le développement urbain excluent, en principe, l'indemnisation des dommages causés par la création de telles servitudes<sup>31</sup>. Sont

---

<sup>29</sup> Trib. adm., 7 novembre 2007, n° 22450 du rôle.

<sup>30</sup> Doc. parl. n° 1732-4, 4<sup>e</sup> avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 1978.

<sup>31</sup> Ce ne sont pas ces deux lois qui ont créé le problème. Il existait déjà bien avant, la loi du 20 mars 1974 concernant l'aménagement général du territoire, abrogée et remplacée par la loi du 21 mai 1999, et la loi du 12 juin 1937 concernant l'aménagement des villes et autres agglomérations

visées plus particulièrement, au titre de la loi du 21 mai 1999, les servitudes découlant de l'adoption des plans directeurs régionaux, des plans directeurs sectoriels, des plans d'occupation du sol, des plans d'aménagement général communaux et des opérations de remembrement. Les dispositions en question prévoient en effet que les servitudes *"n'ouvrent droit à aucune indemnité."*

Or, tant l'article 21, alinéa 2 de la loi du 21 mai 1999 que les articles 22 et 83 de la loi du 19 juillet 2004 disposent de manière identique qu'une indemnité peut être accordée *"s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un dommage direct, matériel et certain."* S'il est vrai que tant le droit français que les auteurs des lois luxembourgeoises en la matière, étroitement calquées sur le modèle français, estiment que les servitudes urbanistiques n'engendrent pas de dommage direct, matériel et certain, sauf dans le cas où il existe une autorisation de bâtir en bonne et due forme qui est par la suite anéantie par une servitude urbanistique, on peut se demander quelle est la signification de la disposition se retrouvant à la fois dans l'article 22 de la loi du 21 mai 1999 et dans l'article 22, alinéa 4 de la loi du 19 juillet 2004, en vertu de laquelle le droit à indemnisation du fait de la création d'une servitude urbanistique se prescrit par dix ans à partir de son entrée en vigueur *"si aucune autorisation n'est sollicitée."* Il n'est donc pas exclu que du seul fait de rendre inconstructible un terrain qui l'était auparavant, du moins en puissance comme ayant été classé dans une zone constructible, l'auteur de la servitude soit légalement obligé à indemnisation. Et si la loi prévoit une telle indemnisation, d'autres dispositions légales qui l'excluraient se heurteraient peut-être à l'exigence constitutionnelle d'une indemnisation juste en cas de création d'une servitude urbanistique qui se rapproche étrangement d'une privation d'un aspect essentiel du droit de propriété.

En tout cas, la question aurait peut-être mérité d'être posée à la Cour Constitutionnelle. Et la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas à qualifier d'expropriation de fait, contraire à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel, la perte de toute disponibilité d'un terrain<sup>32</sup>.

Une autre servitude, qui n'aboutit certes pas à une expropriation de fait mais atteint l'usage du droit de propriété, droit fondamental protégé par la Constitution, consiste dans l'obligation des propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent le cas échéant un usage totalement contraire à leurs convictions. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'ingérence étatique dans l'usage de la propriété privée est démesurée et rompt l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général<sup>33</sup>. On sait que les juridictions administratives ont à leur tour déclaré contraire à la Convention européenne des droits de l'homme la

---

importantes, abrogée et remplacée par la loi du 19 juillet 2004, prévoyant à leur tour une indemnisation essentiellement limitée en matière de création de servitudes urbanistiques.

<sup>32</sup> CEDH, 13 octobre 2005, *C. c/ Italie*, req. n° 63296/00, cité avec d'autres *in* Jurisclasseur administratif, fasc. 400-10, mise à jour 2007, n° 3.

<sup>33</sup> CEDH, 29 avril 1999, *Chassagnou et al. c/ France*, req. 25088/94, 28331/95 et 28443/95 ; *AJDA* 1999 p. 922, note F. PRIEST.

réglementation luxembourgeoise en la matière<sup>34</sup> et que le législateur se penche actuellement sur une modification législative tentant de conserver en substance le droit du syndicat de chasse de chasser sur les terrains même des propriétaires qui y sont opposés. Au-delà de l'éventuelle contrariété d'une telle réglementation à la Convention européenne des droits de l'homme, une telle loi pourrait-elle être déclarée contraire à la Constitution ? Il faudrait pour cela que la Cour Constitutionnelle confère une portée autonome à l'aspect positif du droit de propriété. Or, elle l'a déjà partiellement fait en qualifiant, dans son arrêt n° 16 du 7 février 2003, le droit de propriété de droit fondamental. Il s'agirait là d'une ouverture majeure. La question risque cependant de ne jamais être posée à la Cour Constitutionnelle, puisque les tribunaux disposeront de la voie commode d'examiner eux-mêmes la conformité de la législation en question à la Convention européenne des droits de l'homme et de l'écarter le cas échéant sans devoir passer par la voie, fastidieuse, de la formulation d'une question préjudicielle à poser à la Cour Constitutionnelle.

## 2. L'incidence de l'article 545 du code civil

Dans une interview accordée à un quotidien luxembourgeois, un avocat luxembourgeois s'est étonné de *"l'amateurisme parlementaire qui règne au Marché-aux-Herbes"*, estimant que la modification constitutionnelle n'a pas fait avancer les choses en raison de la subsistance de l'article 545 du code civil ayant une teneur identique à l'ancien article 16 de la Constitution. Il s'explique: *"Certes, une expropriation pour cause d'utilité publique ne peut plus être anticonstitutionnelle si l'Etat traîne avec le paiement de la juste indemnité. Elle peut par contre être parfaitement contraire à la loi (...). Or, l'article 95 de la Constitution dit clairement que les cours et tribunaux ne peuvent appliquer les règlements généraux que pour autant qu'ils sont conformes à la loi. En d'autres termes: si le tribunal ne peut plus refuser une expropriation pour cause d'utilité publique pour avoir enfreint l'article 16 de la Constitution, les juges sont néanmoins obligés de refuser la même expropriation pour être contraire à la loi. Même si le règlement grand-ducal d'expropriation est conforme à la Constitution, il peut être contraire à la loi. Le juge doit sanctionner cette violation en n'appliquant pas le règlement en question. Parmi nos 60 députés et surtout parmi les membres de la commission spéciale, aucun ne connaissait cette disposition du Code civil. J'ai pu examiner l'avis du Conseil d'Etat du 31 mai 2007 (travaux préparatoires numéro 5596-2). Il a 11 pages. Il contient une bonne comparaison avec le droit belge et le droit français, la Constitution des Pays-bas, etc.... Mais, sauf erreur de ma part, je n'ai pas trouvé de référence à l'article 545 du Code civil."*<sup>35</sup>

Il semble d'une part qu'il y ait erreur de l'auteur de cette interview en ce que l'avis incriminé du Conseil d'Etat se réfère effectivement à l'article 545 du code civil. Qui plus est, c'est aller un peu vite en besogne que de qualifier d'amateurisme la démarche de la Chambre des Députés consistant à se limiter à modifier l'article 16 de la Constitution et à ne pas modifier le code civil. Il n'en était tout simplement pas

---

<sup>34</sup> Cour administrative, 13 juillet 2004, n<sup>os</sup> 17488C et 17537 du rôle.

<sup>35</sup> G. KRIEGER, «Expropriation pour cause d'utilité publique», *Tageblatt*, 10 novembre 2007.

besoin. En effet, l'utilité sera déclarée par arrêté grand-ducal et la procédure d'indemnisation se dégage des lois du 20 août 1967 et 15 mars 1979. Si celles-ci ne prévoient pas d'indemnité préalable au sens conféré à ce terme par la Cour Constitutionnelle, elles seront effectivement contraires à la teneur de l'article 545 du code civil. Mais cette disposition, même si elle est incluse dans un code prestigieux, n'a que valeur légale, de sorte que les lois de 1967 et 1979, postérieures en date, peuvent tout simplement lui déroger et tenir en échec son application. Ce sont elles qui serviront de bases légales aux arrêtés grand-ducaux déclarant l'expropriation d'utilité publique.

Mais il reste d'autres questions:

Est-ce que l'**immunité d'exécution**, qui permet en fait aux pouvoirs publics d'occuper sans indemnisation un terrain privé, est conforme aux exigences de la Constitution ?

Est-ce que l'**expropriation en faveur d'une personne de droit privé** peut être d'utilité publique ? Aux Pays-Bas, une proposition de loi rendait possible l'expropriation d'immeubles pour mettre fin à une occupation gênante, en fait leur occupation aux fins d'y consommer de la drogue. Le Conseil d'Etat néerlandais a contesté à une telle opération les caractères d'intérêt général et d'utilité publique<sup>36</sup>. Au Luxembourg, un problème similaire est susceptible de se poser avec la loi du 10 décembre 1998 portant création de l'établissement public dénommé «Fonds d'assainissement de la Cité Syrdall». La loi accorde à cet établissement public la possibilité légale de se constituer des disponibilités foncières. Le Conseil d'Etat s'était opposé au projet en soulignant que s'il était peut-être vrai que les opérations immobilières à confier à l'établissement public présentaient *"une certaine utilité"*, elles étaient cependant dépourvues d'une réelle utilité publique, dès lors que *"les immeubles à exproprier ne sont pas destinés à un usage public, mais doivent servir à procurer des logements à des personnes privées qui ne sont pas nécessairement les propriétaires actuels."*<sup>37</sup>

On pourrait probablement allonger à longueur de journée la liste des questions non résolues et il est à parier qu'à une époque où l'imagination des avocats est combinée à une spectaculaire diminution de la tolérance des citoyens à l'égard des ingérences des pouvoirs publics dans leurs droits individuels, la Cour Constitutionnelle aura son mot à dire dans la fixation des limites précises entre l'intérêt général et l'intérêt privé dans une matière aussi fondamentale que le droit de propriété.

---

<sup>36</sup> *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, partie *Miroirs et Reflets des droits et libertés fondamentaux dans les avis des Conseils d'Etat des pays du Benelux*, Livre jubilaire édité en 2006 par le Conseil d'Etat à l'occasion de son 150<sup>e</sup> anniversaire, p. 601.

<sup>37</sup> Avis, doc. parl. n° 4232-2, p. 2-3.

# Le domaine de la loi et du règlement

Alain STEICHEN

La Constitution établit les institutions de l'État (gouvernement, parlement, tribunaux) et fixe leur mode de fonctionnement. Le fonctionnement des pouvoirs publics dans le cadre du parlementarisme pose immédiatement la question classique, quoique délicate, des domaines respectifs de la loi et du règlement<sup>1</sup> grand-ducal. Cette question se greffe sur celle de leur hiérarchie. Du caractère subordonné du règlement grand-ducal à la loi, l'on pourrait en effet conclure que chaque fois qu'il s'agit de soumettre pour la première fois une question quelconque à l'emprise de la réglementation juridique, seule la Chambre des députés serait compétente. Les autres autorités, notamment le pouvoir réglementaire, ne pourraient prendre que des mesures d'application d'une loi préexistante.

Mais la Constitution ne saurait se contenter d'une ligne de démarcation aussi générale pour fixer les compétences respectives de la Chambre des députés et de l'exécutif. Si le Parlement dispose certes du pouvoir de création de la norme juridique et de la fixation des principes essentiels devant gouverner la matière, le règlement grand-ducal ayant seulement le pouvoir de compléter la loi dans ses questions de détail pour la rendre pleinement opérationnelle<sup>2</sup>, cela n'épuise pas pour autant le sujet. Tantôt, notamment dans le domaine des libertés publiques, la matière à régler paraît tellement importante aux yeux de la Constitution que seule la loi pourrait régler la question. Ce sont les matières dites "rigides" ou "réservées" à la loi par la Constitution. Dans d'autres cas cependant, le Grand-Duc dispose d'un pouvoir d'action spontané, même en l'absence de toute loi à compléter. C'est ainsi que dans un souci de permettre au chef de l'exécutif de pleinement assumer ses fonctions, la Constitution accorde directement le pouvoir au Grand-Duc de régler l'organisation de son gouvernement (art. 76 de la Constitution). Ou encore, comme en matière de droit international, où c'est le Grand-Duc, et non la Chambre des députés, qui conclut les traités internationaux (art. 37 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution).

Si la Constitution définit ainsi les compétences réservées du législatif et de l'exécutif, un certain nombre de questions se posent immédiatement. La ligne de partage s'impose-t-elle à la Chambre des députés comme au Grand-Duc? Dans la conception de Jean-Jacques Rousseau selon laquelle "la loi peut tout faire, la loi ne peut mal faire", la supériorité de la loi devrait permettre au législateur d'abandonner une partie de ses pouvoirs à l'exécutif pour légiférer à sa place. De même, l'on ne verrait pas pourquoi la loi ne pourrait pas régler directement tout elle-même, jusque dans ses derniers détails. Dans ce cas, le pouvoir réglementaire serait certes vidé de son sens, tout ayant déjà été réglé par la norme juridique supérieure qu'est la loi.

---

<sup>1</sup> Le « règlement » grand-ducal est la mesure d'application générale de la loi, ce qui le distingue de l'« arrêté » grand-ducal, qui est une application de la règle générale au cas d'espèce.

<sup>2</sup> Art. 36 de la Constitution: « le Grand-Duc prend les règlements et arrêtés nécessaires *pour l'exécution des lois* ». L'italique a été ajouté par nos soins.

Mais comme la loi est l'expression de la volonté générale, pourquoi lui refuser cette prérogative? Autrement dit, si la Constitution assigne un domaine réservé au législateur, existe-t-il une raison interdisant à ce dernier de se cantonner dans les domaines que la Constitution lui a réservés, ou le champ de la compétence législative est-il libre, ouvert et non déterminé? Et si la loi devait avoir un domaine illimité, en pouvant empiéter sur le domaine d'action en principe réservé à l'exécutif, voire en étendant le droit d'action de ce dernier, le Grand-Duc pourrait-il lui aussi disposer du pouvoir réglementaire que la Constitution lui a accordé au profit du gouvernement ou de tel ou tel ministre?

Ce sont ces questions qui se trouvent au cœur de la conception de la séparation des pouvoirs que la Cour Constitutionnelle a eu à trancher dans un certain nombre d'arrêts que l'on peut regrouper autour de deux thèmes:

l'obligation pour le Grand-Duc d'exercer personnellement lui-même les pouvoirs réglementaires que la Constitution lui a attribués, sans possibilité de délégation à autrui (arrêts 1/98, 4/98, 5/98, 6/98, et 28/05);

l'obligation pour le législateur de légiférer lui-même jusqu'à un degré de détails suffisant dans les matières que la Constitution lui a réservées (arrêts 17/03 et 18/03). Ces décisions ne se comprennent bien que dans leur contexte que nous rappellerons brièvement. Elles ont nécessité une adaptation ponctuelle de la Constitution, qui a laissé ouvertes certaines questions et a créé quelques problèmes additionnels.

## **I. Le contexte des arrêts de la Cour Constitutionnelle**

Selon la conception que l'on se fait de la souveraineté, la question du domaine de la loi et du règlement reçoit une réponse bien différente. Si la souveraineté réside dans le Grand-Duc, toutes les questions que la Constitution ne réservera pas à la loi pourront être fixées par règlement grand-ducal. Dans ce cas, la compétence du Grand-Duc est une compétence de droit commun, la Chambre des députés n'ayant qu'une compétence d'attribution là où la Constitution l'aura prévu. Si par contre la souveraineté ne réside pas sur la tête du Grand-Duc, mais dans la Nation ou le peuple, la compétence du Grand-Duc, au lieu d'être de droit commun, sera d'attribution.

A ce sujet, comme l'a déjà fait remarquer le Conseil d'État<sup>3</sup>, « le texte constitutionnel a (...) effectué un virage de 180 degrés ». De 1815 à 1848 en effet, le Souverain était incontestablement le Roi Grand-Duc. Si la Constitution de 1848 restait certes muette sur le sujet<sup>4</sup>, la Constitution de 1856, aux termes de laquelle « La puissance souveraine réside dans la personne du Grand-Duc » (art. 32), confirmait cette analyse. Tout comme Louis XIV, le Roi Grand-Duc aurait pu affirmer à l'époque :

---

<sup>3</sup> Conseil d'Etat, *Le Conseil d'État gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, p. 142.

<sup>4</sup> L'avant-projet de la Constitution se lisait comme suit: "tous les pouvoirs émanent de la nation". Ce texte fut écarté par la suite pour ne pas froisser la susceptibilité du Roi Grand-Duc.

« l'État, c'est moi ! ». La Constitution de 1868 modifia comme suit l'article 32 : « Le Roi Grand-Duc exerce la puissance souveraine conformément à la présente Constitution et aux lois du pays ». Le mutisme des travaux parlementaires sur la question du siège de la souveraineté amena un vif débat doctrinal entre deux ministres d'État, MM. Paul Eyschen et Emmanuel Servais, sur la question de savoir si le Grand-Duc pouvait encore agir de manière autonome en matière réglementaire, ou si toute action de sa part nécessitait une loi préexistante<sup>5</sup>.

Aussi la Chambre des députés a cru nécessaire de réviser en 1919 l'article 32 de la Constitution en reformulant celui-ci comme suit : « Le Grand-Duc (...) n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution (...) ». Si le droit d'action grand-ducale se trouve ainsi conditionné par l'existence d'une loi, le Grand-Duc ne peut plus être considéré comme étant le détenteur du « résidu de souveraineté ». Celle-ci réside désormais, aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 32 « dans la Nation » (« La puissance souveraine réside dans la Nation »). Aussi, en moins de 100 ans, les propositions en matière de partage des compétences entre la loi et le règlement grand-ducal ont été complètement inversées : alors que jusqu'en 1919, le règlement grand-ducal régissait tout ce que la loi n'avait pas prévu<sup>6</sup>, le Grand-Duc ne dispose plus du droit de prendre des règlements autonomes depuis cette date, mais doit se cantonner à exécuter des lois préexistantes.

La révision constitutionnelle de 1919 a non seulement opéré un transfert de souveraineté, mais elle a également choisi entre les deux conceptions de souveraineté théoriquement envisageables: la souveraineté populaire et la souveraineté nationale. La souveraineté populaire est celle de Jean-Jacques Rousseau qui dans son *Contrat social* attribue à chaque individu formant le corps social une parcelle de la souveraineté. Fractionnée et atomisée, la souveraineté populaire est plus concrète et plus facilement accessible à l'esprit que le concept de souveraineté nationale initialement développé par l'abbé Emmanuel Sieyès. Pourtant c'est cette conception de la souveraineté que la Constitution a retenu. La souveraineté appartient à la Nation; celle-ci forme une entité distincte de ceux qui la composent. La souveraineté nationale a sa volonté propre. Il n'y a donc pas des milliers de cosouverains, mais une souveraineté unique appartenant à l'État en tant que Nation juridiquement organisée. Si la Nation détient ainsi le « pouvoir suprême et absolu »<sup>7</sup>, il lui faut toutefois une personne pour l'exercer. C'est le rôle du Grand-Duc<sup>8</sup>. Étant acquis depuis 1919 que le Grand-Duc ne dispose plus que d'un pouvoir « dérivé », c'est-à-dire subalterne<sup>9</sup>, il ne dispose plus d'un pouvoir réglementaire

---

<sup>5</sup> P. EYSCHEN, *Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, Luxembourg, 1910, p. 122 ; sur le débat, v. note Ch. L. H. sous Cass., 17 janv. 1957, *Pas. lux.* 17, p. 105.

<sup>6</sup> P. MAJERUS, *L'État luxembourgeois*, 4<sup>ème</sup> éd., Luxembourg, p. 152.

<sup>7</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Paris, 2006, n° 18.

<sup>8</sup> Article 32 al. 2 de la Constitution : «(le Grand-Duc) l'exerce conformément à la présente Constitution et aux lois du pays».

<sup>9</sup> P. PESCATORE, «Essai sur la notion de la loi», in: *Livre jubilaire du Conseil d'État, 1856-1956*, Luxembourg, 1956, p. 365, ici n° 43.

autonome, s'exerçant en dehors de tout texte de loi. Son pouvoir d'action en matière de règles générales et abstraites se trouve depuis lors limité à prendre des dispositions complémentaires à la loi, pour la rendre opérationnelle là où elle ne l'est déjà pas par elle-même.

Mais cela ne répond pas à la question de savoir si le législateur peut court-circuiter le Grand-Duc en attribuant directement à tel ou tel ministre le soin d'exécuter la loi par la voie d'un règlement ministériel, ou si le Grand-Duc peut conférer un tel droit au ministre (le cas échéant parce que le législateur l'y autorise expressément). La doctrine belge invoque les « nécessités de la vie administrative » et parle de « règle de bon sens », tout en s'interrogeant sur le caractère orthodoxe d'une attribution directe par la loi de la fonction réglementaire à un ministre<sup>10</sup>. La doctrine luxembourgeoise semblait divisée. Tantôt elle indiquait la possibilité de la délégation de la fonction réglementaire au ministre par le Grand-Duc comme celle de l'attribution directe par la loi sans la commenter, ce qui laissait présumer qu'elle n'y voyait pas d'obstacles sur le plan juridique<sup>11</sup>. Tantôt elle la critiquait comme étant inconstitutionnelle, au motif que la subdélégation serait prohibée en droit public (délégation par le Grand-Duc) et qu'elle ne respecterait pas les termes de la Constitution qui ne viseraient que le Grand-Duc en tant que titulaire du pouvoir réglementaire (attribution directe par la loi du pouvoir réglementaire à un ministre)<sup>12</sup>. En cas de subdélégation, la doctrine s'accommodait des règlements ministériels s'ils ne portaient que sur des « détails d'exécution », sans créer de règles nouvelles (ex.: nomination à des postes, fixation de délais)<sup>13</sup>, avis qui n'était pas partagé par les cours et tribunaux<sup>14</sup>. En cas d'attribution directe, le règlement ministériel, étant pris sur le pied de la loi, serait certes inconstitutionnel, tout en étant "couvert par la loi" et partant non critiquable devant les tribunaux. L'intérêt de procéder par voie de règlements ministériels ayant paru suffisant aux pouvoirs publics, le nombre de règlements ministériels adoptés bon an mal an a été considérable, même si leur cadre juridique a dû paraître incertain jusqu'au premier arrêt de la Cour Constitutionnelle (v. le tableau ci-dessous).

---

<sup>10</sup> P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, 1952, p. 157.

<sup>11</sup> P. MAJERUS, préc., p. 153.

<sup>12</sup> A. LOESCH, *Le Pouvoir réglementaire du Grand-Duc*, Luxembourg, 1951, p. 60.

<sup>13</sup> A. LOESCH, op.cit., p. 48.

<sup>14</sup> Trib. adm., 16 juin 1997, Wolter-Weber, n° 9457; confirmé par CA, 15 janvier 1998, n° 10180C ("le privilège d'exécution des traités – et des lois – conféré par la Constitution au Grand-Duc constitue en même temps pour celui-ci une obligation dont il ne saurait se décharger sur un autre organe par voie de subdélégation").

<b>Année</b>	<b>Règlements ministériels</b>	<b>Règlements grand-ducaux</b>
1990	81	220
1991	110	239
1992	112	263
1993	102	309
1994	124	290
1995	107	204
1996	107	232
1997	114	228
1998 (Arrêt 01/98)	65	243
1999	40	287
2000	29	300
2001	32	264
2002	32	234
2003 (Révision art. 76)	27	273
2004	39	263
2005	257	230
2006	382	279

Une autre question, quoique similaire, est celle de savoir si la loi peut dans certains domaines ne pas régler tout elle même, mais laisser le soin au Grand-Duc de prendre des règlements complémentaires. Il existe en effet, notamment en matière de libertés publiques, une compétence exclusive de principe du législateur, en ce sens qu'il lui appartient seul de prendre les dispositions en la matière. Il en est ainsi si la Constitution emploie la formule active selon laquelle « la loi détermine »<sup>15</sup>, la « loi règle »<sup>16</sup>, la « loi prescrit »<sup>17</sup> une matière donnée; il en est également ainsi si l'intervention du législateur est exigée en raison de l'emploi de la formule passive

---

<sup>15</sup> Art. 10 al. 2 (naturalisation); art. 10bis al. 2 (égalité); art. 23 al. 2 (éducation); art. 28 (secret des lettres); art. 82 (responsabilité des députés); art. 99 (impôts communaux fixés par la loi).

<sup>16</sup> Art. 28 al. 2 (secret des lettres); art. 29 (emploi des langues); art. 64 (droit d'enquête dans la Chambre des députés); art. 94 al. 2 (organisation des tribunaux du travail); art. 107 al. 5 et 6 (composition des organes communaux et gestion communale); art. 114 al. 3 (référendum).

<sup>17</sup> Art. 41 (ordres militaires et civils).

prévoyant que la fixation de règles en une matière déterminée ne peut avoir lieu « que par la loi »<sup>18</sup> ou « que par une loi »<sup>19</sup>. Dans tous ces cas où la Constitution attribue au pouvoir législatif une compétence réservée du pouvoir de prendre la règle d'application générale, le législateur paraît tenu d'exercer lui-même la compétence qui lui a été attribuée, sans pouvoir la déléguer, en tout ou en partie, au pouvoir réglementaire.

Devant prévoir tout directement elle-même jusque dans ses derniers détails, la législation risque alors de vite devenir touffue et de se trouver rapidement dépassée par les changements qui ne manqueront pas d'intervenir dans la société. La loi devra dès lors être amendée, même sur des points de détail, par le vote d'une loi nouvelle, ce qui peut prendre du temps et en fin de compte paralyser le Parlement<sup>20</sup>. Plutôt que de risquer de créer une Chambre des députés « débridée », légiférant à tout va, l'on pourrait dès lors songer à décharger quelque peu le Parlement dans les domaines réservés à la loi, en transférant au pouvoir réglementaire la fixation des règles de détail endéans le cadre posé par la loi. Ceci pose la question de savoir si la Chambre des députés pourrait en ces matières ne régler que les problèmes les plus importants, et soit implicitement, soit explicitement conférer le soin au Grand-Duc de prendre les dispositions complémentaires nécessaires afin de rendre la loi pleinement opérationnelle.

Les arrêts de la Cour Constitutionnelle commentés ci-après s'inscrivent dans le contexte de ces incertitudes relatives. Ils étaient doublement attendus<sup>21</sup> : parce qu'il s'agissait, en ce qui concerne la question de la délégation réglementaire au ministre, de la première décision de la Cour Constitutionnelle ; mais aussi parce que le premier arrêt de la Cour Constitutionnelle allait donner des indications sur l'approche que la Cour Constitutionnelle allait sans doute retenir en matière de contrôle des lois : un contrôle exclusivement juridique, ou un contrôle teinté de considérations politiques ? Dans son arrêt 01/98 la Cour Constitutionnelle a fait preuve d'une grande orthodoxie juridique ; les autres arrêts rendus dans le domaine du partage des compétences entre la loi et le règlement, mais également ceux rendus dans les domaines commentés dans ce livre, montrent que la Cour Constitutionnelle a donné une orientation décisive de sa jurisprudence dans le sens d'un contrôle exclusivement juridique des lois.

## II. Le caractère attributif des compétences

Qu'il s'agisse de la question de la délégation du pouvoir réglementaire ou de celle de la possibilité d'intervention du Grand-Duc dans les matières réservées à la loi, le

---

<sup>18</sup> Art. 48 (interprétation des lois par voie d'autorité).

<sup>19</sup> Art. 99 n° 1 (fixation des impôts); art. 99 n° 5 (charges budgétaires s'étalant sur plus d'un exercice); art. 101 (privilèges fiscaux).

<sup>20</sup> En ce sens déjà P. WIGNY, *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, 1973, p. 266.

<sup>21</sup> Ce qui explique également pourquoi il a fait rapidement l'objet d'un commentaire : C. VITUCCI, « La première décision de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », *Ann. Dr. Lux.* 1999, p. 41.

concept-clef sur lequel la Cour Constitutionnelle s'est basée pour arrêter ses décisions est que les pouvoirs prévus par la Constitution sont d'attribution. Autrement dit: les charges que la Constitution confie à un organe, que ce soit au Parlement ou au Grand-Duc, doivent être assumées personnellement par celui-ci et ne peuvent dès lors être transférées à autrui. Ce n'est que dans le domaine réservé à la loi par la Constitution que la Cour Constitutionnelle s'est déclarée d'accord à atténuer quelque peu les rigueurs de ce principe, en laissant une place réduite et strictement encadrée au règlement grand-ducal.

### **1. Attribution par la loi de compétences réglementaires au ministre**

Les arrêts 1/98, 4/98, 5/98, 6/98, et 28/05 concernant tous la même problématique, ils peuvent être regroupés pour les besoins de ces observations. Les faits en eux-mêmes ne présentent pas un grand intérêt. Dans l'arrêt 01/98<sup>22</sup>, un candidat à l'obtention du brevet de maîtrise ayant échoué cinq fois de suite s'était vu opposer l'article 21 du règlement ministériel du 28 janvier 1982, aux termes duquel dans un tel cas de figure le candidat ne pouvait plus se présenter aux examens. Saisi du recours contre cette décision, les juridictions administratives ont saisi la Cour Constitutionnelle de la question de savoir si la loi avait valablement pu conférer le pouvoir réglementaire sur cette question au ministre et non au Grand-Duc. Dans les affaires 4/98<sup>23</sup>, 5/98<sup>24</sup> et 6/98<sup>25</sup>, différents chauffeurs de voiture avaient à chaque fois été arrêtés avec un taux d'alcool dans leur sang mesuré par des appareils homologués par règlement ministériel. La loi modifiée de 1955 concernant la circulation sur les voies publiques avait prévu l'intervention du règlement ministériel en la matière. L'arrêt 28/05<sup>26</sup> concernait une poursuite disciplinaire engagée par le Collège médical contre un médecin. Cette action était basée sur les dispositions du Code de déontologie de la profession; aux termes de la loi du 29 avril 1983 sur l'exercice de la profession de médecin et de médecin-dentiste, il appartenait au Collège médical d'établir ce Code de déontologie. La question se posait si ce code n'aurait pas dû être édicté par le Grand-Duc.

L'enjeu pratique de ces questions était évident. Si le règlement ministériel en matière de brevets de maîtrise devait être déclaré illégal, le candidat pourrait se réinscrire aux examens. De même, les sanctions prises le cas échéant à l'égard des chauffeurs ayant roulé en état d'ivresse étaient nulles, dans la mesure où elles avaient été constatées par l'appareil homologué. Enfin, la sanction disciplinaire prise par le Collège médical allait tomber, s'il n'avait pas de compétence pour fixer un Code de déontologie en premier lieu. Mais il ne s'agissait que de la pointe de l'iceberg : de nombreux organes institués dans les professions libérales (avocats, notaires, réviseurs d'entreprises, architectes, etc.) avaient adopté des mesures à

---

<sup>22</sup> Arrêt 1/98 du 6 mars 1998, Mémorial A n° 19, 18 mars 1998, p. 253, V. aussi Pas. lux. t. 30, p. 357 avec le commentaire de G. RAVARANI.

<sup>23</sup> Arrêt 4/98 du 18 décembre 1998, Mémorial A n°2, 18 janvier 1999, p. 15.

<sup>24</sup> Arrêt 5/98 du 18 décembre 1998, Mémorial A n° 2, 18 janvier 1999, p. 16.

<sup>25</sup> Arrêt 6/98 du 18 décembre 1998, Mémorial A n° 2, 18 janvier 1999, p. 17

<sup>26</sup> Arrêt 28/05 du 23 décembre 2005, Mémorial A n° 1, 5 janvier 2006, p. 1.

caractère général sur le pied de dispositions législatives les y invitant expressément ; d'innombrables aspects de la vie de tous les jours (port d'armes, chasse, pêche, etc.) recourent peu ou prou au règlement ministériel ; les circulaires de la CSSF risquaient du coup également de perdre leur caractère contraignant à l'égard des établissements bancaires et financiers ; etc. Les risques d'insécurité juridique et de déstabilisation de la vie en société étaient dès lors réels, si la Cour Constitutionnelle devait constater l'inconstitutionnalité des lois respectives.

Le spectre de la désorganisation de la vie publique n'a pas particulièrement ému la Cour Constitutionnelle qui s'en est tenue à de pures considérations juridiques. Les développements de la Cour Constitutionnelle quant à la possibilité pour la loi de déléguer au ministre la possibilité de prendre un règlement dans les différentes matières concernées ont en fait été tout à fait brefs. La Cour Constitutionnelle relève dans son arrêt 01/98 que le texte de l'article 36 attribuant le pouvoir réglementaire au Grand-Duc était « explicite », qu'il s'agit aux termes mêmes de la Constitution d'une « prérogative » du Grand-Duc, pour en déduire que l'article 36 de la Constitution « s'oppose à ce que la loi attribue l'exécution de ses propres dispositions à une autorité autre que le Grand-Duc ». L'affaire étant entendue après l'arrêt 01/98, la Cour Constitutionnelle se contente de réitérer cette conclusion dans ses arrêts 4/98, 5/98 et 6/98, en constatant à chaque fois, « que dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution ». L'arrêt 28/05, s'il est certes formulé légèrement différemment, reprend en fait exactement cette même idée, en constatant que le fait pour une loi de déléguer l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc « n'a pas respecté le pouvoir exclusif de réglementation attribué au Grand-Duc par l'article 36 de la Constitution (...) ».

Il est aisé de saisir le fond de la pensée de la Cour Constitutionnelle. Elle est partie du concept de souveraineté, véritable clef de voute de la Constitution luxembourgeoise. La souveraineté appartient à la Nation. Comme celle-ci ne peut l'exercer elle-même, elle confie l'exercice des pouvoirs qui sont les siens par voie de délégation aux institutions qu'elle a créées à cet effet dans la Constitution. Certes, aux termes de l'article 32 al. 1<sup>er</sup> de la Constitution c'est « le Grand-Duc (qui) l'exerce conformément à la présente Constitution et aux lois du pays ». Mais il n'est pas douteux que le Grand-Duc est avant tout le « symbole » de l'unité du pays (art. 33 de la Constitution), le Pouvoir constituant ayant fait sienne le concept de la séparation des pouvoirs tel que développé par Montesquieu dans l'*Esprit des lois* (1748), afin de diviser l'exercice des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, « afin que le pouvoir arrête le pouvoir ». Aussi la loi, si elle bénéficie bien d'une légitimité démocratique plus grande que les actes de l'exécutif et du judiciaire, au motif qu'elle a été adoptée par la Chambre des députés qui « représente le pays » (art. 50 de la Constitution), ne peut toutefois seule tout faire et tout décider. La Chambre des députés tient ses pouvoirs de la Constitution, elle agit en tant que « pouvoir constitué » et non pas en tant que « pouvoir constituant ». La marque essentielle de la souveraineté, c'est la possession du « pouvoir constituant ». La Chambre des députés ne fait que dériver ses pouvoirs de la Constitution. Elle doit dès lors respecter la répartition des compétences des organes à laquelle le Constituant a

procédé. C'est en ce sens qu'il faut nuancer pour le Luxembourg la thèse de la souveraineté de la loi telle qu'illustrée de manière éclatante par Carré de Malberg<sup>27</sup>: le législateur n'est pas souverain, il n'est ni la Nation ni son représentant unique; il ne fait que copartager avec d'autres organes l'exercice des pouvoirs que la Nation lui a attribué. En ce faisant, le législateur doit respecter les termes de la délégation de pouvoirs qui a été faite aux trois organes. Autrement dit: les pouvoirs constitués (le législatif, l'exécutif, le judiciaire) sont d'attribution et d'ordre public ; ils doivent être exercés par ceux auquel la Constitution les a confiés, conformément aux termes fixés dans la Constitution. La Constitution ayant attribué le pouvoir réglementaire au seul Grand-Duc, la loi ne pouvait attribuer elle-même ce pouvoir à une autre personne, à savoir le ministre. La Constitution a confié exclusivement au Grand-Duc le pouvoir réglementaire, et le législateur a l'obligation d'en respecter les attributions. Sur ce plan, le droit constitutionnel luxembourgeois se distingue du droit français, où la Constitution n'attribue pas non plus au ministre le pouvoir réglementaire d'exécution de la loi, mais où pourtant le Conseil constitutionnel admet qu'une loi puisse lui confier le soin de fixer ses modalités d'application, dans la mesure où il s'agit de « mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu »<sup>28</sup>. Au Luxembourg, par contre, le législateur ne peut attribuer au ministre le soin d'exercer un pouvoir réglementaire dans le secteur dont il a la charge, alors même que son rôle serait tout à fait circonscrit<sup>29</sup>.

Ce qui vient d'être dit pour l'attribution directe dans la loi du pouvoir réglementaire au ministre s'applique pour les mêmes raisons aux délégations éventuelles de la fonction réglementaire par le Grand-Duc lui-même. Tant que l'article 76 de la Constitution n'avait pas été réformé par la loi du 19 novembre 2004, il n'était pas possible au législateur d'autoriser expressément le Grand-Duc à déléguer dans un cas déterminé la fonction réglementaire à un ministre ; il en était de même du Grand-Duc, s'il venait à prendre cette initiative lui-même. L'idée clef de la Constitution est en effet que les pouvoirs constitués, le Grand-Duc en ce qui concerne la fonction réglementaire, doivent personnellement exercer leurs pouvoirs qui leur ont été confiés par la Constitution. Dans toutes ces hypothèses d'attribution directe de la fonction réglementaire au ministre ainsi que de celle de la délégation du pouvoir réglementaire par le Grand-Duc lui-même, le règlement ministériel sera illégal s'il a été adopté avant la réforme constitutionnelle de 2004. Il sera donc écarté par les tribunaux dans les cas d'espèce qui auront été portés à leur connaissance, en raison de leur inconstitutionnalité. Eu égard à l'approche tout à fait stricte adoptée par la Cour Constitutionnelle en matière de délégation et d'attribution de pouvoirs, il n'était pas possible, jusqu'à la réforme de 2004, de considérer qu'il serait satisfait au caractère inaliénable et non transférable des pouvoirs, si l'autorité constituée, ici le Grand-Duc, déléguait à une autorité secondaire, tel le ministre, le soin de prendre sous son contrôle des mesures de détail. L'on sait que d'après la jurisprudence belge basée sur des textes et conceptions similaires aux nôtres, une telle manière de

---

<sup>27</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, 1921.

<sup>28</sup> Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 12, *Rec.* p. 145.

<sup>29</sup> Cette situation reste la même après les changements constitutionnels intervenus en 2004.

procéder « n'implique aucune aliénation ou transmission de pouvoirs »<sup>30</sup>. Au Luxembourg, par contre, le Grand-Duc doit considérer le pouvoir réglementaire non seulement comme une « prérogative », mais également comme une charge, c'est-à-dire une obligation qu'il faut exécuter personnellement. Le Grand-Duc tenant ses pouvoirs de la Constitution, qui les lui a délégués, il ne pouvait subdéléguer ceux-ci avant la réforme constitutionnelle de 2004, même pour les points de détail d'ordre tout à fait secondaire. Le législateur doit respecter la compétence réglementaire du Grand-Duc en ne le court-circuitant pas ; au Grand-Duc d'exercer intégralement lui-même la fonction réglementaire qui lui a été confiée. La réforme constitutionnelle de 2004 a modifié les termes de la seconde proposition, sans toutefois changer en quoique ce soit l'obligation pour le législateur de respecter la fonction grand-ducale en matière réglementaire. L'attribution de la fonction directement par la loi au ministre reste impossible, avant comme après la réforme constitutionnelle de 2004.

## **2. Attribution par la loi de compétences réglementaires au Grand-Duc dans les matières réservées**

Les arrêts 15/03, 18/03 et 38/07 peuvent eux aussi être regroupés en raison de leur identité de problèmes et de solutions. Dans l'arrêt 15/03<sup>31</sup>, la loi du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur renvoyait, en son article 4, à un règlement grand-ducal qui devait définir, dans chaque discipline, les critères généraux afin que les diplômes étrangers puissent être homologués. Un docteur en stomatologie ayant fait ses études en Roumanie s'était vu refuser sur base de ce règlement grand-ducal l'homologation de son diplôme roumain, au motif que la personne en question n'avait pas suivi un certain nombre de matières déclarées obligatoires par le règlement grand-ducal. L'arrêt 18/03<sup>32</sup> concernait la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé, qui en son article 7 prévoit qu'« un règlement grand-ducal détermine le statut, les attributions et les règles d'exercice de ces professions ». Une infirmière pratiquant des soins à domicile en équipe et qui exerçait son métier au titre d'indépendant demandait l'annulation du règlement grand-ducal devant le tribunal administratif au motif de son inconstitutionnalité, le règlement grand-ducal étant à la fois intervenu dans le domaine de la protection de la santé comme de celui de l'exercice des activités libérales. L'arrêt 38/07<sup>33</sup> concerne la fiscalité et plus particulièrement les impôts prélevés sur les « alcopops ». Il s'agit là de boissons alcooliques préconditionnées dont le goût sucré est agréable à boire; joliment colorées, les boissons alcopops plaisent particulièrement aux jeunes. Les alcopops sont des limonades ou d'autres boissons sucrées mélangées à de l'alcool fort; Smirnoff Ice et Bacardi Breezer en sont deux exemples connus. Leur teneur en alcool est de 5 à 6%, mais le sucre qu'ils contiennent fait qu'on ne s'en rend pratiquement pas compte. Or, les jeunes sont

---

<sup>30</sup> Cass. b., 4 mai 1920, *Pas. belge* 1920, I, p. 135, *R.A.*, 1920, p. 390.

<sup>31</sup> Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003, *Mémorial A* n° 7, 23 janvier 2003, p. 89.

<sup>32</sup> Arrêt 17/03 du 7 mars 2003, *Mémorial A* n° 41, 2 avril 2003, p. 655.

<sup>33</sup> Arrêt 38/07 du 2 mars 2007, *Mémorial A* n° 36, 15 mars 2007, p. 741.

plus sensibles à l'alcool que les adultes et ils risquent d'en subir des dommages physiques importants. Par ailleurs, même une quantité modérée d'alcool accroît notablement le risque d'accident. Enfin, plus la consommation d'alcool est précoce et fréquente, plus le risque est grand de voir se développer des problèmes d'alcool au cours de la vie. Pour toutes ces raisons, la loi budgétaire du 23 décembre 2005 a-t-elle prévu en son paragraphe 10 alinéa 1<sup>er</sup> le principe d'un impôt à prélever sur ces boissons afin de les rendre moins attrayantes pour les jeunes, tout en renvoyant en son paragraphe 12 à un règlement grand-ducal afin de déterminer les conditions d'application de cet impôt. Le règlement grand-ducal en question imposant les produits «Desperados» et «Adelscott» importés au Luxembourg par une société belge, cette dernière fit recours auprès du Tribunal administratif. Ce dernier estimant qu'une difficulté d'interprétation de la Constitution se posait, renvoya l'affaire à la Cour Constitutionnelle<sup>34</sup>.

La problématique de ces trois arrêts est exactement la même. A chaque fois le règlement grand-ducal intervenait dans un domaine réservé à la loi par la Constitution : ici l'exercice des activités libérales (arrêt 15/03 et 18/03) dont l'exercice est aux termes de l'article 11 § 6 de la Constitution garanti « sauf les restrictions à établir par la loi » ; là, la perception d'un impôt (arrêt 38/07), alors que l'article 99 première phrase de la Constitution dispose qu' « aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que par une loi ». Une autre caractéristique commune est que dans les trois arrêts le règlement grand-ducal intervenait sur base d'une habilitation législative, sur invitation expresse de la part du législateur. Le fait que dans un arrêt la prétendue atteinte à la Constitution ne portait que sur une seule liberté publique (l'arrêt 38/07 en matière de taxe sur les alcolops), tandis que dans les deux autres arrêts deux atteintes aux libertés publiques étaient critiquées en même temps (atteinte à l'exercice des professions libérales et atteinte à la protection de la santé pour l'arrêt 18/03; atteinte à l'exercice des professions libérales et atteinte à la liberté d'enseignement pour l'arrêt 15/03) ne justifie pas une analyse distincte de ces arrêts. Un arrêt est inconstitutionnel ou ne l'est pas ; il ne reste pas constitutionnel s'il ne porte atteinte qu'à une seule liberté publique, pour ne devenir inconstitutionnel qu'en cas d'infractions multiples à la Constitution.

La Cour Constitutionnelle adopte dans ses trois arrêts une position somme toute assez flexible. Elle rappelle en effet à chaque fois que « l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve ». Autrement dit, par principe, dans les matières réservées, le législateur seul peut intervenir. À cette stricte quoique orthodoxe lecture des textes, la Cour Constitutionnelle préfère toutefois une lecture plus souple s'accommodant mieux de la réalité juridique. La loi ne peut pas toujours tout prévoir à l'avance jusque dans ses derniers détails. Et cela ne paraît pas nécessaire non plus si le cadre général a été suffisamment bien défini par le législateur. Dans ce cas, l'on ne voit pas pourquoi la loi ne pourrait pas laisser le soin au Grand-Duc d'apporter telles précisions de détail qui s'avèreront à l'expérience

---

<sup>34</sup> T.A., 31 janvier 2006, n° 20.976.

nécessaires pour bien appliquer la loi. Aussi la Cour Constitutionnelle a-t-elle pris le soin de nuancer la règle de la compétence exclusive du législateur dans les matières réservées en indiquant qu' « il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du droit » (arrêts 15/03 et 38/07). Si l'arrêt 18/03 recourt certes à une terminologie quelque peu différente (la réserve constitutionnelle « ne met pas obstacle aux habilitations plus spécifiques »), la portée de cet arrêt reste la même, la Cour Constitutionnelle y faisant également la distinction entre d'une part les règles générales à définir obligatoirement dans la loi, et d'autre part le traitement des questions de détail que la loi peut confier au règlement grand-ducal. Les conséquences que la Cour Constitutionnelle tire de sa jurisprudence sont que dans le cas de l'homologation des titres (arrêt 15/03), la loi est contraire à la Constitution, en ce sens que les critères généraux de matière d'homologation des titres étrangers (durée minimale des études, étendue et nature des matières étudiées) auraient du moins en partie été confiés par la loi au règlement, alors qu'en matière des professions de santé (arrêt 18/03) et de taxes sur les alcools (arrêt 38/07) la loi est constitutionnelle parce qu'elle a fixé seule les « critères généraux » (arrêt 18/03), si ce n'est les « règles essentielles concernant l'assiette, le taux et le recouvrement de l'impôt » (arrêt 38/07).

Ces arrêts doivent être approuvés. Si la Constitution a confié au législateur des matières qu'il a jugées essentielles, cette autorité ne peut rester en-deçà de sa compétence. Il lui est dès lors interdit de se contenter de poser des principes généraux en laissant à l'autorité réglementaire le soin de préciser l'essentiel du régime juridique. Idéalement, la loi devrait dans ces domaines tout régler directement elle-même. Mais si cela ne paraît pas praticable, le législateur respecte le caractère attributif des compétences constituées dans la Constitution, s'il pose au moins les règles primaires tout en indiquant qu'un règlement grand-ducal a été habilité pour établir les règles secondaires. La marge d'intervention du règlement grand-ducal est donc tout à fait limitée : non seulement il ne saurait pas altérer les règles posées par la loi, comme en matière de règlement complémentaire d'exécution de la loi ; mais en outre ne saurait-il participer en quelque manière que ce soit à la fixation des éléments déterminants de la volonté législative. Dans les matières réservées, le pouvoir réglementaire n'intervient que lorsque le législateur le veut bien, sur invitation expresse de sa part de s'associer à l'acte créateur de la règle juridique. Mais à la différence des autres domaines où le Parlement peut abandonner toute la réglementation à l'exécutif, le règlement grand-ducal dans les matières réservées ne peut être chargé de fixer lui-même l'ensemble des règles juridiques en question, ni de poser le moindre principe et régler quelque modalité substantielle que ce soit de la matière<sup>35</sup>. En somme, dans les matières réservées, la loi doit être suffisamment

---

<sup>35</sup> En ce sens déjà, Avis du Conseil d'État du 15 janvier 1946 sur le projet de loi concernant l'abrogation des lois de compétence de 1938 et 1939 et l'octroi de nouveaux pouvoirs spéciaux au Gouvernement; *Compte Rendu de la Chambre*, 1945-1946, Annexes, p. 95; v. également le président du Conseil d'État de l'époque, Félix WELTER, Discours de Félix Welter, in : *Livre jubilaire du Conseil d'État*, Luxembourg, 1956, p. 67. Contra sans doute: A. LOESCH, *op.cit.*: "la loi ne peut abandonner au règlement les matières qui forment la réserve de la loi formelle".

précise et complète, inclure toutes les dispositions de premier rang, le règlement grand-ducal ne concernant que des mesures de portée limitée nettement circonscrites, tant par leur champ d'application que par leur contenu.

Toute la difficulté est évidemment celle de déterminer ce qui est essentiel à un régime et ce qui ne l'est pas. Cela ne peut être qu'une question d'espèce à apprécier selon les circonstances. Mais l'arrêt 38/07 permet d'apporter quelques éclairages sur la question. L'article de la loi ayant instauré l'impôt sur les alco pops limite celui-ci à « certaines boissons alcooliques sucrées et certaines préparations de boissons alcooliques instantanées ou concentrées, appelées 'boissons alcooliques confectionnées' ou 'alco pops' » tout en laissant au règlement grand-ducal le soin d'en fixer les « conditions d'application ». Ce ne sont donc pas tous les alco pops qui sont imposés, mais seulement ceux que le règlement grand-ducal devait fixer. Le but de cette taxe additionnelle n'étant pas d'engendrer des recettes supplémentaires, mais d'augmenter le prix des produits en question de façon à prévenir la consommation d'alcool par des mineurs et l'abus d'alcool en général, seule une définition très large de cette catégorie de produits hétéroclites est susceptible de réaliser au mieux l'objectif de santé publique poursuivi. Les boissons alcooliques concernées par l'impôt pouvaient être à base de beaucoup de catégories d'alcool, tel notamment l'alcool éthylique, le vin, la bière, le cidre et d'autres boissons fermentées, et prendre des formes bien différentes, telle la poudre alcoolisée à laquelle il faut seulement ajouter de l'eau. On conçoit dès lors que le législateur n'ait pas voulu s'enfermer par avance dans un domaine susceptible d'évoluer rapidement, en évitant d'énumérer de manière précise les boissons à imposer et celles qui ne devaient pas l'être. Mais en ce faisant, un élément essentiel de l'impôt que la Constitution aura assurément voulu que seul le Parlement fixe a été omis dans la loi : la détermination du fait générateur de l'impôt. Aussi la Cour Constitutionnelle, plutôt que de déclarer la loi inconstitutionnelle, ce qu'elle aurait sans doute pu et à notre avis dû faire, s'est sentie obligée de venir à la rescousse du législateur, et cela non sans quelque peine. Si la loi prévoit l'impôt à l'égard de « certaines » boissons de type alco pops, la compréhension générale que l'on se ferait des alco pops permettrait d'après la Cour Constitutionnelle de conclure que « l'ensemble des boissons régies par la susdite définition » serait concerné, de sorte que l'administration n'aurait « pas le pouvoir de déterminer les boissons à imposer mais seulement la charge de préciser les conditions d'application à partir du concept légalement formulé ». La contradiction dans le raisonnement est bien évidemment apparente : si la loi n'impose que « certaines » boissons, il s'ensuit nécessairement que d'autres boissons ne le sont pas. Il faut donc un critère de délimitation que seule la loi peut poser. Ce critère faisant justement défaut, la Cour Constitutionnelle « relit » le texte de loi en indiquant que la loi budgétaire introduisant l'impôt sur les alco pops concernait en fait toutes les boissons de type alco pops, ce qui du coup enlèverait la marge d'appréciation (qui aurait été critiquable) du gouvernement concernant la délimitation du cercle des boissons à imposer.

Mais au-delà de la critique (somme toute assez facile) du caractère artificiel du raisonnement de la Cour Constitutionnelle pour sauver l'impôt sur les alco pops, son approche générale est à approuver en tant que telle. Certaines dispositions, pour

reprennent la terminologie française en la matière, « mettent en cause » les règles ; elles sont, dans les matières réservées, toujours du domaine de la loi. D'autres dispositions, par contre, pour rester dans la terminologie de droit public français, « mettent en œuvre » les règles. Concernant les simples modalités d'application des règles déterminantes, elles peuvent être créées par règlement grand-ducal sur invitation expresse de la loi. Il est difficile d'aller beaucoup plus loin en la matière, sauf d'indiquer qu'il est sans doute plus facile de faire respecter une limite de compétence « vers le haut » que « vers le bas » : on conçoit mieux, intellectuellement, ce que c'est que de mettre en cause un principe essentiel ou une règle essentielle, que ce que c'est que d'aller trop loin dans les détails, de s'immiscer dans la mise en œuvre. La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle impose au législateur dans les matières réservées de ne pas trop laisser la bride sur le cou au pouvoir réglementaire, de lui donner des indications suffisantes sur la façon dont il doit mettre en œuvre la loi. C'est toute la difficulté de l'exercice de délimitation « vers le bas ». Le législateur dans les matières réservées doit continuer sur son élan, en indiquant toutes les règles essentielles de la réglementation ; s'il ne doit pas nécessairement rentrer jusque dans les derniers détails, il ne peut cependant confier qu'un rôle tout à fait subalterne au pouvoir réglementaire pour mettre en œuvre les règles qu'il vient de poser. À défaut le règlement grand-ducal risquerait de pénétrer dans le domaine de la loi, ce que la Constitution entend justement proscrire. S'il fallait synthétiser la pensée de la Cour Constitutionnelle dans le domaine des matières réservées, l'on pourrait dire que la loi, pour être conforme à la Constitution, doit être suffisamment précise et complète.

Autrement dit, la Constitution a assigné un domaine minimum à la loi, un domaine irréductible, et il appartiendra au législateur en légiférant sur une matière de l'incorporer au domaine législatif. Il s'agit des principes et modalités substantielles de la matière, si elle a été réservée par la Constitution au Parlement. Il existe donc des limites contraignantes, extérieures à la loi et supérieures à elle, qui s'opposent à ce que certains domaines soient confiés par le législateur au pouvoir réglementaire. Dans ce domaine des matières réservées comme d'ailleurs dans celles qui ne le sont pas (les « matières libres »), il n'y pas de domaine maximum de la loi, la loi pouvant tout régler jusque dans ses derniers détails, ainsi que le rappelle la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt 1/98 : « qu'il n'est pas contesté que le pouvoir législatif est en droit de disposer lui-même au sujet de l'exécution de la loi ». Le pouvoir réglementaire n'a point de champ d'action minimum garanti, puisque le législateur peut tout à fait le court-circuiter en prévoyant également les mesures d'exécution de détail. Pour les mêmes raisons, et également en raison de la supériorité de la loi dans l'ordonnement juridique, le législateur peut à tout moment s'emparer d'une question et la faire passer dans son domaine propre.

Le pouvoir réglementaire est donc en définitive à la fois « propre », « dérivé », « tenu », « permanent » et « subsidiaire ». Il est « propre » en ce sens qu'il est prévu par la Constitution, ce qui donne un pouvoir d'action spontané du Grand-Duc pour compléter la loi, pouvoir que le législateur doit respecter. Il est « dérivé », car la « puissance initiale » est dans la loi, le règlement grand-ducal dérivant toujours indirectement de celle-ci. Il est « tenu », en ce sens que lorsque le pouvoir

règlementaire pourra agir, parce que la loi n'a pas déjà tout réglé elle-même, il devra en même temps le faire, le style directif de l'article 36 de la Constitution ne faisant pas de doute à ce sujet (le Grand-Duc « prend » ou lieu de « peut prendre » les règlements grand-ducaux). Il est « permanent » car le pouvoir d'édiction n'est pas épuisé par les premiers règlements grand-ducaux ; ceux-ci peuvent ultérieurement être modifiés ou remplacés par d'autres. Enfin, il est « subsidiaire » en ce sens qu'il ne possède pas de domaine propre constitutionnellement garanti protégeant le cas échéant le domaine réglementaire des empiètements du législateur. Lorsque la loi a déjà tout réglé directement elle-même, le pouvoir réglementaire ne peut plus intervenir. Dans les matières réservées, le caractère est même doublement subsidiaire: non seulement le règlement grand-ducal ne s'applique que là où la loi lui a laissé une place pour s'exprimer ; mais en outre le terrain qu'il occupera doit relever du domaine de la simple mise en application résiduelle des règles fondamentales préétablies par la loi. Dans les matières réservées, le législateur dispose d'un noyau de compétence irréductible dont il ne peut se défaire.

### **III. La suite des arrêts de la Cour Constitutionnelle**

Les arrêts de la Cour Constitutionnelle étant considérés comme créant des difficultés au niveau de l'exécution des lois, notamment lorsqu'il s'agit de prendre rapidement des mesures dans des domaines d'ordre technique, le Président de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, M. Paul Henri Meyers, déposa le 24 janvier 2001 une proposition de révision de l'article 36 de la Constitution<sup>36</sup>. Prise à son compte par le gouvernement<sup>37</sup>, la proposition de révision de l'article 36 a fait l'objet d'un débat d'idées intéressant entre le Conseil d'État d'une part, et la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle d'autre part. Si le texte finalement adopté reflète les remarques et suggestions faites de part et d'autre, il ne résout par contre pas tous les problèmes; il en a en fait créé de nouveaux. Nous nous limiterons dans le cadre de ce commentaire à analyser les changements législatifs induits par les arrêts de la Cour Constitutionnelle.

#### **1. La réaction du législateur**

En réaction aux arrêts 1/98, 4/98, 5/98, 6/98 de la Cour Constitutionnelle, M. Paul-Henri Meyers, proposa d'insérer un article 36 al. 4 dans la Constitution aux termes duquel « la loi peut autoriser les ministres à prendre les règlements et arrêtés dans la forme, dans les matières et selon les modalités qu'elle détermine ». Si la proposition de texte excluait certes toute possibilité d'attribution d'un pouvoir réglementaire à un secrétaire d'État, le texte était autrement des plus larges. Le gouvernement suggéra même d'aller plus loin encore en permettant non seulement au législateur, mais également au Grand-Duc, d'autoriser la prise de règlement ministériel, et cela également au profit des secrétaires d'État, au motif que ces derniers disposent de toute façon souvent d'une délégation de compétence, ce qui leur donne les mêmes

---

<sup>36</sup> Proposition de révision, doc. parl. n° 4754, session 2000- 2001.

<sup>37</sup> Doc. parl. n° 4754 (1), session 2000-2001.

droits et devoirs que ceux d'un ministre<sup>38</sup>. Ces textes suscitèrent une vive réaction de la part du Conseil d'État portant principalement sur deux points. D'un côté le Conseil d'État regrettait qu'une lecture littérale de la proposition de texte permette à la loi de prévoir la prise d'un règlement ministériel même dans les matières réservées par la Constitution à la loi. Pour la Haute Corporation, une telle possibilité ne serait concevable que dans les matières libres où la loi peut de toute façon en abandonner la réglementation à l'exécutif. Par ailleurs, la possibilité pour la loi de court-circuiter le Grand-Duc en conférant à l'occasion le pouvoir réglementaire à un ministre semblait contradictoire avec l'idée générale de la Constitution attribuant le pouvoir réglementaire au Grand-Duc. Si le Grand-Duc tient directement son pouvoir réglementaire de la Constitution, il ne paraissait pas concevable au Conseil d'État que la loi puisse disposer de ce pouvoir. Cela devait rester une prérogative du Grand-Duc. Si dans un premier temps la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle persista sur son idée, mise à part une simple reformulation de texte<sup>39</sup>, elle se laissa finalement convaincre par la démonstration du Conseil d'État, comme quoi le texte présenté par ce dernier serait à la fois praticable et plus en ligne avec l'esprit de la Constitution en plaçant le Grand-Duc au centre du pouvoir réglementaire. Aussi en est-on arrivé à l'article 76 al. 2 de la Constitution (en lieu et place de l'alinéa 4 de l'article 36) aux termes duquel « dans l'exercice du pouvoir lui attribué par les articles 36 et 37, alinéa 4 de la Constitution, le Grand-Duc peut, dans les cas qu'il détermine, charger les membres de son Gouvernement de prendre des mesures d'exécution ». Le pouvoir réglementaire ministériel n'est donc toujours qu'un pouvoir délégué par le Grand-Duc, le législateur étant incompétent pour attribuer un tel pouvoir directement au ministre. Une attribution directe par la loi du pouvoir réglementaire au ministre serait inconstitutionnelle.

Le pouvoir ministériel d'exécution des lois ainsi subdélégué par le Grand-Duc s'exerce de cas en cas (« dans les cas qu'il détermine »), ce qui prohibe tout risque « d'investiture générale du Gouvernement d'un pouvoir réglementaire d'exécution »<sup>40</sup>. Il faut donc que le Grand-Duc, un peu comme la loi en matière de matières réservées, fixe dans un premier temps le cadre général, les grands principes, avant que le ministre ne puisse agir par voie de délégation. Par ailleurs, même si les textes ne commandent pas nécessairement cette interprétation<sup>41</sup>, il

---

<sup>38</sup> Art. 4 de l'arrêté royal grand-ducal modifié du 9 juillet 1857 portant organisation du Gouvernement grand-ducal.

<sup>39</sup> La Commission proposa d'insérer un alinéa 3 à l'article 36 de la Constitution formulé comme suit: «Les membres du Gouvernement peuvent prendre des règlements et arrêtés prévus par la loi»; doc. parl. 4754 (3), session 2001-2002.

<sup>40</sup> Rapport de la Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, doc. parl. n° 4754 (6), session 2003-2004, p. 8. Le tribunal administratif jugerait de ce fait différemment la question du pouvoir réglementaire ministériel, s'il devait à nouveau être saisi de la question. Avant la réforme de l'article 76 de la Constitution, le tribunal administratif avait en effet conclu, sur base du caractère attributif des pouvoirs dans la Constitution, que le Grand-Duc ne pouvait se décharger de la fonction réglementaire, dans un domaine déterminé, sur une autre personne: Tribunal administratif, 16 juin 1997, *Wolter-Weber*, n° 9457; confirmé par Cour administrative, 15 janvier 1998, n° 10180C.

<sup>41</sup> L'art. 76 de la Constitution permet la subdélégation du pouvoir réglementaire dans les hypothèses où le règlement grand-ducal intervient sur le pied des articles 36 et 37 alinéa 4. Le pouvoir réglementaire d'exception dans les matières réservées étant prévu à l'article 32 al. 3, l'on pourrait en

paraît « inconcevable », pour reprendre l'expression du Conseil d'État<sup>42</sup>, que le Grand-Duc puisse déléguer son pouvoir réglementaire d'exception que la loi lui aura le cas échéant attribué dans une matière réservée. L'article 76 al. 2 de la Constitution ayant été introduit afin d'assurer une meilleure efficacité de l'activité réglementaire, on pourra sans doute en déduire que la délégation par le Grand-Duc doit pouvoir être effectuée au profit de tel ou tel ministre pris individuellement, plutôt qu'aux membres du gouvernement agissant collectivement, comme pour les règlements grand-ducaux<sup>43</sup>.

Lors du dépôt de la proposition de révision de M. Paul-Henri Meyers, l'arrêt 28/05 de la Cour Constitutionnelle rendu en matière de pouvoir réglementaire du Conseil médical n'avait pas encore été rendu. Eu égard à cet arrêt et au fait que le nombre d'établissements publics va en croissant, le Conseil d'État proposa en cours de route non seulement d'intégrer le concept d'établissement public dans la Constitution, mais également de leur donner le pouvoir réglementaire « dans la limite de leur spécialité » et sur invitation expresse de la loi seulement (art. 108 bis 2<sup>e</sup> phrase de la Constitution). La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, sans doute pressée par le temps, adopta telle quelle cette suggestion, sans commentaires particuliers de sa part.

Les arrêts 15/03, 18/03 et 38/07 relatifs au pouvoir réglementaire du Grand-Duc dans les matières réservées n'avaient pas encore été rendus lors du dépôt de la proposition de révision de M. Paul-Henri Meyers. Anticipant sans doute, sur la base de l'analyse traditionnelle du Conseil d'État en la matière, sur l'issue de ces arrêts, M. Paul-Henri Meyers crut utile de faire une proposition de texte libellée comme suit: « dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc peut prendre les règlements et arrêtés dans les cas limitativement fixés par la loi ». Il estimait en effet que la fixation par la loi des modalités substantielles de la matière réservée par la loi ne constituait pas toujours un critère opérationnel à l'abri de tout doute. Avec son texte, la loi pourrait décider, de cas en cas, d'attribuer au Grand-Duc seul la possibilité d'intervenir dans les matières réservées, sans que par ailleurs cette intervention ne puisse porter que sur des questions d'ordre secondaire. La loi pourrait du coup également fixer les formes, les matières et les modalités de ces règlements grand-ducaux, sans toutefois nécessairement devoir le faire. Également adopté par le gouvernement, cette proposition de texte fut sévèrement critiquée par

---

déduire qu'il ne serait pas visé par l'art. 76 de la Constitution. Mais cette lecture n'est pas la seule possible. On peut également considérer que l'article 36 est la disposition générale permettant au Grand-Duc de faire des règlements à caractère général en matière d'exécution des lois, et que l'art. 32 al. 3 n'a d'autre but que d'exiger dans les matières réservées un cadre précis à fournir par la loi. Lorsque ce cadre existe, le Grand-Duc intervient conformément aux dispositions de l'article 36 de la Constitution.

<sup>42</sup> Avis du Conseil d'État, *doc. parl.* n° 4754 (2), p. 13 ; CONSEIL D'ETAT, *op.cit.*, p. 269 ; M. THEWES, « Le pouvoir réglementaire démembré », *Ann. Dr. Lux* n° 14, p. 91 (ici p. 99).

<sup>43</sup> Il est vrai que cette lecture de l'article 76 de la Constitution privilégie la finalité du texte sur sa grammaire, car d'après le texte le Grand-Duc peut « charger *les* membres de son Gouvernement » ; il aurait été préférable de parler « des » membres du gouvernement si, comme nous le pensons, la possibilité d'une délégation individuelle était recherchée par la révision de l'article 76 ; en ce sens déjà M. THEWES, *préc.*, p. 101.

le Conseil d'État en raison du fait que le pouvoir réglementaire n'aurait plus de limites une fois que la loi aurait attribué au Grand-Duc sans autre condition le pouvoir d'intervention dans une matière réservée<sup>44</sup>. Aussi proposa-t-il d'encadrer davantage le pouvoir réglementaire en ces matières en soumettant la possibilité d'intervention du Grand-Duc aux « fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi ». Ce texte fut finalement retenu et voté par la Chambre des députés.

Il n'est pas inintéressant de savoir que la seule raison pour laquelle le Conseil d'État proposa ce texte, plutôt que de s'en remettre à sa propre distinction entre les modalités substantielles et les questions de détail, tenait à sa crainte que la Cour Constitutionnelle n'adopte une lecture stricte de la Constitution pour ce qui est des matières réservées, en excluant toute possibilité de recours au règlement grand-ducal. La Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle estimant, suite aux arrêts 15/03 et 18/03 de la Cour Constitutionnelle, l'approche retenue comme ayant été « confirmée » par les arrêts précités, cette proposition de texte fut soumise et approuvée par la Chambre des députés. L'article 36 al. 3 de la Constitution permet donc d'aller plus loin que ne le permettait la Constitution sous l'ancien texte tel qu'interprété par la Cour Constitutionnelle : dans les matières réservées, plutôt que d'être confiné aux mesures d'application de détail, le pouvoir réglementaire peut dorénavant s'exercer sur l'ensemble de leur contenu, à la seule condition que la loi prévoie cette possibilité et qu'elle fournisse par ailleurs le cadre précis à l'intérieur duquel le Grand-Duc devra se mouvoir dans l'exercice de son pouvoir réglementaire. Dans le cas où la loi n'a pas voulu recourir aux dispositions de l'article 36 al. 3 de la Constitution, en ne renvoyant pas à un règlement grand-ducal à prendre par la suite, les règles posées par la Constitution gardent cependant toute leur pertinence. Elles obligeront le législateur et le règlement grand-ducal d'opérer la distinction « principes – règles de détail », distinction faussement claire dans les faits.

Si en temps normaux le règlement grand-ducal ne peut intervenir dans les matières réservées par la Constitution à la loi que sur habilitation législative expresse de la part de cette dernière (art. 32 al. 3 de la Constitution), il en va différemment cependant en cas de « crise internationale ». Dans ce cas, le Grand-Duc peut, « s'il y a urgence », prendre des règlements en toute matière, donc dans les matières réservées comme dans les matières libres, des règlements même dérogatoires à des lois existantes (art. 32 al. 4 de la Constitution). Cette disposition introduite dans la Constitution à l'occasion de la révision du 19 novembre 2004 s'inscrit dans le cadre d'une longue tradition ayant débuté en 1915 avec la pratique des « arrêtés-lois ». Il s'agit là d'une délégation du pouvoir exécutif qui est interdite en principe par la Constitution et qui ne peut raisonnablement se justifier que dans des circonstances exceptionnelles : guerre, occupation du territoire, premiers temps après la libération du pays à la fin de la guerre ; etc. ; c'est-à-dire essentiellement dans des situations où la vie parlementaire se trouve (encore) paralysée. On comprend aisément que dans ce cas-là où la souveraineté nationale est réputée continuer à exister, le

---

<sup>44</sup> Doc. parl. n° 4754 (2), session 2000-2001, p. 5.

Pouvoir doit nécessairement se concentrer sur l'organe qui est encore capable d'agir. S'il faut nécessairement agir en dehors de la Constitution, en raison des circonstances, il faut toutefois s'accrocher autant que possible à son esprit, en permettant au Grand-Duc de prendre le relais. Mais si l'article 32 al. 2 de la Constitution recouvre certainement les cas de force majeure, il ne se limite cependant pas à cette hypothèse uniquement. Le terme de « crise internationale » est plus large que la situation de guerre et pourrait par exemple s'appliquer au règlement grand-ducal pris en matière économique pour contribuer dans l'urgence à des mesures de stabilisation économique engagées sur un plan mondial pour sauver le marché des capitaux (crise « *subprime* », etc.).

Si le règlement grand-ducal adopté sur la base de l'article 32 al. 4 de la Constitution peut certes être considéré comme étant une véritable « loi » à raison de son contenu, il n'en reste pas moins un règlement en raison de la qualité de l'organe dont il émane. Résultat d'un simple déplacement provisoire des frontières de la loi et du règlement, plutôt que d'une véritable « délégation » du pouvoir législatif au pouvoir exécutif, le règlement grand-ducal « d'extension de compétence » reste un acte de l'exécutif et peut comme tel être soumis au contrôle des tribunaux, notamment quant à la vérification de la réunion cumulative des conditions d'urgence et de crise internationale<sup>45</sup>. Contrairement cependant au passé, le règlement grand-ducal ainsi adopté n'est pas limité aux « mesures d'ordre économique et financier » ; il ne requiert pas non plus de loi spéciale habilitante, le Grand-Duc agissant dans ces cas sur base d'une habilitation par la Constitution elle-même. C'est donc lui qui, sous le contrôle des cours et tribunaux, appréciera si les conditions prévues à l'art. 32 al. 4 de la Constitution sont effectivement réunies.

La durée de la validité des règlements est limitée à trois mois (art. 32 al. 4 dernière phrase de la Constitution). Ceci implique que le Grand-Duc ne puisse plus prendre des règlements de pouvoirs spéciaux après écoulement du délai non renouvelable<sup>46</sup> de trois mois, tout comme il ne pourra plus modifier les dispositions ainsi prises qui portent sur le domaine de la loi à l'expiration de ce délai. Il en résulte également que les mesures ainsi prises, à défaut d'avoir été ratifiées par la Chambre des députés, cesseront d'avoir des effets juridiques à partir de l'écoulement de la date butoir. La ratification transformera les règlements grand-ducaux, rétroactivement, en textes de valeur législative. Mais l'article 32 al. 4 de la Constitution n'exige nullement la

---

<sup>45</sup> CONSEIL D'ÉTAT, op.cit., p. 145; A. LOESCH, op.cit., p. 59; M. THEWES, op.cit., p. 107. Cette conclusion à vrai dire ne va pas de soi. Comme le pouvoir de faire des lois est une affaire de la Constitution, il aurait tout à fait été possible pour celle-ci de prévoir une compétence exceptionnelle du Grand-Duc en matière législative. Si tel n'est en définitive pas le cas, c'est parce que les actes du Grand-Duc pris sur le fondement de l'article 32 al. 4 de la Constitution sont appelés « règlements ».

<sup>46</sup> L'esprit de l'art. 32 al. 4 commande de postuler l'interdiction des règlements d'exception « en cascade », selon l'expression de Marc BESCH, in M. BESCH, *Traité de légistique formelle*, Luxembourg, 2005, n° 290. L'on ne voit pas en effet comment le Parlement ne pourrait accomplir son travail endéans les trois mois, lorsque la matière est jugée urgente. Si les travaux ne sont pas finis à ce moment-là, c'est que le problème est ailleurs et le Grand-Duc ne devrait plus intervenir. L'article 32 al. 4 ne préjuge de toute façon en rien la capacité pour le Grand-Duc d'adopter, sur la base d'autres fondements, des dispositions en cas de III<sup>e</sup> Guerre mondiale. D'un avis opposé, v. M. THEWES, op.cit., p. 118.

ratification. L'hypothèse implicite envisagée par la Constitution est celle où en raison de l'urgence le Grand-Duc adopte son règlement sans l'avis préalable du Conseil d'État<sup>47</sup> et où la Chambre des députés adopte elle-même, lorsque la situation aura été stabilisée, les dispositions qu'elle juge appropriées. Dans ce cas, le règlement cessera de produire ses effets pour l'avenir.

## 2. Les difficultés restantes

Une question que la Cour Constitutionnelle n'aura pas à trancher, en raison du fait qu'elle relève de la compétence des tribunaux administratifs, mais qui se rattache directement à la question constitutionnelle du domaine du règlement et de la loi, consiste à savoir s'il existe encore une place quelconque pour le règlement autonome. Le Grand-Duc ne disposant plus, depuis 1919, du « résidu de souveraineté », il n'a d' « autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution » (art. 32 al. 2 de la Constitution). Comme l'article 36 envisage par ailleurs l'hypothèse du règlement grand-ducal uniquement dans la mesure où il s'avère « nécessaire pour l'exécution des lois », le règlement grand-ducal, exception faite de l'hypothèse particulière prévue à l'art. 32 al. 4, se greffera toujours sur une loi préalable. Si le champ de la compétence législative est donc à la fois libre, ouvert et non déterminé, celui du règlement grand-ducal est conditionné et borné par la loi. Il est tout à fait possible, sauf dans les matières réservées, pour une « loi habilitante » de renvoyer à un règlement grand-ducal, afin que celui-ci prenne non seulement les dispositions de détail nécessaires en vue de l'exécution de la loi, mais que le Grand-Duc soit également autorisé à poser les règles essentielles devant gouverner la matière. Pris sur le pied de l'article 32 al. 2 de la Constitution, l'impulsion initiale par la loi sera la condition nécessaire et suffisante pour le règlement grand-ducal. Le Grand-Duc ne dispose donc pas en tant que tel d'un pouvoir réglementaire autonome<sup>48</sup>. Il s'ensuit que chaque fois qu'il s'agit de soumettre pour la première fois une question quelconque à l'emprise de la réglementation juridique, seule la Chambre des députés est compétente.

Un doute subsiste toutefois : celui des règlements de police. Le règlement de police est celui qui contient des prescriptions à respecter afin de garantir au mieux la tranquillité, la sécurité et l'hygiène publiques dans le pays. Le règlement de police autonome se réclamait à l'origine du décret du 22 décembre 1789. Mais comme l'article 117 de la Constitution proclame l'abrogation de toutes les normes juridiques qui ont été contraires à la Constitution au jour de son exécution au Luxembourg, ce texte ne peut de toute façon pas légitimer l'action grand-ducale sur ce plan-là. L'on sait que la Cour de cassation belge<sup>49</sup> avait affirmé le principe de la compétence réglementaire autonome du chef de l'exécutif en matière de police, avant qu'une loi du 5 juin 1934 ne confirme définitivement ce point. La nécessité de maintenir l'ordre

---

<sup>47</sup> L'art. 2 de la loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'État permet au Grand-Duc de ne pas recourir, en cas d'urgence, à l'avis préalable du Conseil d'État avant d'adopter un règlement grand-ducal.

<sup>48</sup> En ce sens déjà: Trib. Lux., 28 novembre 1933, *Pas. lux.* 13, p. 93.

<sup>49</sup> Cass., 16 janvier 1922, *Pas. lux.*, 1922, I, p. 132.

public a été invoquée à cet égard comme fondement du pouvoir de règlement autonome<sup>50</sup>. Le raisonnement opéré est à peu près le suivant : le droit a pour objectif de rendre possible la vie en société, en édictant les règles de comportement à respecter ; l'arrêté royal belge, tout comme le règlement grand-ducal, a pour mission d'assurer l'exécution des lois ; de ce fait, l'arrêté royal participe au souci de maintien de l'ordre public. L'argument est intéressant même s'il nous paraît solliciter quelque peu de trop le raisonnement métajuridique. Lorsqu'on replace le pouvoir réglementaire grand-ducal dans le contexte de son évolution historique, il apparaît clairement que les prérogatives du Grand-Duc en matière réglementaire ont été progressivement diminuées au profit de celles du législateur. Le maintien de l'ordre public est de ce fait, tout comme l'ensemble des normes juridiques réglant la vie en société, d'abord une affaire de la Chambre des députés. Le texte de l'article 36 de la Constitution étant clair, il n'y a pas lieu de distinguer là où le Constituant n'a pas jugé utile de le faire lui-même : le souci de maintenir l'ordre public justifie l'existence de la Constitution, mais ne peut sans doute servir de fondement à l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome en matière de police.

La possibilité pour le Grand-Duc de conférer aux membres de son gouvernement la possibilité de prendre des règlements ministériels a été introduite par la loi du 19 novembre 2004 dans la Constitution. La loi n'ayant pas prévu de disposition particulière en ce qui concerne la mise en vigueur de la loi, les règles ordinaires s'appliquent, de sorte que la loi a pris effet trois jours après sa publication au Mémorial, soit le 28 novembre 2004. Les règlements ministériels pris sur base de l'article 76 alinéa 2 de la Constitution à partir de cette date sont dès lors conformes à la Constitution. L'article 2 du Code Civil dispose en effet, qu'en principe, la loi nouvelle n'a pas de caractère rétroactif. Pour autant ce principe comporte un certain nombre d'exceptions. On peut penser aux lois interprétatives qui précisent le sens d'une loi antérieure tout comme aux lois pénales plus douces (qui suppriment une infraction ou opèrent la descente dans l'échelle des peines) sous réserve que les faits commis avant leur entrée en vigueur n'ont pas encore, à cette date, donné lieu à une décision judiciaire définitive. La loi du 19 novembre 2004 ne rentre dans aucune des deux catégories en question. Mais le législateur peut également déclarer expressément rétroactive une loi qui vient d'être votée. Cela est possible parce que la non-rétroactivité n'est pas un principe d'ordre constitutionnel, mais uniquement de politique législative. Les nombreux arrêts rendus à ce sujet par le passé par les cours et tribunaux<sup>51</sup> montrent en effet que si la rétroactivité est tout à fait possible sur le plan juridique, du moins en ce qui concerne les lois, elle ne peut être présumée ou dégagée des intentions du législateur, mais doit résulter d'une disposition formelle de la loi. Or, dans le cas de la loi du 19 novembre 2004, une telle rétroactivité n'est pas prévue<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. 2, Bruxelles, 1952, p. 622.

<sup>51</sup> V. Code civil, sub art. 2.

<sup>52</sup> M. THEWES, *op.cit.*, p. 119, qui estime cependant que la loi de 2004 aurait ratifié ex post de nombreuses dispositions législatives adoptées avant 2004 et qui prévoyaient déjà un pouvoir réglementaire au profit des établissements publics et des organes professionnels.

Mais de toute façon la rétroactivité n'aurait pas servi à grand-chose. Bon nombre de règlements ministériels ont en effet été adoptés par le passé directement sur ordre de la loi et non pas sur invitation du Grand-Duc, de sorte que ces règlements ministériels resteraient illégaux même en cas d'application rétroactive de l'article 76 alinéa 2 de la Constitution. Une ratification en bloc par le Grand-Duc des règlements ministériels adoptés avant le 28 novembre 2004 semble également impossible: non seulement les règlements grand-ducaux ne peuvent produire leurs effets que pour l'avenir<sup>53</sup>, mais en outre la possibilité de subdélégation aux ministres n'est possible que « dans les cas qu'il (le Grand-Duc) détermine ». Or, il faudrait avaliser des milliers de règlements ministériels illégaux pris durant les XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, ce qui constitue une opération « tous azimuts » plutôt que ponctuelle comme la Constitution l'exige. Il s'ensuit que les règlements ministériels adoptés jusqu'au 28 novembre 2004 sont illégaux et le resteront nécessairement, à défaut de toute possibilité de régulariser la situation.

Une autre difficulté est celle consistant à situer les règlements qui peuvent être nouvellement pris par les ministres, les établissements publics ainsi que les ordres professionnels. La Constitution ne prévoit aucune règle explicite à ce sujet. Même si le règlement grand-ducal reste l'instrument réglementaire de référence, les règlements pris par les autorités autres que le Grand-Duc sont tout autant contraignants pour les personnes concernées que le sont les règlements grand-ducaux. Ils devraient dès lors se trouver, dans la hiérarchie des normes juridiques, sur un même plan que le règlement grand-ducal. L'articulation avec le règlement grand-ducal n'est dès lors pas évidente, surtout en ce qui concerne les règlements pris par les établissements publics et les ordres professionnels. Ceux-ci tenant leur pouvoir réglementaire de la loi, aux conditions prévues par elle, il est tout à fait concevable que les établissements publics et les ordres professionnels prennent dans leur sphère de compétence marquée par le principe de spécialité des dispositions qui se trouvent en conflit avec un règlement grand-ducal existant, voire subséquent. La difficulté a déjà été signalée<sup>54</sup>, même s'il ne faut pas en exagérer la portée.

En droit constitutionnel luxembourgeois, le pouvoir réglementaire n'a pas d'espace réservé sur lequel le législateur ne saurait empiéter. Aussi, le législateur peut très bien, tant dans les matières réservées que dans les matières libres, descendre au niveau des règles de détail, de façon à rendre inutile tout règlement grand-ducal<sup>55</sup>. Le Grand-Duc ne disposant d'aucun noyau de compétence qui ne puisse lui être retiré, il ne peut agir que dans la mesure où le législateur l'admet en n'ayant pas déjà tout réglé directement lui-même. Aussi, si la loi, dans le cadre de la création de l'ordre professionnel ou de l'établissement public, confère à ces derniers le pouvoir réglementaire, le Grand-Duc ne pourra à notre avis prendre de règlement dans les domaines qui relèvent de la sphère de compétence réglementaire des ordres

---

<sup>53</sup> C.E., 13 juillet 1979, *Pas. lux.* 24, p. 307.

<sup>54</sup> V. à ce sujet: M. THEWES, *op.cit.*, p. 108 et s.

<sup>55</sup> Arrêt 1/98 du 6 mars 1998, Mémorial A n° 19, 18 mars 1998, p. 254: «le pouvoir législatif est en droit de disposer lui-même au sujet de l'exécution de la loi ».

professionnels et des établissements publics. Les arrêts de la Cour Constitutionnelle rendus en matière de règlements ministériels ne s'appliquent pas par analogie ici, ni l'article 76 al. 2 de la Constitution. Ici, si la loi confère certes directement à une personne autre que le Grand-Duc un pouvoir réglementaire, elle le fait cependant sur la base d'une disposition inscrite dans la Constitution elle-même. C'est donc le Constituant lui-même qui prévoit la possibilité d'attribution du pouvoir réglementaire à une personne autre que le Grand-Duc.

La situation est plus claire encore pour le règlement ministériel. Celui-ci ne saurait concurrencer, et encore moins primer le pouvoir réglementaire du Grand-Duc. Ce risque aurait été réel, ainsi que l'a fait remarquer le Conseil d'État dans son avis<sup>56</sup>, si le texte tel qu'initialement proposé avait été adopté. Il en va différemment cependant dans le cadre du texte finalement voté. C'est le Grand-Duc seul qui peut accorder le pouvoir réglementaire ministériel, « dans les cas qu'il détermine » (art. 76 al. 2 de la Constitution). Les ministres agissant sur la base d'une délégation du Grand-Duc, le Grand-Duc doit pouvoir à tout moment retirer le pouvoir réglementaire aux ministres, abroger implicitement un règlement ministériel en le remplaçant par un règlement grand-ducal. Les règlements ministériels sont donc subordonnés aux règlements grand-ducaux dans la hiérarchie des normes<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Avis du Conseil d'Etat, *doc. parl.* n° 4754 (2), 2001-2002, p. 5 et s.

<sup>57</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat, *doc. parl.* n° 4754 (5), 2003-2003, p. 3; M. THEWES, *op.cit.*, p. 99.



# Der Schutz der Grundrechte

Mark D. COLE

Dieser Beitrag unternimmt es, im rechtsvergleichenden Blick auf die Verfassungsrechtsprechung des Nachbarstaates Bundesrepublik Deutschland die Entwicklung des Grundrechtsschutzes in Luxemburg durch das hiesige Verfassungsgericht – den Cour Constitutionnelle – zehn Jahre nach seiner Gründung darzustellen. Das im Vergleich schon mit einer lang andauernden Tradition ausgestattete *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* in Karlsruhe basiert zwar auf einer ganz anderen Konstruktion, der Vergleich erlaubt aber einige weiterführende Bemerkungen einzubringen, wie sich die Verfassungsgerichtsrechtsprechung in Luxemburg in Zukunft möglicherweise noch entwickeln könnte. Weder der mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattete *Supreme Court* der USA in Washington noch das *BVerfG* in Karlsruhe hatten Vorbildcharakter für die den Cour Constitutionnelle einführende Verfassungsänderung (Art. 95ter)<sup>1</sup>, andererseits befinden sich aber luxemburgische Gerichte im Blick auf internationale Menschenrechtsverpflichtungen des Staates in nicht unähnlicher Position wie die „Rechtsverwandten“ in Deutschland, weshalb der Vergleich der Tätigkeit und Arbeitsergebnisse gewinnbringend sein kann.

## I. Allgemeines

Der Beitrag behandelt die Grundrechts-Rechtsprechung des Cour Constitutionnelle im Allgemeinen, jedoch beschränkt er sich in der konkreten Falldarstellung aus zweierlei Gründen vornehmlich auf die klassischen Grundrechte außerhalb des Gleichheits- und Eigentumsbereichs. Einerseits finden sich im Zusammenhang mit diesen beiden Komplexen die mit Abstand meisten der mittlerweile 43 Urteile des Cour Constitutionnelle und weisen dabei eigene Prüfungsmaßstäbe auf. Andererseits werden diese bereits an anderer Stelle ausführlich analysiert.<sup>2</sup> Zu den übrigen Grundrechten liegt bislang nur eine sehr eingeschränkte Spruchpraxis des Gerichts vor, so dass die vorliegende Analyse auch allgemein verbindliche Ableitungen

---

<sup>1</sup> Vgl. zur Entstehung und der eingeschränkten Zuständigkeit M. THILL, „Der Verfassungsgerichtshof des Großherzogtums Luxemburg“, *Ann. Dr. Lux.* 2003, p. 53, 57 f.; ferner P. KINSCH, « La technique du contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg: réalité et perspectives », in: Engels/Lemmer (ed.), *Feuille de Liaison de la Conférence Saint-Yves*, n° 91 (1998), p. 5 ff.; C. VITUCCI, « La première décision de la Cour Constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », *Ann. Dr. Lux.* 1999, p. 41, 44 ff.; F. DELPEREE / C. FREMAULT DE CRAYENCOUR, « La Cour Constitutionnelle Luxembourgeoise », *Ann. Dr. Lux.* 1998, p. 95, 106 f. sprechen von « l'exception luxembourgeoise ».

<sup>2</sup> Vgl. die Beiträge von P. KINSCH, p. 95 und G. RAVARANI, p. 23.

verbietet. Bereits die geringe Zahl an entschiedenen Fällen ist für sich genommen eine wichtige Beobachtung, für die im Nachfolgenden Erklärungen zu suchen sind.<sup>3</sup>

Vorrangig liegt dies daran, dass der Schutz der Grundrechte luxemburgischer Bürger und von Personen in Luxemburg nicht allein dem *Cour Constitutionnelle* vorbehalten ist, sondern vielmehr eine Aufgabenteilung und sogar -delegation erfolgt, nach der die ordentliche und Verwaltungsgerichtsbarkeit ihrerseits rechtswidrige Akte hoheitlicher Gewalt am Maßstab höherrangigen Rechts prüfen dürfen. Auch haben diese Gerichte die Kompetenz, entsprechende Schlüsse – etwa zum Umfang und Gehalt eines bestimmten Grundrechts, das im vorliegenden Rechtsstreit relevant ist<sup>4</sup> – zu ziehen. Insoweit spielt schon die Vorüberlegung eine Rolle, ob eine Vorlage an das Verfassungsgericht überhaupt nötig ist oder die grundrechtsbezogene Frage nicht vom entscheidenden Gericht selbst bzw. der Fall gar ohne Hinzuziehung des Grundrechtsaspekts entschieden werden kann. Ferner erstreckt sich der Kompetenzbereich der Gerichte auch auf den Individualrechtsschutz für Normen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die von Gerichten angewandt und somit Grundrechtsverstöße auch unter „Umgehung“ der Verfassungsnormen wegen entsprechender Einwirkung der EMRK behoben werden können.<sup>5</sup> Schließlich ist schon die Vorprüfung der Gesetzesvorhaben durch den *Conseil d'Etat* ein erstes Korrektiv möglicher Grundrechtsverletzungen, das die Einbeziehung des Verfassungsgerichts im Anschluss an verabschiedete Gesetze oft überflüssig machen wird.<sup>6</sup>

## II. Die Grundrechts-Rechtsprechung des *Cour Constitutionnelle*

Im Folgenden wird auf die Grundrechtsurteile des *Cour Constitutionnelle* eingegangen. Dabei ist nochmals zu unterstreichen, dass das Gericht kein Eigeninitiativrecht hat, sondern nur auf Vorlage der Instanzgerichte tätig werden kann, wobei deren Vorlagepflicht nicht sehr weitgehend ist, und damit dem Verfassungsgericht ein nur eingeschränktes Tätigkeitsfeld bleibt. Zur Betrachtung stehen damit die Urteile in den Sachen 2/98<sup>7</sup>, 3/98<sup>8</sup>, 20/04<sup>9</sup> und 21/04<sup>10</sup>, die sich mit

---

<sup>3</sup> Die jährlichen Fallzahlen beim *BVerfG* liegen um ein Vielfaches höher, zuletzt etwa 6000 neu anhängige Fälle pro Jahr und in etwa die gleiche Zahl entschiedene Rechtssachen (der Überhang aus den 1990er Jahren ist durch ein größere Erledigungs- als Eingangszahl in den letzten Jahren zurück gegangen). Auch bei Nichtberücksichtigung der überproportional vertretenen Verfassungsbeschwerden sind die Zahlen viel höher als in Luxemburg, nämlich zwischen 100 und 150 Fälle im Jahr. Vgl. zu den Angaben [http://www.bverfg.de/organisation/statistik\\_2007.html](http://www.bverfg.de/organisation/statistik_2007.html).

<sup>4</sup> Ein frühes Beispiel, lange vor der Etablierung des *Cour Constitutionnelle*, für eine klarstellende, weite Auslegung des Schutzbereichs eines Grundrechts sind die Entscheidungen *Cour Supérieure de Justice*, 24 juillet 1952, *Pas. lux.* 15, p. 355; *Cour Supérieure de Justice*, 15 décembre 1959, *Pas. lux.* 18, p. 90, wonach das Streikrecht (damals) implizit in Art. 11 Constitution enthalten ist, was mittlerweile auch ausdrücklich der Fall ist.

<sup>5</sup> Vgl. dazu bereits J. GERKRATH, p. 3.

<sup>6</sup> Vgl. die Kompetenz des *Conseil d'Etat*, eine zweite Lesung im Gesetzgebungsverfahren zu fordern, jüngst etwa beim Sterbehilfe-Gesetz eingesetzt, *Conseil d'Etat*, *Motifs du refus de la dispense du second vote constitutionnel de la proposition de loi 4909 et du projet de loi 5584*, 10 avril 2008, No. 45.786/47.259, zu finden unter <http://www.conseil-etat.public.lu>.

<sup>7</sup> Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998, *Mémorial A* n° 102, 8 décembre 1998, p. 2499.

Naturrecht, Familienrecht, Glaubensfreiheit, persönlicher Freiheit und Vereinigungsrecht beschäftigen.

### 1. Arrêt 2/98: Familienrecht und Adoption

Schon die zweite Rechtssache aus dem Jahr 1998 bot potentiell große Entfaltungsmöglichkeiten für das Verfassungsgericht und hat auch nach der Entscheidung sowohl die innerstaatliche Gerichtsbarkeit als auch in Jahr 2007 den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg in der Sache *Wagner/Luxemburg*<sup>11</sup> beschäftigt.

In Frage stand in dieser Rechtssache eine familienrechtliche Bestimmung des luxemburgischen Code Civil, die für reguläre Adoptionen ein verheiratetes Adoptivelternpaar forderte und es Alleinstehenden verunmöglichte, unter den gleichen Bedingungen Adoptionen vorzunehmen. Neben der naheliegenden Frage der Vereinbarkeit mit dem Egalitätsgrundsatz<sup>12</sup>, der aber mit den Unterschieden im Zivilstand als Grund für die unterschiedliche Behandlung dieser beiden Personengruppen rechtfertigend beantwortet werden konnte, bezog sich die Vorlagefrage auf die Verfassungsvorschrift des Art. 11 (1)<sup>13</sup>. Diese verpflichtet den Staat zur Garantie der Naturrechte der Individuen und der Familien:

L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

Mit dieser Rechtssache hat das Gericht zunächst eine wichtige Entscheidung zur Zulässigkeit von Vorlagen getroffen. Von den sieben Vorlagefragen hat das Verfassungsgericht nur die erste als zulässig bewertet, weil sich die anderen nicht konkret auf eine gesetzliche Bestimmung bezogen hätten, die aus Sicht des vorliegenden Gerichts gegen eine bestimmte Verfassungsnorm verstoße. Diese Einschränkung der Zulässigkeit auf normbezogene Vorlagen ist später bei der Bewertung der Ausübung der Jurisdiktionskompetenz des Cour Constitutionnelle nochmals aufzugreifen.<sup>14</sup>

Mit der Rechtssache 2/98 erhielt das Verfassungsgericht also Gelegenheit zur Klärung, inwieweit das Naturrecht die Rechtspositionen der Individuen gegenüber

---

<sup>8</sup> Arrêt 3/98 du 20 novembre 1998, Mémorial A n° 2, 18 janvier 1999, p. 14.

<sup>9</sup> Arrêt 20/04 du 28 mai 2004, Mémorial A n° 94, 18 juin 2004, p. 1561.

<sup>10</sup> Arrêt 21/04 du 18 juin 2004, Mémorial A n° 116, 12 juillet 2004, p. 1765.

<sup>11</sup> EGMR, Req. n° 76240/01, Arrêt du 28 juin 2007 – *Wagner et al./Luxembourg*; dazu P. KINSCH, «La condamnation du Luxembourg pour non-reconnaissance d'une adoption péruvienne et ses effets sur le droit (international) privé luxembourgeois. Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 28 juin 2007», *Pas. lux.* T. 33, p. 225 ff.; vgl. ferner unten Abschnitt IV.

<sup>12</sup> Dazu noch P. KINSCH, p. 95, 112 ff.; letztlich war es aber diese Ungleichbehandlung, die aus Sicht des EGMR nicht zu rechtfertigen war, weil das Kindeswohl im Vordergrund zu stehen habe, EGMR, *Wagner et al./Luxembourg*, préc., n° 133-135.

<sup>13</sup> Zum Zeitpunkt der Entscheidung noch Art. 11 (3), aber wortgleich. Vgl. zur Verfassungsänderung von 2007 CONSEIL D'ETAT (Hrsg.), *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Première mise à jour, Luxembourg 2007, p. 7 f., <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/actualites/2007/09/miseajour/miseajour.pdf>.

<sup>14</sup> Vgl. ferner bereits J. GERKRATH, p. 3, 5 ff., mit genauer Analyse des Gesetzes von 1997 über das Verfassungsgericht.

den in der Verfassung auch bezüglich des materiellen Schutzbereichs explizit genannten Grundrechten erweitert und insbesondere ob der zweite genannte Aspekt des Familienlebens aus dieser Vorschrift zusätzlichen Schutz erhält.

Bei Art. 11 (1) handelt es sich um eine ungewöhnliche Vorschrift, die den Versuch unternimmt, im kodifizierten Recht Platz zu schaffen für überpositives Recht und dies sogar in der Form eines einklagbaren Grundrechts.<sup>15</sup> Im Ergebnis legte der Cour Constitutionnelle auch in diesem Sinne fest, dass mit Art. 11 (1) diejenigen Rechte erfasst werden, die sich aus der Natur und der schlichten Existenz des Menschen ergeben, also gerade nicht notwendigerweise durch die ausdrückliche Festlegung durch Menschen als positives Recht. Bezüglich der Familie gehöre dazu die Gründung und das Leben in einer wie auch immer gearteten Lebensgemeinschaft. Jedoch habe der Gesetzgeber Regelungen zum Adoptionsrecht geschaffen und damit eine positivrechtliche Normierung des Grundrechts auf Familiengründung im Rahmen seines Beurteilungsspielraums geschaffen.<sup>16</sup> Dabei habe er das Ziel eines gut funktionierenden Adoptionswesens im Auge gehabt, das dem Ausgleich der Interessen der Gesellschaft und der potentiellen Adoptiveltern gerecht wird. Im konkreten Fall falle die Prüfung des luxemburgischen Adoptivrechts damit schon nicht in den von Art. 11 (1) Constitution geschützten Bereich des Naturrechts und sei das Adoptionsrecht zudem auch aus materiellen Erwägungen nicht verfassungswidrig. Vielmehr seien die positiven Normierungen der Adoptionsregeln tatsächlich zum Wohle der Gesellschaft und der Adoptionsfamilien getroffen und damit eine Ausgestaltung gefunden worden, die der Verfassung nicht zuwider laufe.<sup>17</sup>

Diese Antwort des Verfassungsgerichts hat letztendlich nicht zur Auflösung des Konflikts beigetragen, was sich an der Verurteilung Luxemburgs vor dem *EGMR* im Sommer 2007 ablesen lässt.<sup>18</sup> Hinsichtlich Art. 8 EMRK und der dort enthaltenen Verpflichtung zum Schutz des Familienlebens in Abs. 1:

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, [...]

haben es die luxemburgischen Gerichte aus Straßburger Sicht versäumt, die Kollisionsregel des nationalen Rechts zu Adoptionen, die im Ausland vollzogen wurden, so anzuwenden, dass im konkreten Fall das bestmögliche Kindeswohl und Interesse der Adoptivfamilie erreicht wird.<sup>19</sup> Die formale Argumentation der strikten Anwendung luxemburgischen Rechts durch das Verfassungsgericht im Gefolge der Instanzgerichte hat also nicht vor einer Verurteilung im Lichte der Konvention durch den *EGMR* geschützt. Hier ist fraglich, ob die Vorlagefrage des *Tribunal d'arrondissement* nicht eben doch hätte vom Cour Constitutionnelle so beantwortet werden müssen oder zumindest können, dass die nach luxemburgischen Verfassungsrecht geschützte „Familie“ so im Lichte der EMRK auszulegen ist, dass

---

<sup>15</sup> Vgl. zur Naturrechts-Vorschrift allg. CONSEIL d'ETAT (Hrsg.), *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006, Art. 11, p. 60 f.

<sup>16</sup> Arrêt 2/98, préc., Abschnitt zu Art. 11 (3) Absatz 3 f.

<sup>17</sup> Arrêt 2/98, préc., ebenda.

<sup>18</sup> *EGMR, Wagner et al./Luxembourg*, préc., n° 126, 133-135.

<sup>19</sup> Vgl. ausf. dazu P. KINSCH (préc.), *Pas. lux.* T. 33, p. 225 ff.

die Grundentscheidung des Gesetzgebers zum Wohle des Adoptivkindes auch im konkreten Fall zum bestmöglichen Ergebnis für das Kind und die Gesellschaft führt und nicht eine solche Einzelfallentscheidung durch die feststehende Grundentscheidung des Gesetzgebers verhindert wird.

## **2. Arrêt 3/98: Schulwesen und Glaubensfreiheit**

In der Entscheidung *Sansana gegen den Staat und das Erziehungsministerium* spielte – ebenfalls noch zu einem frühen Zeitpunkt in der Rechtsprechungstätigkeit des Verfassungsgerichts – die Religionsfreiheit und ihr Schutzzumfang eine Rolle. Der in den letzten Jahren in vielen Staaten angesichts zunehmend stärker von gemischten religiösen Überzeugungen gekennzeichneten Klassenverbänden in der Schule virulent gewordene Konflikt zwischen der freien Ausübung der Religion oder Glaubensüberzeugung und dem staatlicherseits zu garantierenden effektiven Erfüllen des Erziehungsauftrags durch das Schulwesen, erreichte auch Luxemburg.<sup>20</sup> Konkret ging es um den negativ beschiedenen Befreiungsantrag der Mutter eines Siebtklässlers bezüglich des Samstagsunterrichts, weil nach ihrer Religion der sechste Wochentag dem christlichen Sonntag entspreche und daher ein Ruhegebot strikt einzuhalten sei, das den Besuch der Schule durch ihr Kind verbiete.

Der Cour legte hier eine weite Auslegung des Schutzbereichs von Art. 19 Constitution

La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions religieuses, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés.

fest. Demnach ist die Religionsfreiheit vor Interventionen und Verboten durch den Staat grundsätzlich geschützt und zwar unabhängig von einer Begründung für den Glauben. Es dürfen also weder Genehmigungs- noch Begründungspflichten durch den Staat auferlegt werden. Dies bezieht sich nicht nur auf das Innehaben eines Glaubens, sondern auch auf die Ausübung der damit verbundenen kultischen Handlungen.<sup>21</sup> Jedoch kann auch diese Freiheit durch entgegenstehende Interessen eingeschränkt werden und ist nicht absolut. Im konkreten Kontext steht das Grundrecht auf Bildung des Kindes auf der anderen Seite. Die Ausgestaltung dieses Anspruchs durch die Organisation des Schulwesens obliegt dem Staat schon wegen Art. 23 (3) i.V.m (1) Constitution. Demnach liegt die Festlegung des Umfangs der Schulausbildung und Unterrichtszeit in seinem Beurteilungsspielraum. In der Formulierung des Cour Constitutionnelle darf die Ausübung der Religionsfreiheit keine Schwierigkeiten hinsichtlich der Teilanhme am staatlich vorgesehen Erziehungsplan verursachen. Diese – in der Sache richtige – Erkenntnis muss meines Erachtens aber anders herum formuliert werden, wonach also grundsätzlich der Verzicht auf die Teilnahme an schulischen Veranstaltungen mit Rücksicht auf die

---

<sup>20</sup> Zur Situation in Deutschland vgl. die Entscheidungen über die Befreiung vom Schulsport wegen der besonderen Kleidung der Schulkinder (Schwimm- bzw. Sportbekleidung) etwa *BVerwGE* 94, 82, 89 f. (zugunsten Befreiungsantrag); trotzdem in jüngerer Zeit auch gegenläufige Entscheidungen, vgl. etwa *VG Hamburg*, NVwZ-RR 2006, 121.

<sup>21</sup> Arrêt 3/98, préc., Absatz 12.

Vorgaben des Glaubens von der Religionsfreiheit gedeckt ist. Beschränkungen dieser Freiheit kann der Staat aber vornehmen, wenn anders der Erziehungserfolg gefährdet ist. Immerhin ist der Staat und nicht der Grundrechtsausübende in der Rechtfertigungspflicht hinsichtlich des Umfangs seines Gebrauchs von Grundrechten.<sup>22</sup> Für diesen Fall bedeutet es aber auch aus diesem Blickwinkel im Ergebnis, dass eine systematische Befreiung vom Samstagsunterricht nicht in Betracht kommen kann, wenn an diesem Unterrichtstag wesentliche Teile der Schulbildung stattfinden.<sup>23</sup> Auch könne nicht alternativ für die so verpassten Stunden auf die Möglichkeit von Heimunterricht abgestellt werden, weil bei dieser Lösung an Samstagen durchgeführte Prüfungen nicht absolviert würden und es nicht immer funktionieren könne, Ersatztermine für die Prüfungen zu organisieren. Die Ablehnung des Befreiungsantrags konnte mit dieser Begründung aufrecht erhalten werden.<sup>24</sup>

### 3. Arrêt 20/04: Unfallversicherung und die persönliche Freiheit

In der Sache *Lopes Ferreira und Moreira Salta gegen bestimmte Unternehmen* ging es um die staatliche Ausgestaltung der Unfallversicherungen. Die arbeitsplatzbezogenen Versicherungen bzw. die Schadensersatzansprüche nach Arbeitsunfällen unterscheiden sich von denjenigen bei sonstigen Unfällen. Details der entsprechenden gesetzlichen Grundlage brauchen im vorliegenden Kontext nicht erörtert zu werden, es genügt vielmehr der Hinweis auf die verfassungsrechtsrelevanten Aspekte des Rechtsstreits. Bei den Vorlagefragen ging es neben der Vereinbarkeit mit dem Gleichheitsgrundsatz<sup>25</sup> vor allem wieder um die Frage des Naturrechts sowie zusätzlich um den Umfang von Art. 12 Constitution, der die persönliche Freiheit garantiert:

La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. [...]

Schließlich ging es um die Frage, ob die streitgegenständlichen Forderungen Positionen darstellen, die zum Eigentum zu zählen sind und damit dem Schutz von Art. 16 Constitution unterfallen.<sup>26</sup> Aus Sicht des Verfassungsgerichts ließ sich aus der Argumentation im Vorlagefall nicht ersehen, dass es sich beim angegriffenen Gesetz über die Versicherung um eine Materie handle, die der in Art. 16 geregelten ausnahmsweisen Enteignungsmöglichkeit des Staates und der folgenden Entschädigungspflicht entspreche. Weil aber Art. 16 nach dieser Sichtweise schon nicht berührt ist, bedurfte es keiner materiellen Entscheidung zu dieser Verfassungsvorschrift. Ähnlich restriktiv wurde vom Verfassungsgericht zu Art. 12

---

<sup>22</sup> Grundsätzlich zur Funktion von Grundrechten als Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat etwa BVerfGE 7, 198, 205 – Lüth; zur subjektiven Dimension allg. M. SACHS, in: M. SACHS. (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 4. Aufl., München 2007, vor Art. 1 Rn. 42 ff; insges. R. POSCHER, Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003.

<sup>23</sup> Vgl. zum Ausgangsfall *Sansana Trib. adm.*, Arrêt du 15.4.1998, n° 9633; vorher schon *Martins Casimiro Trib. adm.*, arrêt du 16.2.1998, n° 9360 / 9430.

<sup>24</sup> Vgl. zur neuerlichen Entscheidung *Sansana Trib. adm.*, Arrêt du 10.2.1999, n° 9633, bestätigt in Arrêt du 8.7.1999, n° 11205C.

<sup>25</sup> Dazu P. KINSCH, p. 95, 109 ff. et 113 ff.

<sup>26</sup> Zur Bedeutung der Vorschrift vgl. G. RAVARANI, p. 23, 29 ff..

Constitution entschieden, dessen Schutzbereich eng ausgelegt wurde. Demnach ergebe sich aus dem Kontext dieser Vorschrift, insbesondere der Normierung der Einschränkungsmöglichkeiten, die sich ausdrücklich auf die Haft beziehen, dass sich der Schutzbereich der garantierten „liberté individuelle“ auf die Freizügigkeit im Sinne von Bewegungsfreiheit bezieht.<sup>27</sup> Geschützt ist damit das Recht des Kommens und Gehens, eine darüber hinausgehende Persönlichkeitsentfaltung oder gar allgemeine Handlungsfreiheit ist demgegenüber in Art. 12 nicht enthalten.<sup>28</sup> Auch Art. 11 (1) wurde nicht weiter geprüft, weil auch hier eine positive Normierung durch den Gesetzgeber in Form der Regelung des Versicherungswesens bereits stattgefunden habe und damit kein Platz für eine Anwendung von Naturrecht sei.<sup>29</sup>

Trotz dieser Einschränkungen war die Vorlage im Sinne der ursprünglichen Beschwerdeführer „erfolgreich“, weil der Gesetzgeber die Art der Ansprüche nach einem Unfall unter Verstoß gegen des Gleichheitsrecht festgelegt hatte.<sup>30</sup>

#### **4. Arrêt 21/04: Personalvertretung und Gleichheit**

Der Fall *Berdi gegen die Kommunalverwaltung* aus dem Jahr 2004, der im Wesentlichen wieder ein Gleichheitsfall ist, verdient dennoch kurze Erwähnung, weil es um die Verbindung des Gleichheitssatzes mit der beruflichen Vereinigungsfreiheit aus Art. 11 (4) Satz 2<sup>31</sup> Constitution ging:

La loi garantit les libertés syndicales [...]

Im Ergebnis kam es zu keiner Untersuchung dieser Vorschrift. Das vorliegende Gericht hatte jedoch zu Recht das Verfassungsgericht angerufen, weil die gesetzlich vorgesehene Unterscheidung von Angestellten und Arbeitern bei der Personalvertretung ungerechtfertigt war. Lediglich auf den Unterschied in der Natur der Tätigkeit abzustellen, sei keine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung. Mit diesem auf den Gleichheitssatz gestützten Ergebnis brach der Cour Constitutionnelle die Prüfung ab und verzichtete damit auf eine Prüfung der aus der Garantie der Gewerkschaftsfreiheit folgenden Vorgaben, obwohl auch danach gefragt worden war.

### **III. Die Dogmatik der Rechtsprechung**

Vor dem Hintergrund dieses kurzen Überblicks über die hier relevanten Entscheidungen des Cour Constitutionnelle wird im Folgenden trotz der geringen

---

<sup>27</sup> Vgl. ähnlich die Auslegung des *BVerfG* zu Art. 11 GG, der die Bewegungsfreiheit garantiert, *BVerfGE* 6, 32, 34 f. – Elfes. Jedoch hat das *BVerfG* dort auch klargestellt, dass über die eigentliche Bewegungsfreiheit hinausgehende Handlungsfreiheitsaspekte umfassend vom subsidiären Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG, der sich dem Wortlaut nach auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit bezieht, erfasst werden, ebda., 36 f. Dazu noch unten.

<sup>28</sup> Anders – im Ergebnis – für das deutsche Verfassungsrecht durch die Regelung des Auffanggrundrechts in Art. 2 Abs. 1 GG *BVerfGE* 6, 32, 37 – Elfes.

<sup>29</sup> Zu Abschnitt 11 (3), Abs. 3.

<sup>30</sup> Näher dazu unten P. KINSCH, p. 95, 109 ff.

<sup>31</sup> Seit der Verfassungsänderung vom 29.3.2007. Zum Entscheidungszeitpunkt Art. 11 (5) mit der gleichen Formulierung des für die Entscheidung relevanten Satzteils.

Fallzahl versucht, einige Grundlinien zur Dogmatik der Prüfung von Grundrechtsfragen beim Verfassungsgericht herauszuarbeiten. Diese Analyse steht sozusagen unter dem „Vorbehalt“, dass sich erst im Laufe weiterer Rechtsprechung, die sich dann hoffentlich auch auf die anderen Grundrechte der luxemburgischen Verfassung als Prüfungsgegenstand bezieht, weisen wird, ob die bis hierhin zu gewinnenden Erkenntnisse Bestand haben.

## 1. Zur Prüfungsfolge

Zunächst ist nochmals zu unterstreichen, dass sich der Cour Constitutionnelle ausschließlich auf die Beantwortung der konkret gestellten Vorlagefrage beschränkt, dabei also einen „Blick nach rechts oder links“ in der Verfassung unterlässt. Diese eingeschränkte Prüfung trifft auch für die Definition des Schutzbereichs eines als einschlägig festgestellten Grundrechts zu, weil ebenfalls keine umfassende Prüfung, sondern nur eine fallbezogene Festlegung erfolgt. Die Prüfungsintensität bei der Grundrechtsprüfung ist demzufolge recht gering und soweit sich kein Anlass ergeben hat, wurde auch kein über den Einzelfall hinausreichendes, allgemeingültiges Prüfungsschema angewandt.<sup>32</sup> Dessen ungeachtet wird im Folgenden genauer untersucht, welche Erwägungen das Gericht zu Schutzbereich, Eingriff in den Schutzbereich und Rechtfertigung für einen solchen Eingriff anstellt.

### a) Erwägungen zum Schutzbereich

Die Erwägungen zum Schutzbereich beschränken sich beim Verfassungsgericht auf das Nötigste. Hinsichtlich des *persönlichen Anwendungsbereichs* haben sich bislang außerhalb des Gleichheitsgrundsatzes kaum Schwierigkeiten ergeben und das Verfassungsgericht nimmt keine ausdrückliche Prüfung dieses Punktes – etwa unterschieden nach Jedermann- und Staatsbürger-Grundrechten<sup>33</sup> – vor. In der Sache 14/04 *Chandoul und Ludwig/Arbeitsministerium*<sup>34</sup>, in der es auch um die Naturrechte hätte gehen können, wurde diese Schutzbereichsfrage nicht vertieft. Weil nach Art. 111 Constitution die Rechte auf Ausländer nur innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen Anwendung finden, genügt aus Sicht des Gerichts die Prüfung, ob solche Ausnahmen in Konkretisierung der Verfassung

---

<sup>32</sup> Anders ist dies für die durch die Verfassung bereits entsprechend vorgegebene Prüfung beim Gleichheitssatz. Das *BVerfG* hat verschiedentlich aus Anlass einer Entscheidung aus dem Grundrecht spezifische Prüfungsanforderungen entwickelt, die es im Folgenden immer wieder angewendet hat, vgl. etwa die „im Lichte“ des Grundrechts zu prüfende Einschränkung der Meinungsfreiheit (Wechselwirkungslehre), BVerfGE 7, 198, 207 ff. – Lüth oder die „Drei-Stufen-Theorie“ zur Berufsfreiheit, BVerfGE 7, 377, 404 ff. – Apothekenurteil.

<sup>33</sup> Vgl. wiederum zur Diskussion in Deutschland, inwieweit die sog. „Deutschen-Grundrechte“ zumindest auch EU-Ausländer-Grundrechte sind, Jarass, in: H. JARASS/B. PIEROTH, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 9. Aufl., München 2007, Art. 12 Rn. 10; P. TETTINGER / T. MANN, in: M. SACHS (préc.), Art. 12 Rn. 187 f. sowie M. SACHS, in: M. SACHS (préc.), vor Art. 1 Rn. 71 ff. Im Ergebnis ist der nur beschränkte personale Anwendungsbereich bestimmter Grundrechte wie der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG auch im Blick auf Ausländer (jedenfalls aus Drittstaaten, also außerhalb der EU) nicht gleichbedeutend mit einer Rechtlosigkeit, weil über das Auffanggrundrecht des (allgemein anwendbaren) Art. 2 Abs. 1 GG eine Schutzbereichserstreckung (jedoch mit den entsprechenden, weitergehenden Einschränkungsmöglichkeiten) erfolgt.

<sup>34</sup> Arrêt 14/02 du 6 décembre 2002, Mémorial A n° 144, 23 décembre 2002, p. 3503.

einfachgesetzlich vorgesehen sind.<sup>35</sup> Im Arbeitsrecht sind solche Ausnahmen ausdrücklich vorgesehen, so dass der Cour Constitutionnelle den Gehalt der vermeintlich verletzten Grundrechte nicht einmal anprüfen und demzufolge auch keine weiteren Ausführungen zum persönlichen Schutzbereich von „Ausländer-Grundrechten“ aufnehmen musste.

Auch hinsichtlich des *sachlichen Schutzbereichs* eines Grundrechts hält sich das Gericht erkennbar zurück. Am Beispiel der Glaubensfreiheit lässt sich dies eindrücklich belegen. Obwohl in diesem Fall das Gericht eine weite Auslegung des Schutzbereichs vorgenommen hat, wurde auch hier auf eine genauere Erläuterung seines Inhalts verzichtet. In einem Satz wird festgehalten, dass die Ausübung der eigenen Glaubensanschauung nicht behindert werden darf, eine umfassendere Darlegung unterbleibt. So gibt es keine Ausführungen dazu, was unter Religion oder Glauben zu zählen ist, ob es zum Beispiel (unabhängig vom Verbot einer staatlicherseits vorgegebenen Begründungspflicht) eines Ernsthaftigkeitsbelegs<sup>36</sup> bedarf, dass man als Beschwerdeführer einer bestimmten Überzeugung anhängt und damit an die Regeln zu kultischen Handlungen gebunden ist, oder schließlich, ob zwischen der Religion der großen Weltkirchen und sonstigen Überzeugungen unterschieden werden muss oder nicht. All dies bleibt – offensichtlich bewußt – offen und lässt Raum für zukünftige Festlegungen bzw. das Justieren des Schutzbereichs. Jedoch bleiben durch diese Herangehensweise auch grundsätzliche Fragen im Zusammenhang mit einem bestimmten Grundrecht noch nach einer Entscheidung dazu offen.<sup>37</sup>

In anderen Fällen, in denen eine genauere Festlegung des sachlichen Schutzbereichs zur Beantwortung der Vorlagefrage zwingend ist, geht die Tendenz hin zu einer zurückhaltenden, gar einschränkenden Auslegung des Anwendungsbereichs der luxemburgischen Grundrechte. Das Beispiel des „droit naturel“ zeigt, wie klein der Anwendungsbereich angesichts der verfassungsgerichtlichen Auslegung bleiben wird. Die Vorschrift kann nur greifen, soweit nicht anders positiv normierte Verbürgungen greifen und auch nur soweit es sich um existenzielle Aspekte menschlichen (Da-)Seins handelt. Sobald eine gesetzliche Ausgestaltung des Schutzes vorliegt, ist diese anhand der Verfassung zu prüfen, weil es sich dann um eine Konkretisierung eines Verfassungsgrundrechts handelt und der Naturrechtsbereich damit verschlossen ist. Die „restriktive und wörtliche“ Auslegung dieser Idee macht es den vorlageberechtigten Gerichten schwer, außerhalb der konkret normierten Grundrechte Anhaltspunkte für mögliche

---

<sup>35</sup> Dazu P. KINSCH, p. 95, 104 ff.

<sup>36</sup> Vgl. zur Frage ob ein Berufen auf die Religionsfreiheit verbunden sein muss mit einem Beleg der Ernsthaftigkeit und der tatsächlichen Befolgung der Glaubensregeln BVerfGE 108, 282, 299 – Kopftuch; J. KOKOTT, in: M. SACHS (préc.), Art. 4 Rn. 17, bzgl. Gewissensentscheidungen, bei denen dieses Erfordernis klarer ist *dies.*, Art. 4 Rn. 97 ff.

<sup>37</sup> Vgl. demgegenüber die ebenfalls schwierige Annäherung an eine Begriffsbestimmung – eine ausdrückliche Definition wird bewusst vermieden – zur Menschenwürde (Art. 1 GG) bei BVerfGE 45, 187, 227 f. – Lebenslange Freiheitsstrafe; 30, 1, 25 f. – Abhörurteil und jüngst in 115, 118, 151 ff. – Luftsicherheitsgesetz.

Grundrechtsverstöße zu finden.<sup>38</sup> Diese Einschränkung ist zwar konkret hinsichtlich des überpositiven Rechts nachzuvollziehen, zeugt aber meines Erachtens von einer insgesamt eher zurückhaltenden Interpretation des Grundrechtsschutzbereichs. Diese wäre nicht zwingend, denn die Argumentation hätte auch davon ausgehen können, dass die explizite Aufnahme eines Schutzes der Individuen durch Naturrechte in eine Verfassung erst recht einen weiten Umfang des Schutzes impliziert, den der Staat durch die Verfassung (selbst) zu garantieren hat. Einen ähnlichen Ansatz hat das *Bundesverfassungsgericht* bei der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG gewählt. Explizit wird in dieser Vorschrift von der freien Entfaltung der Persönlichkeit gesprochen, tatsächlich versteht das *BVerfG* diese Norm als Auffanggrundrecht, die in umfassender Weise das frei gewählte Verhalten von Individuen schützt und es für die Schutzbereichsrelevanz gerade nicht auf einen irgendwie gearteten Beitrag zur eigentlichen Persönlichkeitsentfaltung ankommt.<sup>39</sup> Um dennoch einen handhabbaren Umgang des Staates mit dieser Freiheit seiner Bürger zu gewährleisten, korrespondiert mit der weiten Interpretation des Schutzbereichs ein entsprechender Umfang von Einschränkungsmöglichkeiten für den Staat.<sup>40</sup>

Obwohl die restriktive Auslegung teilweise nachzuvollziehen ist, bleibt aber diese Beschränkung der Verfassungsauslegung auf genau den Umfang, der gerade benötigt wird, um die Vereinbarkeit einer Rechtsnorm mit der Verfassung in Antwort auf die Vorlagefrage festzustellen, teilweise unbefriedigend. Denn damit werden die Grundrechte für Gerichte und Bürger nicht „handhabbarer“. Auf Ebene der Europäischen Union ist das vergangene Jahrzehnt davon gekennzeichnet, endlich durch explizite Normierung von Grundrechten die Identifikation der Unionsbürger mit „ihrer“ Union zu stärken.<sup>41</sup> Als Ergebnis der EU-Grundrechtecharta, die mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auch rechtsverbindlicher Bestandteil des Primärrechts werden wird, hat der Unionsbürger individuelle Rechte gegenüber dem Gemeinschaftshandeln. Bei der Verfassungsrechtsprechung in Luxemburg bleibt der Umfang der Grundrechte in gewissem Sinne nebulös, da es an einer letztentscheidenden Aussage zu deren Gehalt vielfach fehlt. Damit ist es für Individuen, die schon keinen direkten Zugang zum Cour Constitutionnelle haben, schwer einzuschätzen, was der Grundrechtskatalog der Verfassung eigentlich an

---

<sup>38</sup> Dazu auch CONSEIL D'ETAT (Hrsg.), *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Première mise à jour, Luxembourg 2007, p. 18, <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/actualites/2007/09/miseajour/miseajour.pdf>.

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 6, 32 – Elfes und die heute nur vereinzelt vertretene Ansicht einer einengenden Interpretation, etwa Sondervotum D. GRIMM in BVerfGE 80, 137, 164 f. – Reiten im Walde; ausf. dazu *Kube*, Die Elfes-Konstruktion, JuS 2003, 111 ff.; zum Schutzbereich allg. D. MURSWIEK, in: M.SACHS (préc.), Art. 2 Rn. 42 ff., v.a. 46 ff.

<sup>40</sup> Die sog. Schrankentrias bezieht sich auf das gesamte geschriebene Recht („verfassungsmäßige Rechtsordnung“, BVerfGE 6, 32, 37 f. – Elfes), wobei dieses über den Umweg des Maßstabs von Art. 2 Abs. 1 GG verfassungskonform sein muss, also insbesondere nicht unverhältnismäßig sein darf.

<sup>41</sup> Die Entwicklung auf Gemeinschaftsebene beginnt schon viel früher, so etwa mit der Rechtsprechung des *EUGH* zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder Grundrechte-Erklärung von 1977. Ausf. zum Ganzen etwa P. CRAIG / G. DE BÚRCA, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 4. Aufl, Oxford 2008, p. 379 ff., 402 ff.

Rechtspositionen bringt. Für das einzelne Verfahren vor Gericht ist dies unproblematisch, weil es die anwaltliche Vertretung vor Gericht übernehmen kann zu entscheiden, ob auf eine Grundrechtsverletzung abgestellt werden soll. Für die eher politische Sichtbarmachung von Grundrechten ist der gewählte Ansatz aber behindernd.

#### *b) Erwägungen zum Eingriff oder der Beschränkung*

Bei der Prüfung der staatlichen Maßnahme, jeweils also einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift am Maßstab der Grundrechte der Verfassung finden sich keine gesonderten Ausführungen zur Art der staatlichen Maßnahme. Dies lässt sich zwar einerseits dadurch erklären, dass sich die Arbeit des Verfassungsgerichts auf die Prüfung legislativer Akte beschränkt, jedoch könnte auch dann differenziert werden nach der Eingriffsqualität, die zur Grundrechtsverkürzung führt. So kann die freie Grundrechtsausübung durch eine bestimmte gesetzliche Regelung unmittelbar, also zielgerichtet, oder nur reflexartig beschränkt werden. Dem Cour Constitutionnelle genügt in der bisherigen Rechtsprechung die schlichte Feststellung der Betroffenheit eines Grundrechts durch die knappe Festlegung des Schutzbereichs, die die Relevanz staatlichen Handelns bezüglich dieses Grundrechtsbereichs gleichzeitig mit beantwortet.<sup>42</sup>

#### *c) Erwägungen zur Rechtfertigung*

Anders sieht es bei der wichtigsten Frage der Grundrechtsprüfung, der Frage der Rechtfertigung der Verkürzung des Grundrechtsbereichs durch den Staat aus. Hier hat der Cour Constitutionnelle für zwei Grundrechtsbereiche klare Prüfungsprogramme entwickelt. Für Art. 16 Constitution ist diese von der Verfassungsvorschrift selbst schon vorgegeben und nennt die Gründe für ausnahmsweise gerechtfertigte Enteignungen.<sup>43</sup> Bezüglich der Gleichheitsprüfung hat der Cour eine Drei-Schritt-Prüfung entwickelt, deren Kriterien im Sinne einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung und vergleichbar zum Prüfungsprogramm anderer Verfassungs- und europäischer Gerichte verallgemeinerbar wären.<sup>44</sup> Erstaunlicherweise jedoch ist diese Rechtfertigungsprüfung aber bei den bisher erfolgten sonstigen Grundrechtsprüfungen noch nicht erkennbar geworden. Die Kriterien sind der legitime Gesetzeszweck, die Rationalität der gewählten Maßnahme (also Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erreichung des legitimen Zwecks) sowie deren Proportionalität im Vergleich zum angestrebten Zweck, also der Angemessenheitsprüfung im engeren Sinne.

Es steht zu erwarten, dass in einer zukünftigen Vorlage, wenn es darum geht, ob eine gesetzliche Regelung hinsichtlich des verfolgten Ziels (z.B. der Effektivität des Schulwesens durch die Festlegung einer (vollständigen) Anwesenheitspflicht) nicht

---

<sup>42</sup> Vgl. zur Diskussion in Deutschland, wie Schutzbereich und Eingriff zu trennen sind, beispielhaft H. JARASS (préc.), Vorb. vor Art. 1, Rn. 14 ff., 26 ff. Überwiegend wird die Drei-Schritt-Prüfung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung vertreten.

<sup>43</sup> Dazu ausf. G. RAVARANI, p. 23, 29 ff.

<sup>44</sup> Ebenso P. KINSCH, p. 95, 108 ff., ausf. dazu mit verfassungsvergleichenden Erörterungen.

über das Verhältnismäßigkeitsgebot hinausgeht, indem es das Grundrecht (z.B. die Religionsfreiheit) unnötigerweise zu stark oder gar ohne effektiv zu sein einschränkt, eine Anlehnung an das Prüfungsprogramm bei der Gleichheitsprüfung vom Gericht vorgenommen wird.

## 2. Zur Prüfungsdichte

Neben der Art des Prüfungsprogramms stellt sich ferner die Frage, wie detailliert die Nachprüfung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt. Wie bereits oben erwähnt, lässt der Cour Constitutionnelle dem Gesetzgeber grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum, der etwa bei den Gleichheitsfällen nur dann zu einer Verletzung führt, wenn der Gesetzgeber Unterscheidungen ohne jegliche rationale Basis trifft. Insoweit ist die Prüfungsdichte eher zurückgenommen. Dies lässt sich wiederum auch am Beispiel des Naturrechts ablesen, weil das Gericht hier der Ausformung der Grundrechte durch den Gesetzgeber einen Vorrang einräumt und auf einen erweiterten Prüfungsmaßstab für das ausdrückliche enthaltene Grundrecht verzichtet.

Im Verfahren 2/98<sup>45</sup> ist die eingeschränkte Kontrolldichte auch daran erkennbar, dass die Vorlagefragen zwei bis sieben als unzulässig abgewiesen wurden, weil es an einer konkreten Prüfungsfrage (Gesetzesvorschrift im Lichte bestimmter Verfassungsvorschrift) gefehlt habe. Es ist durchaus denkbar, dass für ein erkennendes Gericht die Relevanz einer (potentiellen) Vorlage deshalb nicht einschätzbar ist, weil die Auslegung einer bestimmten Verfassungsvorschrift, hier eines bestimmten Grundrechts, unklar ist. Die in größerem Zusammenhang gestellte Vorlagefrage würde ermöglichen, mehr als nur eine sehr eingeschränkte Antwort vom Cour Constitutionnelle zurück zu erhalten. Die prozessual hierfür vorgesehene Möglichkeit der Nachfrage des Gerichts limitiert meines Erachtens nach dennoch den Beitrag, den das Verfassungsgericht zur Ausgestaltung der Grundrechte leisten könnte, wenn es die Kontrolldichte erhöhen würde und im Zuge dessen auch den Umgang mit der Vorlage flexibilisieren würde.<sup>46</sup>

Dazu würde nicht nur zählen, dass die Vorlagefragen offener gestellt werden können, sondern vor allem, dass im Rahmen der Begründetheitsprüfung eines vermuteten Verfassungsverstößes die Vorschrift dann auch durch das Verfassungsgericht umfassend am Maßstab der Grundrechte (und soweit einschlägig auch der übrigen Verfassung) gemessen wird und nicht bei einem festgestellten Verstoß die weitere Prüfung abgebrochen wird. Die Untersuchung solcher weiterer Aspekte würde das Grundrechtsverständnis erweitern helfen und letztlich der übrigen Gerichtsbarkeit mehr Handhabe zur eigenen Beurteilung der Rechtslage im Blick auf die Verfassung geben. Bei alledem ist natürlich zu konstatieren, dass mit Art. 8 S. 2 des Gesetzes von 1997 über die Errichtung des Verfassungsgerichts schon eine Zuspitzung auf die

---

<sup>45</sup> Arrêt 2/98, préc.

<sup>46</sup> So etwa durch die häufig großzügige Auslegung „falscher“ (weil konkret auf eine nationale Norm abstellende) Vorlagefragen nationaler Gerichte durch den *EuGH*. Zur eigenen Interpretationsmöglichkeit bereits Rs. 6/64, Slg. 1964, 585 no. 28 – *Costa/ENEL*; später Rs. C 320-322/90, Slg. 1993, I-393 no. 6 – *Telemarsicabruzzo*.

konkrete Prüfung von Gesetzesbestimmungen mit Verfassungsnormen („avec précision“) gewollt war bzw. erzielt worden ist. Eine darüber hinausgehende Prüfung am Maßstab der gesamten Verfassung stünde aber mit dieser Vorschrift im Einklang, wenn schon nicht offener gestellte Fragen angenommen werden. Erst recht gilt dies beim Vergleich mit der Ermächtigungsvorschrift in Art. 95ter Constitution, die zwar auf das ausgestaltende Gesetz verweist, aber den Maßstab der Verfassungsprüfung selbst schon vorgibt.<sup>47</sup> Sollte das Gesetz von 1997 hingegen in seiner Formulierung im Gegensatz zu Art. 95ter Constitution das Gericht zu sehr einschränken – eine nur theoretische Überlegung – läge eine Situation vor, die an die Anfänge der amerikanischen Verfassungsgerichtsbarkeit erinnert. Dort hatte der U.S. Supreme Court 1803 in einem seiner ersten und bis heute relevantesten Urteile mit dem Fall *Marbury v. Madison*<sup>48</sup> nicht nur die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber der Parlamentshoheit durch Einführung des „judicial review“ (Verfassungsgerichtskontrolle von Gesetzen) emanzipiert, sondern in der Sache das Gesetz zur Festlegung der Kompetenzen des Supreme Court als verfassungswidrig (in dem Fall jedoch wegen zu weitgehender Kompetenzübertragung) verworfen.

### 3. Zu den Rechtsfolgen

Anknüpfend an die Überlegungen zum Schutzbereich und der Prüfungsdichte, die bereits ausführlich dargestellt worden sind<sup>49</sup>, sind hier nochmals die Rechtsfolgen der Antworten des Cour Constitutionnelle an die vorlegenden Gerichte aufzugreifen. Auch an diesem Aspekt ist erkennbar, dass die Schaffung des Verfassungsgerichts gerade nicht zu einer Zentralisierung der Verfassungskontrolle führen sollte, sondern weiterhin die Gerichtsbarkeit umfassende Kompetenzen zur eigenen Prüfung behalten sollte. Konsequenterweise entsteht eine Bindungswirkung nur dergestalt, dass das vorlegende Gericht bei der Entscheidung des Falles die Entscheidung des Cour Constitutionnelle berücksichtigen muss. Bei Verfassungswidrigkeit einer Norm ist diese also bei der Endentscheidung außer Betracht zu lassen. Wegen Art. 15 (2) Loi 1997 gilt diese Bindung auch für die übrigen Gerichte des Instanzenzugs im konkreten Fall, aber eben gerade nicht *inter omnes*, also zwischen jedem im Sinne einer allgemeinen Bindungswirkung. Nur dann würde es sich um eine verbindliche *Auslegung der* statt lediglich *Vereinbarkeitserklärung mit der* Verfassung handeln. Solange aber die eingeschränkte Bindungswirkung gilt, kann auch die potentiell weitreichende Wirkung des Verfassungsgerichts nicht voll zur Entfaltung kommen.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Vgl. hierzu Arrêt 23/04 du 3 décembre 2004, Mémorial A n° 201, 23 décembre 2004, p. 2960 und Arrêt 24/04 du 3 décembre 2004, Mémorial A n° 201, 23 décembre 2004, p. 2962 zur Bedeutung von Art. 6 des Gesetzes zur Errichtung des Verfassungsgerichts 1997.

<sup>48</sup> *U.S. Supreme Court*, *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>49</sup> Vgl. dazu oben J. GERKRATH, p. 3, 7 ff.

<sup>50</sup> Die Urteile des *BVerfG* haben demgegenüber Verbindlichkeit für die Staatsgewalt von Bund und Ländern sowie in bestimmten Fällen unmittelbar Gesetzeskraft, vgl. Art. 31 Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – *BVerfGG*).

#### IV. Einfluss von und Vereinbarkeit mit internationalen Vorgaben aus der EMRK

Im Zusammenhang mit dem Grundrechtsschutz in Luxemburg entfaltet der Einfluss auf die innerstaatliche Rechtsordnung und Rechtsprechung durch Vorgaben aus völkerrechtlich bindenden Menschenrechtsverträgen, konkret der Europäischen Menschenrechtskonvention und die Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Straßburg<sup>51</sup>, eine besondere Bedeutung.<sup>52</sup>

Die EMRK hat in Luxemburg übergesetzlichen Rang und im Prinzip direkte Wirkung, so dass sich Individuen vor luxemburgischen Gerichten direkt auf Bestimmungen der Konvention berufen können, um eine Verletzung durch staatliches Handeln zu unterstreichen.<sup>53</sup> Daher können Richter an allen Gerichten Menschenrechtsverstöße problematisieren und tun dies auch.<sup>54</sup> Jedoch zeigt sich am Beispiel des oben erwähnten *Wagner-Rechtsstreits*<sup>55</sup>, dass die „interne“ Korrektur nicht immer funktioniert. Das alleine wäre nicht überraschend, weil auch die Auslegung einer EMRK-Norm durch den *EGMR* nicht immer vorhersehbar ist und Verurteilungen aller Ratifikationsstaaten auch bei stark ausgeprägtem nationalen Individualrechtsschutzgang und gäbe sind.<sup>56</sup> Jedoch ist die luxemburgische Situation insofern problematisch, als es zu einem Auseinanderfallen der Verfassungs- und

---

<sup>51</sup> Neben den relevanten Zusammenfassungen auf Luxemburg bezogener Urteile im Bulletin des Droits de l'Homme (zuletzt n° 13 (2007)) sowie der Online-Datenbank des Gerichts, die alle Urteile in Englisch und/oder Französisch enthält (*EGMR*, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>) ist aus der deutschsprachigen Literatur insbesondere J. MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006 sowie C. GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2005 zu nennen.

<sup>52</sup> Dazu schon oben bei J. GERKRATH, p. 3, 15 ff.

<sup>53</sup> Vgl. grundlegend *Conseil d'Etat*, 21 mars 1990, n° 8300; Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 31 mars 1993, *Bulletin des droits de l'homme*, n° 1, 1993, p. 107 (L. WEITZEL); bestätigt für die Anwendung der EMRK in *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg* (11ème chambre), 6.4.2000, RTDH 2000, p. 851 (D. SPIELMANN); vgl. mit weiteren Nachweisen G. RAVARANI, « La Justice du « Paraître » – Quels Juges voulons-nous ? », *Bulletin des Droits de l'Homme*, n° 13 (2007), p. 74, 79.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*, Jugement du 7 mai 2003, Bulletin des droits de l'homme, n° 13 (2007), p. 142, 145 f., wonach die damalige Namensregelung für Kinder einen Verstoß gegen Art. 8 und 14 EMRK darstellt.

<sup>55</sup> *EGMR*, *Wagner et al/Luxemburg*, préc.; zu den innerstaatlich ergangenen Urteilen in dieser Rechtssache vgl. n° 10 ff. Zwei Beispiele für Verurteilungen wegen Verstoßes gegen Art. 10 EMRK, in denen jeweils zahlreiche innerstaatliche Entscheidungen den Verstoß nicht behoben hatten: *EGMR*, Arrêt du 29 mars 2001, Rec. n° 38432/97 – Thoma/Luxemburg; Arrêt du 25 février 2003, Rec. n° 51772/99 – Roemen et Schmit/Luxemburg.

<sup>56</sup> Vgl. nur die Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland wegen unzureichenden Schutzes der Privatsphäre von Prinzessin Caroline, *EGMR*, von Hannover/Deutschland, Arrêt du 24 juin 2006, Rec. n° 59320/00, obwohl es eine langjährige differenzierte Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht (im Anschluß an entsprechende Individualverfassungsbeschwerden) zur Abwägung von Persönlichkeitsrechten der Prinzessin mit der Berichterstattungsfreiheit der Medien gab, dazu D. DÖRR, JuS 2005, 260.

Konventionsprüfung kommt.<sup>57</sup> Eigentlich müsste es Ziel des Cour Constitutionnelle sein, die Beantwortung von Vorlagefragen so vorzunehmen, dass eine EMRK-konforme Auslegung der zumindest weitgehend entsprechenden nationalen Grundrechtsbestimmungen erfolgt. EMRK-konform heißt dabei die Konventionsvorschrift im Lichte ihrer Auslegung durch den *EGMR*, der bekanntermaßen die EMRK als „living instrument“ und mit dem Ziel, effiziente Rechte an Individuen zu verleihen, interpretiert.<sup>58</sup> Wenn das Verfassungsgericht diesen Aspekt unberücksichtigt lässt, kommt es einerseits zu einem Völkerrechtsverstoß. Noch schwieriger wird es aber dadurch, dass Instanzgerichte anschließend die gleiche Problemlage – statt einer Vorlage zur Prüfung am Maßstab der nationalen Verfassung – selbst am EMRK-Maßstab prüfen können.<sup>59</sup> Damit kann es zur Situation divergierender Interpretationen der gleichen Ausgangslage kommen, je nachdem ob sie unter Konventions- oder nationalem Verfassungsrecht geprüft werden.<sup>60</sup>

Die Problematik lässt sich gut am Beispiel der Namensgebung von Kindern verdeutlichen. Hier hat 2003 das *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg* im Blick auf Art. 8 und die Diskriminierungsvorschrift des Art. 14 EMRK Korrekturen am luxemburgischen Namensrecht vorgenommen, um eine Verletzung des Rechts auf Namensnennung und Abstammung als Teil vom Recht auf Privat- und Familienleben zu beheben.<sup>61</sup> Diese erfreuliche Berücksichtigung des Konventionsrechts sollte aus meiner Sicht auch auf Ebene des Verfassungsgerichts bei der Interpretation der Grundrechte erfolgen, um eine weitgehende Homogenisierung von EMRK- und Verfassungsgrundrechtsvorschrift zu erreichen. Dies gilt natürlich nur mit der Einschränkung, dass es das passende „Gegenstück“ zur EMRK-Vorschrift in der Verfassung geben muss. Im Ergebnis würden damit die luxemburgischen Gerichte damit nicht vor die Wahl der Vorlage an das Verfassungsgericht oder die Selbstentscheidung im Hinblick auf die EMRK gestellt werden.

## V. Bewertung und Ausblick

Wenngleich aus der Entstehungsgeschichte erklärbar, lohnt es sich abschließend nochmals die Schwierigkeiten, die sich aus der eingeschränkten Rechtsprechungs-

---

<sup>57</sup> Vgl. aber auch die Verbindung von behaupteten EMRK- und Verfassungsverletzungen im Verfahren, das zum Urteil *Cour Administrative*, Arrêt du 19 novembre 2002, n° 15197C, Bulletin des droits de l'homme, n° 13 (2007), p. 102, 107 geführt hat.

<sup>58</sup> Vgl. nur *EGMR*, Arrêt du 25 April 1978, Rec. no. 5856/72, n° 31 –Tyrer/United Kingdom.

<sup>59</sup> Vgl. die Situation mit dem *Cour Constitutionnelle* in Frankreich, der alleine für Verfassungsmäßigkeitsprüfungen zuständig ist, die übrige Gerichtsbarkeit aber selbst EMRK-Prüfungen vornehmen kann. Dort wird also auch streng unterschieden zwischen den beiden Prüfungsmaßstäben.

<sup>60</sup> In Deutschland ist im Nachgang zur „Caroline-Entscheidung“ des *EGMR* eine Diskussion um die Bindungswirkung der Urteile des *EGMR* entstanden, vgl. dazu die grundlegenden Ausführungen des *BVerfG* in BVerfGE 111, 307 – Görgülü, in dem dieses die Pflicht zur „Einpassung“ der EMRK-/EGMR-Vorgaben in Prüfungssysteme nationalen Rechts entwickelte (316 ff.).

<sup>61</sup> *Tribunal d'arrondissement de Luxembourg*, Jugement du 7 mai 2003, Bulletin des droits de l'homme, n° 13 (2007), p. 142, 145 f.

tätigkeit des Cour Constitutionnelle ergeben, zusammenfassend zu beleuchten. Sicher ist das Gericht nicht etwa dem deutschen *Bundesverfassungsgericht* mit seinen umfassenden Kompetenzen sowohl in prozessualer Hinsicht als auch bezüglich der Rechtsfolgen nachempfunden, aber die starke Einschränkung der Rechtsprechung in Grundrechtsfragen ist dennoch nicht zwingend, wie sich gezeigt hat.

Zum Einen bleibt das Gericht in seinen Ausführungen zu den Vorlagefragen bislang strikt dabei, einen eng begrenzten Begründungsaufwand zu betreiben und nur im unerlässlichen Umfang Ausführungen zur Bedeutung der Verfassungsbestimmung zu liefern.<sup>62</sup> Auch wird, wenn möglich, die Vorlagefrage tendentiell eher limitierend denn ausweitend verstanden und entsprechend knapp fällt die Antwort aus, im Ergebnis weniger umfangreich, als es vielleicht im jeweiligen Fall möglich gewesen wäre.<sup>63</sup> Dies alles erfolgt meines Erachtens, ohne dass Verfassung oder Cour Constitutionnelle-Errichtungsgesetz von 1997 dies so streng vorsehen würden. Dadurch kommt es nicht zu einer „bürgerfreundlichen“ Nutzung des Verfassungsgerichts. Diesem obliegt zwar als letztentscheidender Instanz die Korrektur der Anwendung fehlerhafter, das heißt verfassungswidriger Gesetzesbestimmungen in konkreten Rechtsstreitigkeiten. Der Bürger hat aber keinen direkten Zugang und kann auch nicht endgültig in seinem Rechtsstreit beeinflussen, ob es zu einer Vorlagefrage durch das erkennende Gericht kommt.<sup>64</sup>

Da dem Cour Constitutionnelle nicht die Autorität zukommt, Gesetze für nichtig zu erklären – oder wie in Großbritannien durch den Human Rights Act 1998 eine Inkompatibilitätsdeklaration von Gesetzen im Blick auf die EMRK abzugeben, was eine beschleunigte Reaktion durch die Legislative nach sich zieht<sup>65</sup> –, bedarf es im Anschluß an entsprechende Entscheidungen des Gerichts der Korrektur durch den Gesetzgeber. Natürlich haben die getroffenen Urteile Vorbildwirkung auch für ähnlich gelagerte Fälle, in denen Instanzrichter über eine Vorlage an das Verfassungsgericht nachdenken, und vielleicht wird – wenngleich wie in einem sich langsam zusammensetzenden Puzzle – zukünftig einmal ein klares Bild der einzelnen Grundrechte erkennbar sein. Einstweilen ist es aber so, dass das Verfassungsgericht nur auf eine Frage, die sich anlässlich eines konkreten Rechtsstreits stellt, antwortet. Das erinnert mehr an eine konkrete Normenkontrolle, denn an eine abstrakte Verfassungsmäßigkeitsprüfung. Jedoch ist auch die konkrete Kontrolle auf die vom

---

<sup>62</sup> Art. 13 Loi 1997 verlangt nur eine Begründung, geht aber nicht auf deren Umfang ein.

<sup>63</sup> Vgl. etwa in Arrêt 37/06 du 17 novembre 2006, Mémorial A n° 220, 20 décembre 2006, p. 3784, in dem keine weitere Verfassungsnorm geprüft wurde, weil nicht danach gefragt worden war.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 7 Satz 2 Loi 1997, wonach es keinen Rekurs gegen die Entscheidung über eine Vorlage gibt. Anders ist dies in Deutschland, wo die Entscheidung über die Nichtvorlage an den EuGH bei einer fallerheblichen Auslegungsfrage des Gemeinschaftsrecht gleichbedeutend ist mit dem Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 GG. Dieser Verstoß kann seinerseits mit einer Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 I Nr. 4a GG beim *Bundesverfassungsgericht* angegriffen, vgl. dazu B. PIEROTH, in: H. JARASS/ B. PIEROTH (préc.), Art. 101 Rn. 12.

<sup>65</sup> Vgl. dazu P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, Oxford 2007, p. 170 ff., 179 und beispielhaft den Fall *House of Lords, A and Others v Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKHL 56.

vorlegenden Gericht ausdrücklich gestellte Frage beschränkt, so dass es darauf ankommt, dass die formulierenden Richter die „richtige“ Frage stellen, die eine weitestmögliche Antwort durch den Cour Constitutionnelle erlaubt. Angesichts der Qualität, mit der man das Verfassungsgericht durch seine Besetzung ausgestattet hat und angesichts seiner engen Verzahnung mit der übrigen Gerichtsbarkeit durch die Doppelfunktion der beteiligten Richter (Art. 95ter (3) Constitution)<sup>66</sup>, ist es bedauerlich, dass ihm nicht auch eine entsprechende umfängliche Autorität übertragen worden ist. Eine solche Kompetenz hätte es den vorlegenden Gerichten ermöglicht, angesichts eines konkreten Falls durch die Vorlagefrage eine Tür in einen Prüfungsraum zu öffnen, in dem der Cour Constitutionnelle dann aber abstrakt den Raum auf „Herz und Nieren“ prüfen kann, also die Vereinbarkeit der vorliegenden staatlichen Maßnahme umfassend am Maßstab der Verfassung analysieren dürfte.

Nach zehn Jahren Rechtsprechungstätigkeit und 43 Urteilen des Cour Constitutionnelle ist neben dieser grundsätzlichen Anmerkung noch ein kurzer Blick auf zukünftige Entwicklungsfelder zu werfen, die unabhängig von der möglichen Aufwertung der Kompetenzen des Verfassungsgerichts durch politischen Beschluss eine Ausdehnung der Aktivitäten erlauben. Eine solche Entwicklungsoffenheit ist gegeben und sie bezieht sich nicht nur auf formale Aspekte wie das oben genannte weitere Interpretieren der Vorlagefragen, sondern auch materielle.

Bislang noch nicht aufgetretene Konstellationen, die aber durchaus möglich sind, beziehen sich etwa auf die Kompetenz zur Schaffung von Übergangs- bzw. Alternativregelungen. Dies könnte einschlägig sein, wenn eine Norm zwar wegen Grundrechtsverstoß im konkreten Fall für verfassungswidrig erklärt wird, die Nichtbeachtung im Fall aber zu einem noch „verfassungsferneren“ Zustand führen würde. Es stellt sich die Frage, ob das Gericht die Möglichkeit hätte, die vorläufige Weiteranwendung der Norm im vorliegenden Fall bei gleichzeitiger Feststellung ihrer Verfassungswidrigkeit im Sinne eines Auftrags an den Gesetzgeber anzuordnen oder eine Alternativregelung vorzusehen, weil es den so geschaffenen Zustand für „näher“ an der Verfassung hält.<sup>67</sup> Ferner ist es wohl nur eine Frage der Zeit, bis sich eine Sachlage ergibt, bei der sich der Aspekt der Grundrechtsgarantien, die mehr sind als die Garantie von Freiheiten, in den Vordergrund drängt. Wird der Cour Constitutionnelle hier eine Schutzpflichtdogmatik ausarbeiten<sup>68</sup>, aus der der

---

<sup>66</sup> Vgl. zur Rolle der Richter in Luxemburg zehn Jahre nach der Einführung von Cour administrative und Cour Constitutionnelle G. RAVARANI, Bulletin des Droits de l'Homme (préc.), n°. 13 (2007), p. 74 ff.

<sup>67</sup> Die entsprechende Kompetenz des BVerfG wird selten, aber durchaus in dann extensiver Weise genutzt, vgl. etwa bei Gleichheitsfällen im Steuer- oder Sozialversicherungsbereich oder bei den Entscheidungen zum Schwangerschaftsabbruch, beispielhaft BVerfGE 85, 264, 327 – Parteienfinanzierung II; 88, 203, 336 f. – Schwangerschaftsabbruch II.

<sup>68</sup> Auch hier kann wieder auf die Entwicklung am Bundesverfassungsgericht verwiesen werden, grundlegend die Entscheidungen BVerfGE 39, 1 – Schwangerschaftsabbruch I; 49, 89 – Kalkar; 56, 54 – Fluglärm; 77, 170 – C-Waffen; jüngst auch ein Fall im Landesverfassungsrecht von Rheinland-Pfalz zur Frage der gesetzlich nicht vorgesehenen Feuermelderpflicht in Privathaushalten, VGH Rheinland-Pfalz, Urteil v. 05.07.2005, Az.: VGH B 28/04, zu finden unter [www.justiz.rlp.de](http://www.justiz.rlp.de). In den

Gesetzgeber erkennen kann, wie er seinem Grundrechtsauftrag genügen muss, um bestimmte Rechte seinen Bürgern „zur Verfügung stellen“, also gegenüber Beschränkungen von Dritten zu schützen und nicht nur auf einen ungerechtfertigten Eingriff durch den Staat selbst zu verzichten? Derzeit erscheint eher fraglich, ob sich ein solches Schutzpflichtverständnis angesichts der restriktiven Handhabung der Vorlagefragen überhaupt entwickeln kann, weil das Erfordernis des Prüfungsmaßstabs einer konkreten Gesetzesbestimmung eine eher abstrakte Festlegung des Grundrechtsgehalts – mit einer Schutzpflicht- oder Teilhabedimension – auf Dauer ausschließt.

In materieller Hinsicht liegt es nahe, dass auch die übrigen Grundrechtsbestimmungen einmal in den Kreis der Vorlagethemen rutschen und der Cour Constitutionnelle Gelegenheit erhält, zu mehr als Gleichheit, Enteignung und den hier behandelten Grundrechten Stellung zu nehmen. Aber auch innerhalb der bestehenden Grundrechtsinterpretationen wird es dem Gericht gelingen, soweit durch eine entsprechende Vorlagefrage möglich, mittels einer extensiveren Beschäftigung mit dem Schutzbereich der in Frage stehenden Grundrechtsbestimmungen mehr Klarheit über die Verfassung über den konkreten Fall hinaus zu schaffen. Damit würde auch – unabhängig von einer einstweilen nicht zu erwartenden besseren Zugangsmöglichkeit zum Cour Constitutionnelle für den Bürger – bei diesem eine Signalwirkung erzielt. Man denke hier nur an den – vielleicht angesichts des Erfolgs abschreckend wirkenden – Effekt der Verfassungsbeschwerdeeingführung in Deutschland oder das viel genutzte Instrument der direkten Individualbeschwerde in Straßburg nach nationaler Rechtswegerschöpfung seit dem 11. Zusatzprotokoll zur EMRK.<sup>69</sup>

Bei aller Entwicklungsoffenheit ist aber zum Schluss ein positives Fazit zu ziehen, das einen Aspekt hervorheben muss: in einem sehr effektiven Ausmaß erfolgt nicht nur eine Verfassungskontrolle, sondern auch eine Vereinbarkeitsprüfung nationaler Sachverhalte, nicht nur bei legislativen, sondern auch sonstigen hoheitlichen Akten Luxemburgs, am Maßstab der EMRK durch die nationalen Gerichte auch ohne Hinzuziehung des Cour Constitutionnelle. Zuverlässiger Beleg dafür sind die regelmäßigen Rechtsprechungsberichte, die etwa im Bulletin de Droits de L'Homme veröffentlicht werden.<sup>70</sup> Dennoch wäre es aus meiner Sicht wünschenswert, dass – in Ergänzung der bestehenden Arbeit der Gerichte und vor allem des vorab mit der

---

Schutzpflichtfällen überlassen die Gerichte dem Gesetzgeber aber durchgängig einen weiten Beurteilungsspielraum.

<sup>69</sup> Vgl. dazu J. MEYER-LADEWIG (préc.), Einleitung, Rn. 5 ff.; D. SPIELMANN, La réforme du mécanisme protecteur européen des droits de l'homme et le recours individuel: bref commentaire de la convention amendée et du règlement de la Cour unique et permanente, *Pas. lux.*, Vol. 31 (1999), no. 1, p. 29 ff.

<sup>70</sup> Vgl. etwa die Ausgabe n°. 13 (2007), p. 88 ff. (*Weitzel*); einen Gesamtüberblick über relevante nationale Rechtsprechung zu den Verfassungsvorschriften und zu den Konventionsrechten findet sich auch in der Sammlung Code Administratif, Textes coordonnés et jurisprudence, Vol. 1 – Institution, Constitution et Droits de l'Homme, Service central de législation Luxembourg (2007), online unter: [http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/code\\_administratif/VOL\\_1/CONST\\_DROITS\\_HOMMES.pdf](http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/code_administratif/VOL_1/CONST_DROITS_HOMMES.pdf).

Prüfung von Gesetzen befassten Conseil d'Etat<sup>71</sup> – mit letzter Konsequenz und Autorität der Cour Constitutionnelle die Geltung der Gesetze am Grundrechtsmaßstab sowohl der Verfassung als auch dem Menschenrechtsmaßstab der Konvention messen würde, damit Verfassungs- und Konventionsverstöße innerhalb des luxemburgischen Rechtssystems effektiv abgestellt werden und nachträgliche Korrekturen durch den *EGMR* dann verschwindend gering sind. Das Entwicklungspotential dafür ist vorhanden.

---

<sup>71</sup> Zu dessen Selbstverständnis als Hüter der Verfassung und der Grundrechte *Conseil d'Etat* (Hrsg.), *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg 2006.



# Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit

Stefan BRAUM

Strafrecht ist unmittelbarster und schärfster Ausdruck von staatlicher Macht. Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit ist der Seismograph des rechtsstaatlichen Strafrechts. Wie hoch – oder wie niedrig – das Ansehen der Strafgesetzlichkeit in einer Gesellschaft ist, entscheidet auch über deren demokratisches Niveau. Wie hoch – oder wie gering – der Respekt staatlicher Gewalten – Legislative, Exekutive und Judikative – gegenüber der Strafgesetzlichkeit ist, entscheidet über das Ausmaß an Rechtssicherheit und mithin auch über das Ausmaß an Freiheit, das in einer Gesellschaft herrscht. Das ist nicht nur in Luxemburg der Fall, sondern in ganz Europa. Die Rechtsprechung des „Cour Constitutionnelle du Luxembourg“ steht daher notwendig in einem europäischen Zusammenhang. Sie ist Spiegelbild europäischer Traditionen von Strafgesetzlichkeit. Dieser Beitrag enthält daher zwei Teile: zunächst geht es um die Fundamente der Strafgesetzlichkeit, die als *europäisches Rechtsprinzip* zu verstehen ist (I). Im zweiten Teil gilt es, die *Rechtsprechung des „Cour Constitutionnelle du Luxembourg“ als Implementation des europäischen Rechtsprinzips der Strafgesetzlichkeit* zu begreifen (II).

## I. Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit – ein europäisches Rechtsprinzip

Das Verständnis von Strafgesetzlichkeit als ein europäisches Rechtsprinzip kann sich auf vier Quellen stützen:

Die Philosophie europäischer Aufklärung, unter anderem auf die Rechtsphilosophie Kants, Hegels, Beccarias und Feuerbachs;

Die europäische Geschichte, die bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts und darüber hinaus eine Geschichte des Verfalls von Strafgesetzlichkeit war;

Die europäische Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften;

Die Traditionen staatlicher Verfassungen.

### 1. Ein Prinzip der Aufklärungsphilosophie – Kant, Hegel, Beccaria, Feuerbach

„Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ“. *Immanuel Kant* hat diesen Satz formuliert<sup>1</sup> – ein Satz, der zunächst Angst, aber auch neugierig macht. Hinter diesem

---

<sup>1</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Vom Straf- und Begnadigungsrecht*, Academia-Ausgabe Band VI (AA VI), S. 331.

Satz verbirgt sich ein fast komplettes theoretisches Programm von Strafgesetzlichkeit.<sup>2</sup>

Das Gesetz ist nach Kant kategorisch, weil es sich nicht politisch wechselnden Zwecken, keinen zufälligen gesellschaftlichen Mehrheiten unterwerfen und auch nicht der Angst, nicht der Betroffenheit und den Emotionen des Augenblicks gehorchen darf, will es Recht sein. Die Überlegung, die ihn zu dieser These führt, ist nicht einfach nachzuvollziehen. Reduziert man sie auf das Wesentliche, so liegt es in der Würde des Menschen. Nur der Mensch ist „Zweck an sich“<sup>3</sup>, fähig seinen Willen in der Kommunikation mit anderen zu entfalten, fähig also zu vernunftgemäßem Handeln. Wenn Kant also die Strafgesetzlichkeit als einen kategorischen Imperativ versteht, so gehört das Prinzip mit der Idee der Freiheit eng zusammen: Kant kann das Strafgesetz nur als Sicherung persönlicher Freiheit denken. Nur dann erwächst aus ihm auch rechtliche Legitimität. Kant beharrt auf dem *Unterschied von Gesetz und Recht*.

Daraus folgen zwei wichtige Aspekte des Strafgesetzes: ein formeller und ein materieller.<sup>4</sup> Der formelle betrifft das Verfahren der Strafgesetzgebung. Ein Strafgesetz kann nur dann Legitimität für sich beanspruchen, wenn es demokratisch zustandegekommen ist, wenn also die Bürger selbst über das Gesetz beschlossen haben, dem sie unterworfen sind. Bringt man diese formale Bedeutung der Strafgesetzlichkeit auf eine modernere Kurzformel so lautet diese: „Keine Strafe ohne parlamentarisches Gesetz“.

Der materielle Aspekt betrifft den legitimen Inhalt des Strafrechts selbst. Hieraus folgen Begrenzungen für den strafenden Staat. Das Strafrecht benennt Unrecht. Es geht ihm nicht um irgendeine Regelverletzung. Nicht einfach alles, was gegen Regeln oder Interessen verstößt, was störend oder gefährlich ist, darf man als strafwürdig ansehen. Vielmehr schöpft sich das Strafrecht aus der Verletzung eines Kernbereichs von Menschenrechten, die sich unmittelbar aus der Freiheit ableiten: es geht ihm um Leben, um körperliche Integrität, um Eigentum, um Willens- und Handlungsfreiheit. Nur das Unrecht, das in der Verletzung elementarer Rechte liegt, verlangt nach Strafe – dann aber ohne Ausnahme, zu jeder Zeit, an jedem Ort, gegenüber Jedermann. *Wichtig ist daher: Strafgesetzlichkeit enthält auch eine Entscheidung über Strafwürdigkeit.* Darauf ist zurückzukommen.

Beide Aspekte der Strafgesetzlichkeit sind im Europa des 18. und 19. Jahrhunderts gut sichtbar und nicht nur in der Kantischen Vernunftphilosophie begründet. Die Strafgesetzlichkeit ist Programm europäischer Aufklärung und Gegenstand

---

<sup>2</sup> Vgl. zum folgenden auch P.-A. ALBRECHT, *Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte*, 2003, S. 47 ff.

<sup>3</sup> Die Konzentration auf den Menschen als letztgültigen Bezugspunkt der Vernunft drückt Kant im praktischen Imperativ der Menschheitsformel aus: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden andern, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest“. Siehe Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (AA IV), S. 429.

<sup>4</sup> Vgl. zum folgenden näher O. HÖFFE, *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990, S. 221; K. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, S. 165 – S. 169; M. KAHLO, *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt*, 2001, S. 224 ff.

aufgeklärter Politik. Hegel, Beccaria, Feuerbach, die französische Revolution und der Code pénal sind die europäischen Fixsterne gesetzlichen Strafrechts. Die Wucht des Strafrechts kalkulierbar und erträglich zu machen, ist – Kant darin ähnlich – die Intention Hegelianischer Rechtsphilosophie. Hegel formuliert dies mit pathetischen Worten. Das Strafrecht, das sich gegen Bürger richtet, dürfe nicht der Stock sein, wie man ihn gegen Hunde erhebe.<sup>5</sup> Der Verbrecher sei „als Vernünftiger zu ehren“.<sup>6</sup> Auch bei *Cesare Beccaria* – einem Zeitgenossen Kants – wird der Zusammenhang von Freiheit und Strafgesetz aufgegriffen. Allein die Gesetze – so Beccaria können die Strafe bestimmen, kein Beamter. Nur Gesetzherrschaft, ausgeübt durch die Strafjustiz, bewahrt die Freiheit des Bürgers.

*Französische Revolution* und der *Code pénal von 1810* nehmen die Idee der Strafgesetzlichkeit auf: Art. 7 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1789 bestimmte: „Niemand darf angeklagt, verhaftet oder in Haft gehalten werden außer in den vom Gesetz vorgeschriebenen Formen“. Und Art. 8 ergänzt: Das Gesetz darf nur wirklich notwendige Strafen anordnen. Niemand darf bestraft werden, außer aufgrund eines vor der Tat erlassenen und verkündeten Gesetzes. Hier finden sich alle formellen und materiellen Elemente der Strafgesetzlichkeit wieder. Das rechtsstaatliche Strafrecht begrenzt sich auf strafwürdige Verletzungen fremder Rechte und es verlangt, dass das Strafgesetz „erlassen und verkündet“ wird, es also prozeduralen Legitimationsbedingungen unterliegt. Nach der Terrorherrschaft der Jakobiner entfaltet der französische Code pénal von 1810 das Prinzip aufs neue. Dessen Artikel 4 bestimmt, dass keine Übertretung, kein Vergehen und kein Verbrechen mit Strafen geahndet werden könne, die das Gesetz vor ihrer Begehung nicht vorgesehen habe.

Schließlich setzt auch *Paul Johann Anselm Feuerbach* das theoretische Programm der Aufklärung im Anschluss an die französische Entwicklung in Deutschland praktisch um: Auf ihn geht der Gedanke zurück, dass Gesetze bestimmt sein müssen und dass zur Bestimmtheit gehört, sie weder exzessiv zu interpretieren, noch sie rückwirkend anzuwenden. Nur das genaue Gesetz veranlasst den freien Bürger, sich gesetzestreu zu verhalten.<sup>7</sup> Gleich welcher nationalen Rechtstradition und -kultur man verpflichtet ist, lautet die *gesamteuropäische Botschaft der Aufklärung*: Das Strafgesetz begrenzt formell und inhaltlich die Macht des Staates, um der Freiheit willen.

## 2. Ein historisch gebotenes Prinzip

Wem die Rechtsphilosophie der Aufklärung zu abstrakt erscheint, mag ein Blick in die Geschichte Europas werfen. Diese Geschichte enthält schmerzliche Erfahrungen mit dem Verlust an Freiheit und Menschenrechten. Betrachtet man die massivste Erfahrung mit staatlich produziertem Unrecht – den Nationalsozialismus – wird die

---

<sup>5</sup> G. W. F. HEGEL, Rechtsphilosophie, § 99 Zusatz.

<sup>6</sup> G. W. F. HEGEL, Rechtsphilosophie, § 100.

<sup>7</sup> P. J. A. FEUERBACH, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 1, 1799.

Strafgesetzmäßigkeit in zweifacher Hinsicht – formell und inhaltlich – vernichtet: In formeller Hinsicht, weil die NS-Diktatur Grundelemente der Strafgesetzmäßigkeit zerstört: Das Analogieverbot wird aufgehoben – ebenso das Rückwirkungsverbot. Dies eröffnet die Zerstörung des Gesetzmäßigkeitsprinzips auch in materieller Hinsicht. Gesetze konnten jeden beliebigen Inhalt annehmen. Das Strafrecht öffnet sich ideologischer Willkür. Kein Lebensbereich blieb durch das Strafrecht verschont und selbst die systematische Vernichtung von Menschen wurde zynischerweise in ihren Grundzügen im Reichsgesetzblatt geregelt. Das Gesetz ist bloße Hülle, in seiner qualitativen Begrenzung entwertet und offen für jeden – noch so grausamen – politischen Inhalt. Strafgesetzmäßigkeit als Begrenzung politischer Macht zu verstehen, folgt unmittelbar aus diesen Unrechtserfahrungen.

### **3. Ein Prinzip der europäischen Rechtsprechung (EGMR)**

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) finden sich sämtliche Elemente der Strafgesetzmäßigkeit, wie sie die Philosophie der Aufklärung begründete, wieder. In dieser Rechtsprechung wird eine Entwicklungslinie sichtbar: sie verläuft von einer Interpretation der Strafgesetzmäßigkeit als formeller Gesetzesvorbehalt hin zu einem materiellen Verständnis der Strafgesetzmäßigkeit als Indikator für Strafwürdigkeit. Schon in seinen Urteilen „Sunday Times gegen Vereinigtes Königreich“<sup>8</sup>, später in den Fällen „Groppera Radio gegen die Schweiz“<sup>9</sup> und „Cantoni gegen Frankreich“<sup>10</sup> wird die Gesetzmäßigkeit im Lichte des allgemeinen Gesetzesvorbehalts interpretiert. Wenn der Gesetzgeber in Menschenrechte eingreift, dann kann er dies nur auf der Grundlage eines klaren und bestimmten Gesetzes. In den Urteilen „Kokkinakis gegen Griechenland“<sup>11</sup>, „C.R. gegen Vereinigtes Königreich“<sup>12</sup>, „Baskaya und Okcuoglu gegen Türkei“<sup>13</sup>, „Coeme und andere gegen Belgien“<sup>14</sup> wird das Prinzip der Strafgesetzmäßigkeit mit beeindruckender Konsequenz zum zentralen Prinzip legitimen Strafrechts ausgebaut: Bestimmtheitsgebot, Analogie- und Rückwirkungsverbot sind menschenrechtlich abgesichert.

In seinen Urteilen zur Reichweite des Rückwirkungsverbots wird zugleich eine Konzeption von Strafwürdigkeit entfaltet. „C.R. gegen Vereinigtes Königreich“, dann aber vor allem „Streletz, Krenz und andere gegen Bundesrepublik Deutschland“<sup>15</sup>, nehmen die Unterscheidung von Recht und Gesetz, wie sie der Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vorsieht, ernst. Ebenso ernst ist die Botschaft: Auf das Rückwirkungsverbot soll sich niemand berufen können, der Gesetze schafft, die Menschenrechte elementar verletzen. Das Strafrecht kann eben

---

<sup>8</sup> EGMR, Urteil vom 26. April 1979, EuGRZ 1979, 386 ff., Rz. 47.

<sup>9</sup> EGMR, Urteil vom 28. März 1990, EuGRZ 1990, 255 ff., 258.

<sup>10</sup> EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1996, Az. 45/1995/551637.

<sup>11</sup> EGMR, Urteil vom 19. April 1993, Az. 3/1992/348/421.

<sup>12</sup> EGMR, Urteil vom 27. Oktober 1995, Az. 48/1994/495/577.

<sup>13</sup> EGMR, Urteil vom 8. Juli 1999, Az. 23536/94 und 24408/94.

<sup>14</sup> EGMR, Urteil vom 22. Juni 2000, Az. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96.

<sup>15</sup> EGMR, Urteil vom 22. März 2001, Az. 34044/96, 35532/97, 44801/98.

nicht jeden beliebigen Inhalt annehmen, es bleibt auf den Schutz von Menschenrechten verpflichtet.

#### **4. Ein Prinzip der europäischen Rechtsprechung (EuGH)**

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) wird die Strafgesetzlichkeit ebenfalls als ein allgemeines gesamteuropäisches Rechtsprinzip abgesichert. Auch der EuGH lässt Entwicklungslinien der Strafgesetzlichkeit erkennen. Traditionell betrachtet, interpretierte der EuGH das Prinzip als eine eher unspezifische Verlängerung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts. So gilt die Könecke-Entscheidung des EuGH<sup>16</sup> als Durchbruch des Gesetzlichkeitsprinzips im Gemeinschaftsrecht. Hier forderte der EuGH für eine administrative Sanktion eine „klare und unzweideutige Rechtsgrundlage“. Jedoch wurden im Gemeinschaftsrecht unter dem Aspekt der Gesetzlichkeit vor allem öffentlich-wirtschaftsrechtliche Problemstellungen diskutiert. So war das Gesetzlichkeitsprinzip eher selektiv an Funktionsinteressen des Gemeinschaftsrechts orientiert.

Nunmehr bedeutet Strafgesetzlichkeit auch im Sinne der EuGH-Rechtsprechung die Vorhersehbarkeit der Normanwendung.<sup>17</sup> Der Rechtsadressat muss anhand des Wortlauts oder auf der Grundlage richterlicher Gesetzesinterpretation erkennen können, unter welchen Voraussetzungen sein Verhalten als strafbar gewertet wird.<sup>18</sup> An der Strafgesetzlichkeit als europäischem Prinzip kommt kein Mitgliedstaat der Europäischen Union vorbei.

#### **5. Prämissen eines Prinzips**

Fassen wir die Prämissen der Strafgesetzlichkeit, verstanden als europäisches Strafrechtsprinzip, noch einmal zusammen. Strafgesetzlichkeit meint

formelle Gesetzlichkeit: der Bürger selbst muss über die wesentlichen Inhalte eines Strafgesetzes entscheiden.

materielle Gesetzlichkeit: Sie enthält zum einen die klassische Trias des Bestimmtheitsgebots, des Analogie- und Rückwirkungsverbots. Sie enthält aber auch ein Programm, was in das Strafrecht gehört und was nicht. Gravierende Menschenrechtsverletzungen gehören sicher hinein, Verletzungen persönlicher Freiheitsrechte gehören hinein, einfache Regelverletzungen, einfache Gefährdungen und bloße Störungen gehören nicht hinein. Für sie mögen andere Rechtsgebiete verantwortlich sein.

---

<sup>16</sup> EuGH, Rs. 117/83, Urteil vom 25. September 1984, Slg. 1984, 3291.

<sup>17</sup> Vgl. vor allem das Urteil des EuGH zum Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl EuGH, Rs. C-303/05, Urteil vom 3. Mai 2007 (Advocaten voor de Wereld vs Leden van de Ministerraad).

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-303/05, préc., Rz. 50.

## II. Die Rechtsprechung des „Cour Constitutionnelle du Luxembourg“ – Implementation eines europäischen Rechtsprinzips

Diese Prämissen der Strafgesetzlichkeit prägen auch die Rechtsprechung des Cour Constitutionnelle zu Art. 14 der Verfassung des Großherzogtums Luxemburg. Sie finden sich in verschiedenen Kombinationen wieder. Fünf Urteile zur Strafgesetzlichkeit sind in der zehnjährigen Geschichte des Cour Constitutionnelle wesentlich. Sie weisen den Weg in die Zukunft. Es handelt sich um

Das Urteil n° 1/98 vom 6. März 1998

Das Urteil n° 12/02 vom 22. März 2002 im Fall Pierre Stein gegen „Union des Caisses de maladie“

Das Urteil n° 19/04 vom 30. Januar 2004 in Sachen Tracol S.A. u.a. gegen das Großherzogtum Luxemburg

Das Urteil n° 23/04 vom 3. Dezember 2004 im Fall „Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg“ und Gilles Plottke

Das Urteil n° 24/04 vom 3. Dezember 2004 in Sachen „Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg“ und Jos Stoffel

Das *Urteil vom 6. März 1998* entfaltet die formelle Seite der Gesetzlichkeit. Nach den Regeln des Gesetzesvorbehalts dürfen der Erlass allgemeiner Durchführungsbestimmungen eines Gesetzes nicht direkt an ein Organ der Exekutive übertragen werden. Das Wesentliche muss das Gesetz selbst regeln.<sup>19</sup> Die übrigen Urteile sind spezifischer und betreffen die materielle Seite der Strafgesetzlichkeit. Das Urteil n° 12/02 vom 22. März 2002<sup>20</sup> war grundlegend: Es statuiert Bestimmtheitsgebot und auch das Rückwirkungsverbot, es bestimmt die Reichweite der Strafgesetzlichkeit, indem es sagt, was punitive Sanktion, was zivilrechtlicher Schadensersatz ist. Diese Abgrenzungsfrage von Strafrecht und Verwaltungsrecht, von punitiver und nicht punitiver Sanktion wird im Urteil n° 19/2004<sup>21</sup> wieder aufgegriffen. Die Urteile 23/04 und 24/04<sup>22</sup> nehmen das Bestimmtheitsgebot wieder auf und bekräftigen es. In den neuesten Urteilen vom 14. Dezember 2007<sup>23</sup> finden sich die einmal aufgestellten Leitlinien wieder und werden sorgfältig abgesichert.

---

<sup>19</sup> Vgl. D. SPIELMANN, *Aspects constitutionnels du Droit pénal luxembourgeois, La portée du principe de légalité*, noch unveröffentlichtes Manuskript, S. 7.

<sup>20</sup> Mémorial, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 12 avril 2002, p. 672.

<sup>21</sup> Mémorial, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 16 février 2004, p. 304.

<sup>22</sup> Mémorial, Journal Officiel du Grand-Duché du Luxembourg, 23 décembre 2004, p. 2960 et p. 2962.

<sup>23</sup> Arrêts dans les affaires n°s 41, 42 et 43/07 du 14 décembre 2007 (Mémorial A n° 1, 11 janvier 2008, p. 2).

## 1. Strafgesetzlichkeit und Bestimmtheitsgebot

In der Ableitung des Bestimmtheitsgebots zeigt sich besonders die Tradition der Gesetzlichkeit als ein europäisches Rechtsprinzip. Das Prinzip „Keine Strafe ohne Gesetz“ erstreckt sich sowohl auf den Tatbestand eines Strafgesetzes als auch auf Art und Höhe der Sanktion. Das Strafgesetz muss so hinreichend klar und genau definiert sein, dass jegliche Willkür ausgeschlossen und es für den Normadressaten vorhersehbar ist, welches Verhalten überhaupt einem Straftatbestand unterliegt.<sup>24</sup> Fraglich ist dann allerdings, was unter Vorhersehbarkeit der Gesetzesanwendung zu verstehen ist.

Bei der Antwort auf diese Frage befindet sich der Cour Constitutionnelle ganz auf der Linie anderer Verfassungsgerichte in Europa. Da das Gesetz nicht jeden Lebenssachverhalt abschließend regeln kann, muss es für den Gesetzgeber einen Definitionsspielraum bei der Formulierung eines Gesetzes geben. Allgemeine Rechtsbegriffe sind aber für das Bestimmtheitsgebot unschädlich, wenn sich der Inhalt des Gesetzes, das heißt dessen wesentliche Grundzüge, aufgrund von Auslegung und vor dem Hintergrund eigener subjektiver Erfahrung des Normadressaten für diesen mit hinreichender Sicherheit erkennen lässt.<sup>25</sup> In dieser Formel kann in der Zukunft ein Problem liegen: Es geht um die Balance von Demokratie, Rechtsstaat und politischer Macht. In der Demokratie braucht der Gesetzgeber Spielraum und zugleich darf das Bestimmtheitsgebot nicht zum bloßen Bekenntnis werden. Die Geschichte des Gesetzlichkeitsprinzips in Europa mag hier zu einer strengen justiziellen Kontrolle ermuntern.

## 2. Rückwirkungsverbot

Art. 14 der luxemburgischen Verfassung sieht – im Unterschied zu Art. 7 Abs. 2 der EMRK – selbst kein Rückwirkungsverbot vor. Jedoch leitet der Cour Constitutionnelle in seinem grundlegenden Urteil n° 12/02 das Rückwirkungsverbot aus dem Gesetzlichkeitsprinzip ab.<sup>26</sup> Im Strafrecht kommt es danach auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Tat oder auch auf die Rechtslage zum Zeitpunkt einer Entscheidung, die in die Rechte des Betroffenen eingreift, an. Zugleich wird klar, dass mildere Gesetze – zum Vorteil des Rechtsunterworfenen – nicht vom Rückwirkungsverbot erfasst werden. Wenn sich zwischen Tatbegehung und Urteil das Strafgesetz, etwa im Hinblick auf die Sanktion, zum Vorteil des Beschuldigten geändert hat, so ist dieses vorteilhaftere, mildere Gesetz anwendbar.<sup>27</sup> Indes gilt dies nur für das Gesetz selbst, nicht für dessen Auslegung.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Vgl. Mémorial, 23 décembre 2004, p. 2961 und nun Arrêts dans les affaires n<sup>os</sup> 41, 42 et 43/07, préc.

<sup>25</sup> Vgl. jeweils aaO.

<sup>26</sup> Vgl. Auch D. SPIELMANN/ A. SPIELMANN, Droit pénal général luxembourgeois, 2004, S. 109 ff.

<sup>27</sup> Vgl. aaO., S. 111.

<sup>28</sup> Mémorial, 12 avril 2002, p. 673.

### 3. Strafwürdigkeit: Die Abgrenzung des Strafrechts von anderen Rechtsgebieten

In den Urteilen des Cour Constitutionnelle sind die Fragen des Bestimmtheitsgebots und des Rückwirkungsverbots stets mit der Frage nach der Reichweite des Gesetzlichkeitsprinzips verknüpft. Erstreckt sich dieses Prinzip auch auf Bereiche, die nicht zum Kernbereich des Strafrechts zählen, aber strafrechtsähnliche Sanktionen vorsehen und was sind strafrechtsähnliche Sanktionen? Diese Abgrenzung des Strafrechts von anderen Rechtsgebieten führt uns zurück zu der materiellen Funktion der Strafgesetzlichkeit, zu benennen, was eigentlich strafwürdig ist. Gemäß der Rechtsprechung im Urteil n° 12/02 soll die Strafgesetzlichkeit auch auf disziplinarrechtliche Fälle Anwendung finden.<sup>29</sup> Freilich gelten dann bei der Interpretation des Bestimmtheitsgebots eher pragmatische Aspekte, die bei einer strikten strafrechtlichen Anwendung eine weniger wichtige Rolle spielen dürften.<sup>30</sup>

Für die Abgrenzungsfrage wegweisend ist das Urteil n° 19/2004: Vertragsstrafen sind keine strafrechtlichen Sanktionen, sondern zivilrechtliche Reaktion auf die Verletzung vertraglicher Pflichten. Dagegen ist der Leistungsausschluss (*exclusion de la participation aux marchés*) nicht vorrangig ein Mittel zum Ausgleich eines erlittenen Nachteils. Er geht über Ausgleichsmechanismen eines bloß vertraglichen Verhältnisses hinaus und wird daher als Strafe im Sinne von Art. 14 angesehen. Dafür genügt ein Vertrag nicht, es bedarf eines öffentlichen Gesetzes.<sup>31</sup> So erstreckt sich die Strafgesetzlichkeit auch auf strafähnliches Verwaltungsrecht. Das heißt aber auch: dieses strafähnliche Verwaltungsrecht ist selbst nicht unbedingt Strafrecht. Ob ein eigentlich administrativer Regelungsgegenstand in das Strafrecht gehört – oder umgekehrt, ob das Strafrecht eigentlich administrative Probleme zum Gegenstand haben kann und *darf*, ist dann eine andere Frage. Hier wird sich der Cour constitutionnelle vielleicht bald der *Grenzen des Strafrechts* aufs Neue vergewissern müssen. Er scheint gerüstet.

---

<sup>29</sup> D. SPIELMANN/ A. SPIELMANN, *Droit pénal général luxembourgeois*, 2004, S. 116f.

<sup>30</sup> Vgl. *Mémorial*, 12 avril 2002, p. 673 und D. SPIELMANN/ A. SPIELMANN, aaO.

<sup>31</sup> *Mémorial*, 30 janvier 2004, p. 305.

# L'égalité devant la loi

Patrick KINSCH

Le principe général d'égalité faisait l'objet, dans le texte originaire de la Constitution, de l'article 11, paragraphe 2. Il est actuellement (depuis la révision constitutionnelle du 29 avril 1999) formulé, dans les mêmes termes qu'auparavant, à l'article 10bis, paragraphe 1<sup>er</sup> : « Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi »<sup>1</sup>.

La définition constitutionnelle du droit à l'égalité devant la loi a incontestablement une portée importante sur le plan politique<sup>2</sup> ; mais l'effectivité de la garantie d'ordre *juridique* du droit à l'égalité est incomplète en l'absence de précisions sur le degré de contrôle juridictionnel de son respect. Ces précisions résultent, s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois dans le droit luxembourgeois actuel, de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle qui définit ainsi les lignes générales du contrôle, assuré par elle, du respect du principe d'égalité :

*« Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but »*<sup>3</sup>.

L'égalité devant la loi a fait l'objet, au cours des dix premières années d'existence de la Cour Constitutionnelle, de la partie la plus importante de sa jurisprudence ; à la différence de ceux qui sont consacrés à la plupart des autres droits fondamentaux, les arrêts qui ont trait au droit à l'égalité sont suffisamment nombreux pour que la Cour Constitutionnelle ait affermi sa méthode de contrôle et pour qu'il soit possible de juger de son résultat.

---

<sup>1</sup> La garantie de l'égalité entre les femmes et les hommes (article 11, paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, issu de la révision constitutionnelle du 13 juillet 2006) et le principe de l'égalité devant l'impôt (article 101) n'ont jusqu'à présent pas joué de rôle en jurisprudence. Ils peuvent être compris soit comme des règles spéciales qui excluent le jeu du principe général d'égalité devant la loi (mais cette analyse n'est utile qu'à condition que les règles spéciales aient réellement un *contenu* qui leur soit particulier), soit comme de simples rappels ou applications particulières de ce principe ; dans le sens que « l'égalité devant les charges publiques est une application particulière du principe d'égalité devant la loi formulé à l'article 10bis (1) de la Constitution » v., dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'arrêt 9/00 du 5 mai 2000 (Mémorial A n° 40, 30 mai 2000, p. 947).

<sup>2</sup> Sur l'arrière-plan politique du principe (défini bien avant l'introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois), v. *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux* (ouvrage collectif publié par le Conseil d'Etat), Luxembourg, 2006, p. 50 ss., et mise à jour (septembre 2007), p. 2 ss.

<sup>3</sup> Formule adoptée depuis le deuxième arrêt consacré par la Cour constitutionnelle au principe d'égalité, l'arrêt n° 7/99 du 26 mars 1999 (Arrêt 7/99 du 26 mars 1999, Mémorial A n° 41, 20 avril 1999, p. 1087) ; jurisprudence constante depuis lors (sous réserve d'une légère variante dans les arrêts n°s 29/06 à 33/06 du 7 avril 2006). Le premier arrêt de la Cour consacré à la question (Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998, Mémorial A n° 102, 8 décembre 1998, p. 2499) avait adopté une formulation différente, un peu moins abstraite dans la mesure où elle faisait référence à l'« intérêt public » poursuivi par le législateur.

# I. La nature et l'importance du contrôle de constitutionnalité par rapport au principe d'égalité

## 1. L'importance statistique du contrôle

Sur les 43 affaires qui ont donné lieu à un arrêt de la Cour, 21 avaient trait (exclusivement ou non) au principe d'égalité : environ la moitié. Ces 21 affaires avaient trait à 16 dispositions législatives distinctes (deux séries de deux affaires et une série de cinq affaires concernaient chaque fois une même disposition législative). Sur les 16 dispositions législatives qui ont été soumises au contrôle de la Cour Constitutionnelle, le résultat du contrôle a été un constat de violation du principe d'égalité dans 8 cas sur 16 : la moitié des cas.

Voilà qui est à première vue surprenant : le principe d'égalité est le droit fondamental de loin le plus fréquemment invoqué, et celui dont la violation est le plus fréquemment constatée<sup>4</sup>. On peut s'interroger sur les raisons de ce succès.

## 2. Le principe d'égalité comme instrument de contrôle des catégories définies par le législateur

Une première explication de l'importance du contrôle de constitutionnalité par rapport au principe d'égalité – mais elle n'est pas pertinente en ce qui concerne la jurisprudence constitutionnelle luxembourgeoise – serait que sous couvert de contrôle par rapport au principe d'égalité, la Cour Constitutionnelle vérifie en réalité le respect d'autres droits fondamentaux, qu'elle serait juridiquement empêchée de (ou hésiterait à) contrôler directement. Il y a quelques précédents pour ce phénomène dans la jurisprudence de juridictions constitutionnelles étrangères<sup>5</sup>, mais en droit luxembourgeois il ne joue aucun rôle : le contrôle du respect du principe d'égalité n'y

---

<sup>4</sup> En fait, à part une constatation de violation de l'article 12 de la Constitution (principe de la légalité des délits et des peines, appliqué aux sanctions administratives) par l'arrêt n° 19/04 (Arrêt 19/2004 du 30 janvier 2004, Mémorial A n° 18, 16 février 2004, p. 303) et les violations de l'article 16 de la Constitution (droit de propriété) constatées, à propos de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, par les arrêts n°s 16/03 (Arrêt 16/03 du 7 février 2003, Mémorial A n° 31, 28 février 2003, p. 509) ainsi que 34/06 et 35/06 du 12 mai 2006 (Arrêt 34/06 du 12 mai 2006, Mémorial A n° 96, 31 mai 2006, p. 1800 ; Arrêt 35/06 du 12 mai 2006, Mémorial A n° 96, 31 mai 2006, p. 1802), seule la violation du droit à l'égalité devant la loi a été retenue comme violation d'un droit fondamental par des arrêts de la Cour constitutionnelle.

<sup>5</sup> Ainsi en Belgique où (jusqu'à une révision constitutionnelle de 2003) la compétence de la juridiction constitutionnelle était limitée, s'agissant des droits fondamentaux, aux seuls articles de la Constitution belge garantissant l'égalité devant la loi et la liberté de l'enseignement – ce qui n'a pas empêché la Cour d'arbitrage belge de considérer qu'il convenait de *combiner* le principe d'égalité et de non-discrimination avec les droits et libertés reconnus par la Constitution, et même par les lois ou les traités en matière de droits fondamentaux ou droits de l'homme, ou encore le traité C.E. : F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996, n° 66 ; F. DELPEREE, « La technique du contrôle de la constitutionnalité des lois en Belgique », *FSY* 91 (1998) 35, p. 36-37 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, n° 490. – Comp., pour la jurisprudence constitutionnelle américaine, J. NOWAK/ R. ROTUNDA, *Constitutional Law*, 7<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minn.), 2004, § 14.1, p. 680 : en raison de la renonciation par la Cour suprême au contrôle par rapport à la clause générale du *substantive due process*, « *in recent years the equal protection guarantee has become the single most important concept in the Constitution for the protection of individual rights* ».

est pas détourné de sa fonction pour devenir, plus ou moins artificiellement, un contrôle du respect des droits fondamentaux en général. L'explication est ailleurs ; elle ne tient pas à l'ordre juridique luxembourgeois en tant que tel, mais à la nature spécifique du contrôle juridictionnel des lois par rapport au principe d'égalité. Le droit à l'égalité devant la loi peut jouer, précisément, *sans* qu'un autre droit fondamental soit (nécessairement) en cause, et pour qu'il soit réputé violé, il suffit que le juge constitutionnel constate une erreur du législateur dans la définition du champ d'application des différentes normes législatives, quelle que soit leur objet – ce qui explique la fréquence relative des constats de violation.

Que le principe d'égalité s'applique indépendamment de la nature du droit en cause (donc qu'il s'agisse d'un droit fondamental ou non) a été confirmé implicitement dès le premier arrêt de la Cour qui était consacré entre autres au principe d'égalité ; dans cet arrêt – qui concernait le sort d'une adoption plénière prononcée au Pérou au profit d'une célibataire luxembourgeoise, contrairement à l'article 367 du Code civil – elle jugea d'abord qu'aucun droit à l'adoption n'était garanti par la Constitution à titre de droit fondamental, mais aussi, ensuite, qu'une différenciation entre les célibataires et les personnes mariées dans l'accès à l'adoption pouvait effectivement faire l'objet d'un contrôle quant au respect du principe d'égalité<sup>6</sup>.

Or chaque règle définie par le législateur sous forme de norme générale et impersonnelle procède nécessairement à la définition de son champ d'application et de son dispositif<sup>7</sup>, des situations auxquelles s'applique le régime défini par la norme et, expressément ou implicitement, des situations auxquelles ce régime ne s'applique pas. Dans un Etat de droit, la définition du champ d'application des différents régimes légaux ne peut pas être arbitraire, ce qui est l'idée directrice même du principe d'égalité. Mais il n'est pas *a priori* évident que le reproche de violation du principe d'égalité par une norme générale et impersonnelle sera susceptible d'être utilement formulé devant une juridiction. Il se peut que les tribunaux considèrent que cette question est une question essentiellement politique qu'il ne leur appartient pas de trancher, et qu'en conséquence la garantie de l'égalité devant la loi soit interprétée de manière restrictive comme ne visant que la garantie d'un traitement égal par les autorités administratives au regard des lois et règlements existants – quel que soit le contenu de ces normes<sup>8</sup>. Jusque dans les années 1980, l'attitude dominante des juridictions luxembourgeoises, même à l'égard des règlements, était timorée et réduisait le principe d'égalité à une garantie contre l'arbitraire administratif,

---

<sup>6</sup> Arrêt 2/98, *op.cit.*

<sup>7</sup> Ou, en termes de méthodologie juridique, du *présupposé* de la norme (*Tatbestand*) et de l'*effet juridique* (*Rechtsfolge*) attaché à ce présupposé (v. récemment P. HURT, *Les hypothèses juridiques, une étude du raisonnement judiciaire*, thèse Paris I, 2007, n° 7 ; et cf. V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, thèse Paris I, 2006, n° 102).

<sup>8</sup> Il ne s'agit pas seulement d'une attitude *judiciaire*. Sur le plan théorique, la distinction entre *Gleichheit vor dem Gesetz* et *Gleichheit im Gesetz* caractérisait la pensée de H. Kelsen, qui considérait comme hautement problématique la contamination de la théorie du droit par des idées, prétendant à la juridicité, d'égalité et de justice : *Reine Rechtslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Vienne, 1960, p. 146 ; discussion de la question en doctrine luxembourgeoise par A. STEICHEN, *La justice dans l'impôt*, Luxembourg, 1994, p. 120 et s.

se refusant la possibilité de contrôler l'arbitraire législatif ou réglementaire. Le revirement de jurisprudence définitif (prenant la forme d'un contrôle de la légalité des règlements par rapport au principe d'égalité) dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, puis de la Cour de cassation date des années 1990<sup>9</sup>.

La Cour Constitutionnelle, quant à elle, a dès le départ opté pour la conception du principe d'égalité qui en fait un principe opposable au législateur et relevant d'un contrôle juridictionnel. Une décision contraire aurait, il est vrai, eu pour effet d'ôter toute signification au contrôle de constitutionnalité des lois tel qu'il s'applique à ce principe constitutionnel fondamental. La Cour Constitutionnelle se serait même vraisemblablement réduite à l'insignifiance, dans la mesure où elle aurait ainsi concédé un avantage décisif au contrôle de la conventionnalité des lois par rapport au contrôle de leur constitutionnalité : la Convention européenne des droits de l'homme, qui bénéficie devant *toutes* les juridictions luxembourgeoises de la primauté par rapport aux lois nationales, est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme dans le sens de l'opposabilité du principe d'égalité à tous les pouvoirs publics, y compris le pouvoir législatif<sup>10</sup> ; il s'y ajoute que pour les Etats qui (à l'instar du Luxembourg) ont ratifié le récent Protocole n° 12 à la Convention européenne, la Convention ne prévoit plus seulement un principe d'égalité dans la jouissance des droits de l'homme par ailleurs garantis par la Convention mais, exactement au même titre que la Constitution luxembourgeoise, un principe général de l'égalité devant la loi sous forme d'une « interdiction générale de la discrimination »<sup>11</sup>. En fait, l'adoption d'une interprétation extensive de l'égalité devant la loi a sans doute contribué à éviter, au Luxembourg, une européanisation exclusive du contrôle des lois par rapport aux droits fondamentaux<sup>12</sup>.

La formulation du principe d'égalité par la Cour Constitutionnelle, qui définit à la fois l'étendue de ses pouvoirs de contrôle et la méthode par laquelle elle entend les exercer, semble s'inspirer de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (actuellement

---

<sup>9</sup> V. l'évolution retracée par A. STEICHEN, préc., p. 164 et s. (à laquelle on ajoutera Cass. 22 février 1996, *Pas. lux.* 30, p. 3).

<sup>10</sup> Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 juillet 1968, *affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, Série A, n° 6.

<sup>11</sup> Réalisant ainsi un important progrès par rapport au texte de la Convention elle-même, dont l'article 14 ne prévoit qu'un droit à l'égalité de traitement dans la jouissance des droits garantis par la Convention, le Protocole n° 12 a été ratifié au Luxembourg par la loi du 6 mars 2006 (*Mém. A*, 2006, p.1104). Il est actuellement en vigueur entre un nombre limité d'Etats contractants seulement.

<sup>12</sup> Pour un indice de (re-)nationalisation – partielle – du contrôle, cf. Cass., 21 juin 2007, n° 35/07 qui, saisie d'un moyen de cassation qui invoquait à la fois la violation de la Constitution et celle de la Convention européenne des droits de l'homme, privilégie le contrôle de constitutionnalité en saisissant la Cour constitutionnelle au lieu de statuer elle-même sur la violation de la Convention. V. également, dans la même affaire, les conclusions du Procureur Général du 8 mai 2007, qui font état du fait que le texte constitutionnel invoqué (le principe d'égalité, en l'occurrence entre le père et la mère d'un enfant naturel) est « une norme interne supérieure dont le respect est garanti par un organe judiciaire spécialement créé à ces fins et que le droit fondamental consacré par le texte constitutionnel est analogue quant à ses finalités aux textes conventionnels invoqués en second lieu », et qui conclut à la saisine de la Cour constitutionnelle. – Mais pour un récent jugement qui préfère exercer lui-même le contrôle de conventionnalité par rapport au principe d'égalité, plutôt que de saisir la Cour constitutionnelle, v. Trib. arr. Luxembourg, 23 mai 2007, n° 242/2007 (I).

Cour Constitutionnelle) belge, qui s'était inspirée elle-même de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>13</sup>. Elle correspond aux derniers développements du contrôle du principe d'égalité en droit comparé et assure potentiellement un haut degré de contrôle juridictionnel du fait de l'intégration d'un contrôle de la proportionnalité de la distinction opérée par le législateur. La formulation adoptée par la Cour Constitutionnelle n'a par ailleurs pas été critiquée, et elle a servi de modèle aux développements récents du contrôle de la légalité, au regard de l'article 10*bis* de la Constitution, des règlements par les juridictions administratives<sup>14</sup>.

En somme, le principe d'égalité est devenu, dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle, un instrument puissant de contrôle du législateur, instrument qui intervient dans ce qui est au cœur de l'activité législative, la définition du champ d'application des différentes normes et donc des différents régimes légaux. La Cour Constitutionnelle est ainsi habilitée à vérifier, en dernière analyse, que le législateur s'est tenu, dans la détermination du champ d'application des normes qui avantagent ou désavantagent différentes catégories de personnes, à l'idée de rationalité et de justice<sup>15</sup>. Mais en raison de la nature même de ce contrôle, la Cour doit se positionner (expressément ou implicitement) par rapport à l'idée de démocratie représentative dont découle un pouvoir d'appréciation propre au profit du législateur<sup>16</sup>. Et en fait la Cour Constitutionnelle a montré dans différents arrêts qu'elle n'entend pas nier l'existence, au profit du législateur, d'une certaine marge d'appréciation. L'étendue selon les matières de cette marge d'appréciation (et, corrélativement, l'intensité du contrôle de la Cour Constitutionnelle) n'a pas fait l'objet de développements dans la motivation des arrêts<sup>17</sup>. Mais le *judicial restraint* de la Cour s'exerce visiblement moins en matière de droit familial (où les conseillers à la Cour Constitutionnelle peuvent prétendre, non sans plausibilité, à une expérience équivalente à celle des membres du Parlement – qui avait négligé certaines adaptations du droit aux évolutions de la société<sup>18</sup>) qu'en matière économique et sociale.

---

<sup>13</sup> Arrêt du 23 juillet 1968, *préc.* (note 10), § 9, p. 34. La Cour européenne n'a pas non plus inventé de toutes pièces les critères du respect du principe d'égalité, puisqu'elle indique suivre « les principes qui se dégagent de la pratique judiciaire d'un grand nombre d'Etat démocratiques » (*ibid.*).

<sup>14</sup> CA, 13 février 2007, n<sup>os</sup> 21753C et 21768C, *BIJ* 2007, 21 (avec, en note, la décision de première instance, Trib. adm., 3 juillet 2006, n<sup>o</sup> 19214a).

<sup>15</sup> « *Der Gleichheitssatz wird demgemäß als Gerechtigkeitsatz verstanden* », K. STERN, « Das Gebot zur Ungleichbehandlung », *Festschrift Günter Dürig*, Munich, 1990, p. 207, 210, et les références citées.

<sup>16</sup> Deux auteurs luxembourgeois ont exprimé des points de vue radicalement opposés sur la question de la légitimité des pouvoirs de contrôle du juge dans une démocratie : P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire* 90 (2000) p. 339 ; N. CAMPAGNA, *Michel Villey : Le droit ou les droits ?*, Paris, 2004, spéc. p. 99-109 et du même auteur *Le droit, la nature et la volonté*, Paris, 2006, p. 50 ss.

<sup>17</sup> Cet aspect de la théorie du contrôle juridictionnel par rapport au principe d'égalité est particulièrement bien développé en jurisprudence américaine (cf. J. NOWAK/ R. ROTUNDA, *préc.* [note 5], § 14.3, p. 685 et s.), et allemande (cf. H. JARASS/ B. PIEROTH, *Grundgesetz-Kommentar*, 9<sup>e</sup> éd., Munich, 2007, Art. 3, n<sup>os</sup> 17 et s.).

<sup>18</sup> Exemple typique : l'arrêt n<sup>o</sup> 7/99 du 26 mars 1999.

Là, la Cour n'a pas censuré les « iniquités » entre les agriculteurs, dispensés du paiement des cotisations à la Caisse nationale des prestations familiales, et ceux qui exerçaient une profession indépendante et qui étaient, temporairement, exclus de l'exonération ; elle a constaté que l'évolution chronologique des dispositions législatives démontrait l'existence d'une volonté du législateur de dégrever « par étapes les redevables initiaux au regard de leur situation économique et sociale », et a conclu à l'absence de différences de traitement non rationnelles, inadéquates ou disproportionnées au but poursuivi, sans prétendre exercer elle-même un jugement sur la rapidité du dégrèvement progressif ni sur l'ordre choisi par le législateur pour dégrever les membres de différentes professions<sup>19</sup>. De même, elle a admis que la législation applicable à l'Entreprise des Postes et Télécommunications réserve un régime disciplinaire particulier, moins favorable que le régime disciplinaire de droit commun, aux fonctionnaires des Postes, dans le but de permettre « une gestion plus flexible des ressources humaines » dans un « environnement commercial hautement compétitif », finalité législative qu'elle a acceptée sans la soumettre, à en juger selon la motivation de ses arrêts, à un contrôle détaillé<sup>20</sup>. Ce n'est, on le voit, pas à la Cour Constitutionnelle qu'il appartient de définir la politique économique et sociale de la nation. Mais il est utile qu'elle affirme le principe de son contrôle même dans ces matières, et une censure n'est pas exclue en cas d'erreur d'appréciation manifeste du législateur<sup>21</sup> – possibilité de censure que la Cour Constitutionnelle a exercée en sanctionnant la discrimination dans la définition des bénéficiaires du forfait d'éducation (« *Mammerent* »), qui excluait les fonctionnaires au service d'organismes internationaux<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Arrêt 9/2000 du 5 mai 2000, Mémorial A n° 40, 30 mai 2000, p. 947. L'arrêt peut être rapproché de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge en matière fiscale, qui est un contrôle assoupli et qu'on a proposé de qualifier de « marginal » (E. WILLEMART, *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruxelles, 1999, p. 209 et s.).

<sup>20</sup> Arrêts dans les affaires n°s 41 et 42 du 14 décembre 2007 (Arrêt 41/07 du 14 décembre 2007, Mémorial A n° 1, 11 janvier 2008, p. 2 et Arrêt 42/07 du 14 décembre 2007, Mémorial A n° 1, 11 janvier 2008, p. 4). En revanche, la question de savoir si les garanties subsistant au profit des fonctionnaires des Postes pouvaient être considérées comme suffisantes a fait l'objet d'un contrôle détaillé par la Cour.

<sup>21</sup> Cf., dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, un rappel de ce que « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si le but que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à cet objectif » (décision du 15 décembre 2005, n° 2005-529 DC, *Rec.* p. 166).

<sup>22</sup> Arrêts 29/06 à 33/06 du 7 avril 2006 (Arrêt 29/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69, 21 avril 2006, p. 1334 ; Arrêt 30/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69, 21 avril 2006, p. 1336 ; Arrêt 31/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69, 21 avril 2006, p. 1338 ; Arrêt 32/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69, 21 avril 2006, p. 1340 et Arrêt 33/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69, 21 avril 2006, p. 1342).

### 3. Une question actuellement non résolue : le droit à un traitement différencié des situations objectivement différentes

Le droit au traitement différencié de situations objectivement différentes n'a, soulignons-le, pas encore été invoqué devant la Cour Constitutionnelle. Néanmoins, la question est importante, ce qui justifie qu'on la mentionne brièvement ici.

L'existence même d'un droit au traitement différencié, et encore plus sa rattachabilité logique au principe d'égalité devant la loi, n'est peut-être pas immédiatement évidente. Ceci peut contribuer à expliquer, en droit comparé, le refus de la jurisprudence française de le consacrer<sup>23</sup>. Mais il est un fait que la jurisprudence constitutionnelle allemande a dès ses débuts interprété le principe d'égalité en ce sens qu'il implique également une interdiction d'un traitement arbitrairement égal de situations essentiellement inégales<sup>24</sup>. Cette jurisprudence a été expliquée par l'idée que le principe d'égalité s'oppose à toute catégorisation objectivement injuste et qu'un traitement arbitrairement identique est un traitement injuste<sup>25</sup> ; elle peut aussi être réinterprétée, en ce sens que les requérants qui se réclament du droit à un traitement différencié réclament en réalité une égalité de traitement, mais avec une autre catégorie de personnes que celles auxquelles les assimile arbitrairement le législateur<sup>26</sup>. Dans les deux cas, le résultat est le même : le juge constitutionnel contrôlera la catégorisation des situations juridiques par le législateur, y compris lorsqu'elles aboutissent à soumettre à un traitement identique deux situations essentiellement hétérogènes.

L'interprétation allemande du principe d'égalité s'est imposée largement. Elle a été reprise par la Cour d'arbitrage belge<sup>27</sup>, la Cour de justice des Communautés européennes<sup>28</sup> et la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière a jugé, dans son arrêt inaugurateur, que la Grèce avait méconnu le droit du requérant, un candidat expert comptable, à la non-discrimination du fait d'un refus d'accès à la

---

<sup>23</sup> C.E. Ass., 28 mars 1997, *Soc. Baxter*, *Rec.* p. 114 ; *R.F.D.A.* 1997, 458, note MELIN-SOUCRAMANIEN ; C.E. Ass., 8 février 2007, *Arcelor*, *Rec.* p. 55, concl. Guyomar : « Le principe constitutionnel d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents ». Une autre explication, avancée dans le rapport national français sur le principe d'égalité dans les jurisprudences des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, est le souci de préserver dans la mesure du possible le pouvoir d'appréciation du pouvoir législatif et réglementaire : *R.F.D.A.* 1997, p. 227, 230.

<sup>24</sup> Cf. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1985, rééd. Francfort, Suhrkamp, 1994, p. 359 et s. ; O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, 1992, p. 130 et s.

<sup>25</sup> En ce sens K. STERN, « Das Gebot zur Ungleichbehandlung », préc. (note 16), p. 210.

<sup>26</sup> W. RÜFNER, *Bonner Kommentar zum GG*, Heidelberg, Art. 3 Abs. 1 (1992), n° 10.

<sup>27</sup> Cour d'arbitrage, arrêt n° 138/2000 du 21 décembre 2000, *J.T.* 2001, p. 297.

<sup>28</sup> C.J.C.E., jurisprudence constante à partir de l'arrêt du 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c. Commission*, aff. C-13/63, *Rec.*, p. 331, 360. Selon les conclusions de l'avocat général Lagrange (p. 385), un avis de la Cour permanente de justice internationale du 6 avril 1935 (*Ecoles minoritaires en Albanie, Série A/B*, n° 64, p. 19), pourrait être invoqué à titre de précédent ; mais l'avis de la Cour permanente a trait, plutôt, à l'opposition entre égalité de droit et égalité de fait (« L'égalité en droit exclut toute discrimination ; l'égalité en fait peut, en revanche, rendre nécessaires des traitements différents en vue d'arriver à un résultat qui établisse l'équilibre entre les situations différentes »).

profession d'expert comptable en raison d'une condamnation du requérant par un tribunal militaire pour insubordination : le refus du requérant de porter l'uniforme s'expliquait par des raisons de conscience (le requérant était témoin de Jehova) et « contrairement à des condamnations pour d'autres infractions majeures, une condamnation consécutive à un refus de porter l'uniforme pour des motifs religieux ou philosophiques ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer [la profession d'expert comptable] »<sup>29</sup>. Le requérant ne pouvait par conséquent légitimement être soumis, du point de vue de l'accès à la profession d'expert comptable, à un traitement identique à celui des auteurs de ces « infractions majeures ».

Quelle sera l'attitude de la Cour Constitutionnelle, si la question lui est posée ?

On a vu que l'interprétation du principe d'égalité comme pouvant constituer également la base d'un droit à un traitement différencié des situations objectivement différentes n'est pas dépourvue de plausibilité : il y a des raisons qui peuvent être invoquées pour la soutenir – et, en termes de politique jurisprudentielle, il n'y a pas de raison d'interpréter les droits garantis par la Constitution luxembourgeoise plus restrictivement que ceux qui sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Mais le choix entre les interprétations appartient à la Cour Constitutionnelle.

## II. Le champ d'application du principe d'égalité

### 1. Champ d'application matériel

Le champ d'application matériel est absolument général ; le législateur est toujours tenu de respecter le principe d'égalité. C'est ce qu'illustrent les 21 arrêts intervenus à propos de cette garantie constitutionnelle, rendus par la Cour Constitutionnelle dans les matières les plus diverses, sur renvoi des juridictions judiciaires, administratives et de la sécurité sociale. Il suffira d'indiquer ici les huit cas dans lesquels une violation du principe d'égalité a été retenue ; c'est un inventaire sans ordre apparent :

- discrimination au détriment des pères naturels, par rapport aux mères naturelles et aux pères légitimes, dans l'attribution de l'autorité parentale sur leurs enfants (article 380 du Code civil : l'autorité parentale est nécessairement exercée par la mère)<sup>30</sup> ;
- refus, par l'article 115 du Code des assurances sociales, de l'action en réparation suivant le droit commun en cas d'accident de travail, même à des ayants-droit de la victime qui n'ont aucun droit à prestation de la part de la sécurité sociale<sup>31</sup> ;
- distinction irrationnelle entre les ouvriers communaux et les employés privés communaux dans le droit d'élire des délégués du personnel<sup>32</sup> ;

---

<sup>29</sup> Arrêt du 6 avril 2000, *Thlimmenos c. Grèce* [GC], n° 34369/97, CEDH 2000-IV, §§ 44-47.

<sup>30</sup> Arrêt 7/99, préc.

<sup>31</sup> Arrêt 20/04 du 28 mai 2004, *Mémorial A* n° 94, 18 juin 2004, p. 1561.

<sup>32</sup> Arrêt 21/04 du 18 juin 2004, *Mémorial A* n° 116, 12 juillet 2004, p. 1765 et Arrêt 22/04 du 18 juin 2004, *Mémorial A* n° 117, 12 juillet 2004, p. 1769.

- discrimination par l'article 349 du Code civil dans la délimitation des hypothèses dans lesquelles un enfant déjà adopté plénièrement peut faire l'objet d'une adoption simple par une autre personne<sup>33</sup> ;
- discrimination, dans la réglementation du droit de réintégrer la fonction publique, selon la date et le contexte administratif de la démission pour raisons familiales du fonctionnaire<sup>34</sup> ;
- discrimination, dans la législation sur le forfait éducation, au détriment des ancien(ne)s fonctionnaires d'organismes internationaux<sup>35</sup> ;
- discrimination au détriment des chargés d'éducation au service des personnes morales de droit public, dont le contrat de travail à durée déterminée pouvait être prorogé indéfiniment contrairement à la règle de droit commun du droit du travail<sup>36</sup> ;
- dans le partage agricole, la réglementation, trop favorable à l'héritier qui reprend une exploitation agricole, de l'évaluation des futurs terrains à bâtir inclus dans l'exploitation agricole qui lui est attribuée<sup>37</sup>.

## 2. Champ d'application personnel : l'égalité et les étrangers

Retour au texte : « Les *Luxembourgeois* sont égaux devant la loi », dit l'article 10*bis* de la Constitution. Ce qui pose une question dont l'importance, au Luxembourg, ne saurait être niée – sauf par ceux qui ignoreraient l'importance de la population étrangère au Luxembourg, qui représente dès à présent plus de 40% de la population résidente, et des travailleurs étrangers, qui représentent environ 80% des salariés du secteur privé<sup>38</sup>. Toutes ces personnes ne bénéficient-elles donc pas, en vertu de la Constitution, du droit à l'égalité devant la loi ?

L'explication de ce texte constitutionnel gênant est une explication historique. La Constitution luxembourgeoise s'inspire sur ce point, comme sur de nombreux autres, de la Constitution belge de 1831 qui comportait une disposition selon laquelle « les Belges sont égaux devant la loi »<sup>39</sup>. Au demeurant, le chapitre tout entier dans lequel figure le droit à l'égalité devant la loi s'intitulait, dans le texte original de la Constitution luxembourgeoise, « Des Luxembourgeois et de leurs droits », jusqu'au remplacement de cet intitulé par un « Des libertés publiques et des droits fondamentaux », plus moderne, lors de la révision du 2 juin 1999<sup>40</sup>. L'idée reflète une tendance du constitutionnalisme du XIX<sup>e</sup> siècle, dont on trouve des traces dans

---

<sup>33</sup> Arrêt 25/05 du 7 janvier 2005, Mémorial A n° 8, 26 janvier 2005, p. 73.

<sup>34</sup> Arrêt 26/05 du 8 juillet 2005, Mémorial A n° 106, 22 juillet 2005, p. 1853.

<sup>35</sup> Arrêts 29/06 à 33/06, préc.

<sup>36</sup> Arrêt 36/06 du 20 octobre 2006, Mémorial A n° 188, 6 novembre 2006, p. 3303.

<sup>37</sup> Arrêt 40/07 du 25 mai 2007, Mémorial A n° 96, 19 juin 2007, p. 1805.

<sup>38</sup> Sur cette évolution, v. M. WAGENER, « Wirtschaftliche Entwicklung und Veränderung der Arbeitswelt » in *Handbuch der sozialen und erzieherischen Arbeit in Luxemburg*, à paraître, 2008, partie II, « Der grenzüberschreitende Arbeitsmarkt ».

<sup>39</sup> Cette phrase figure toujours dans la Constitution belge actuelle : art. 10, al. 2.

<sup>40</sup> Le titre correspondant de la Constitution belge reste intitulé « Des Belges et de leurs droits ».

d'autres constitutions, à prendre ses distances par rapport à la proclamation des « droits de l'homme » lors de la révolution française et à se borner à définir des droits du citoyen, du national<sup>41</sup>. Mais comment appliquer un texte du XIX<sup>e</sup> siècle au début du XXI<sup>e</sup> ? La question se dédouble :

a) *La jouissance du droit à l'égalité par les étrangers*

Cette première sous-question n'a pas trait à la différenciation entre Luxembourgeois et étrangers, mais à une question préalable, plus fondamentale encore : est-ce que la rédaction de l'article 10*bis*, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution n'empêche pas les étrangers de pouvoir invoquer le principe même de l'égalité devant la loi, fût-ce à l'encontre d'une discrimination qui les frapperait, en raison de telle ou telle caractéristique personnelle sans lien avec leur nationalité, au même titre que les Luxembourgeois qui partageraient cette caractéristique personnelle ?

Dans l'affaire de l'adoption d'un enfant péruvien par une célibataire, cette question a semblé importante à la Cour Constitutionnelle, qui a pris soin de justifier l'applicabilité, à cet enfant étranger, du principe d'égalité. Elle l'a fait dans les termes suivants : le principe d'égalité est « applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité sont concernés »<sup>42</sup>. Cette formulation est excellente par la définition large du cercle des personnes de nationalité étrangère qui peuvent dans certains cas bénéficier de l'égalité : ce sont les étrangers touchés par la loi luxembourgeoise, qu'ils résident sur le territoire du Luxembourg ou non. La protection des droits fondamentaux s'étend par conséquent aussi loin que l'ordre juridique luxembourgeois lui-même. On ne peut que se féliciter de ce principe. Mais d'un autre côté, la formule choisie par la Cour Constitutionnelle était trop restrictive en réservant l'applicabilité du principe d'égalité aux cas dans lesquels des « droits de la personnalité » sont en jeu. La notion de droit de la personnalité n'est pas univoque ; la jurisprudence du tribunal administratif, qui a essayé d'élargir la formule de la Cour Constitutionnelle aux « droits extrapatrimoniaux » mais l'a appliquée en même temps au droit – patrimonial – à une garantie de l'Etat de certains montants dus aux travailleurs en cas de faillite de leur employeur<sup>43</sup>, montre toutes les difficultés de cette approche.

Or la Constitution luxembourgeoise contient en réalité, parmi les « Dispositions générales » du chapitre XI, un texte d'esprit libéral, lui-même repris de la Constitution belge de 1831, qui permet de résoudre la difficulté. Aux termes de l'article 111 : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». Dans ses cinq arrêts relatifs au forfait d'éducation, dont étaient privés les fonctionnaires

---

<sup>41</sup> D. MERTEN, « Begriff und Abgrenzung der Grundrechte » in *Handbuch der Grundrechte* (D. Merten/H.-J. Papier, éd.), vol. I, Heidelberg, 2004, § 35, n° 18 : « Bürgerrechte statt Menschenrechte ».

<sup>42</sup> Arrêt 2/98, préc.

<sup>43</sup> Trib. adm., 12 janvier 1999, n° 10800 du rôle. Cf. M. ELVINGER et P. KINSCH, « La discrimination dans la vie publique », rapport national luxembourgeois pour l'Association Henri Capitant, Journées franco-belges de 2001 (*Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. LI, Paris, 2004, p. 913 et *Bull. Laurent* 2001-I, 57), n° 9.

des organisations internationales, la Cour s'est souvenue de ce texte, en relevant, après la citation de l'article 10*bis*, paragraphe 1<sup>er</sup>, « que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises »<sup>44</sup>. On peut déduire de ces arrêts que *tant les Luxembourgeois que les étrangers bénéficient du droit constitutionnel à l'égalité*. Il ne convient pas, à notre avis, de lire littéralement l'article 111 et d'introduire une nouvelle restriction exigeant que les étrangers se trouvent physiquement sur le territoire luxembourgeois, et encore moins qu'ils y aient été légalement admis<sup>45</sup>. La meilleure solution consiste à combiner les deux courants de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle que nous venons de présenter, et de juger qu'il résulte de la combinaison des articles 10*bis* et 111 de la Constitution qu'en ce qui concerne les étrangers, le principe d'égalité est, tout simplement, *applicable à tout individu touché par l'ordre juridique luxembourgeois*, sauf les exceptions établies par la loi.

Précisément, l'article 111 contient une restriction : « sauf les exceptions établies par la loi », qui vise les restrictions *spécifiques* des droits des étrangers en raison de leur nationalité. La différenciation entre les personnes qui possèdent la nationalité de l'Etat et celles qui ne la possèdent pas est certainement parfois légitime, mais elle ne l'est pas toujours. Pourtant, le risque d'une véritable discrimination au détriment des étrangers est un risque d'autant plus réel que les étrangers ne bénéficient pas du droit de vote aux élections parlementaires et ne disposent dès lors que de faibles moyens d'influencer le contenu de la législation. Il s'ensuit qu'ils ont, peut-être plus encore que les nationaux, besoin du contrôle juridictionnel des différenciations que leur impose la législation de l'Etat. Ce qui nous amène à la question suivante :

#### *b) Les discriminations en raison de la nationalité*

Un arrêt de la Cour Constitutionnelle – un seul – a adopté une interprétation de l'article 10*bis* de la Constitution qui nous paraît manifestement inexacte ou du moins inopportune : l'arrêt n<sup>o</sup> 14/02, qui a trait à l'invocation de plusieurs droits fondamentaux – le droit à l'égalité devant la loi, mais aussi les droits naturels de la personne humaine et de la famille (article 11, paragraphe 3) et le droit au travail (article 11, paragraphe 4) – par un ressortissant tunisien, résidant à Echternach avec son épouse de nationalité luxembourgeoise. Le requérant considérait que ses droits fondamentaux étaient violés du fait du refus du Ministre du travail et de l'emploi de lui délivrer un permis de travail, refus fondé sur la loi du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers. L'intéressé pouvait faire valoir qu'il était plus mal traité par la législation en vigueur au moment des faits qu'un autre individu, qui

---

<sup>44</sup> Arrêts 29/06 à 33/06, préc. ; v. aussi, depuis lors, arrêt 39/07 du 30 mars 2007, Mémorial A n<sup>o</sup> 56, 13 avril 2007, p. 1173.

<sup>45</sup> Mais cf. Trib. adm. (Prés.), 21 décembre 2005, n<sup>o</sup> 20816 : « L'article 111 de la Constitution ... ne confère qu'aux étrangers légalement admis à séjourner sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, un traitement égalitaire avec les nationaux ». Intervenue en matière d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national, la solution concrète adoptée par cette ordonnance peut se justifier, mais il en va différemment de la portée générale qu'elle entend donner à l'exclusion du droit à l'égalité des étrangers en séjour irrégulier ; rien ne justifie de sanctionner l'irrégularité du séjour par une déchéance générale du droit à un traitement égal, surtout dans des matières dépourvues de lien avec cette irrégularité.

n'aurait pas le double malheur d'être tunisien et d'être marié à une Luxembourgeoise : si, tout en étant tunisien, il avait été marié à une ressortissante d'un autre Etat membre de l'Union européenne exerçant sur le territoire luxembourgeois une activité salariée ou non salariée, il aurait bénéficié de la dispense du permis de travail<sup>46</sup> ! Il est, avouons-le, paradoxal qu'un Tunisien marié à une Luxembourgeoise bénéficie de moins de droits, au Luxembourg, qu'un Tunisien marié à une Belge résidant dans ce pays. C'est une forme de discrimination à rebours – qui, en l'absence de mise en cause des libertés de circulation spécifiquement garanties par les traités communautaires, ne relève pas du droit communautaire, mais qui devrait relever du droit constitutionnel national lorsque, comme c'était sans doute le cas en l'espèce, il n'y a aucune justification légitime à ce traitement différencié.

Or la Cour Constitutionnelle répond à la question préjudicielle du tribunal administratif en des termes lapidaires :

*« Considérant que si aux termes des articles 10bis et 11 (3) et (4) de la Constitution “les Luxembourgeois sont égaux devant la loi”, que “l’Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille” et que “la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l’exercice de ce droit”, l’article 111 de la Constitution dispose toutefois que “tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi” ;*

*Considérant qu’en raison des exceptions formellement prévues par la Constitution, les restrictions du droit au travail des étrangers contenues dans les articles 1<sup>er</sup>, 26 et 27 de la loi modifiée du 28 mars 1972, précitée, ne sont pas contraires à la Constitution »<sup>47</sup>.*

Cette motivation, qui tend à déclarer conforme à la Constitution toute différenciation en raison de la nationalité, dès lors qu'elle est prévue par une loi quelconque<sup>48</sup>, ne peut être considérée comme satisfaisante : elle revient à légitimer toutes les discriminations, même les plus irrationnelles, au détriment des étrangers. Or on peut parfaitement voir les relations entre le principe d'égalité et l'article 111 de la Constitution différemment, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge qui a combiné le principe d'égalité (article 10 de la Constitution belge) avec l'article 191, dont l'article 111 de la Constitution luxembourgeoise constitue la copie conforme :

---

<sup>46</sup> Art. 11 du règlement (CEE) du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne.

<sup>47</sup> Arrêt 14/02 du 6 décembre 2002, Mémorial A n° 144, 23 décembre 2002, p. 3503.

<sup>48</sup> Cf. M. THEWES, « Dix ans de justice constitutionnelle au Grand-Duché de Luxembourg. Un premier bilan », *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles/Paris, 2007, p. 1491, 1499 : « On est frappé de voir qu'à l'occasion de l'examen de cette question, la Cour a renoncé à examiner si l'exception mise en place par le législateur satisfaisait aux critères d'*objectivité*, de *pertinence* et de *proportionnalité* mis en avant dans toutes les autres affaires ».

« L'article 191 n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il le rappelle d'ailleurs expressément en commençant par poser en règle que l'étranger qui se trouve sur le territoire "jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens". Il ne résulte donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause »<sup>49</sup>,

et l'arrêt belge poursuit en appliquant à cette différenciation entre nationaux et étrangers une définition du principe d'égalité et de non-discrimination qui est identique à celle qu'elle utilise habituellement dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, et dont s'est également inspirée la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise. L'approche belge est incontestablement supérieure, sur ce point, à l'approche de la Cour Constitutionnelle luxembourgeoise. Elle est en harmonie avec la tendance qu'on peut constater dans la jurisprudence constitutionnelle comparée<sup>50</sup>. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement nette : « Seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité »<sup>51</sup>.

L'arrêt de la Cour Constitutionnelle dans l'affaire du Tunisien est un exemple de ce qu'il faut éviter : une interprétation de la Constitution qui assure un niveau de protection moins élevé que la protection internationale des droits de l'homme.

Si la jurisprudence luxembourgeoise acceptait, dans le futur, d'adopter l'interprétation de l'article 111 que la Cour d'arbitrage belge a adoptée à propos de l'article 191 de la Constitution belge, le résultat n'en sera pas que les étrangers, et en particulier les étrangers non communautaires, bénéficieront d'une égalité absolue de droit avec les nationaux. Des différenciations *raisonnables* entre nationaux et étrangers restent

---

<sup>49</sup> Cour d'arbitrage, 14 juillet 1994, n° 61/94, *Rev. dr. étr.* 1994, p. 548 ; dans le même sens, v. Cour const. (belge), 12 décembre 2007, n° 153/2007.

<sup>50</sup> Dans le sens du contrôle du caractère raisonnablement justifié de la différenciation en raison de la nationalité dans différents domaines du droit, v., outre les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme cités à la note suivante : en jurisprudence allemande BVerfG, 20 mars 1979, *BVerfGE* 51, 1 ; BVerfG, 18 juillet 2006, *BVerfGE* 116, 243, étant observé qu'une condition de réciprocité à assurer par l'Etat dont l'étranger est ressortissant y est normalement considérée comme constitutionnellement admissible (BVerfG, 23 mars 1971, *BVerfGE* 30, 409) ; en jurisprudence canadienne : *Law Society of British Columbia v. Andrews* [1989] 1 R.C.S. 143 ; et dans la jurisprudence française récente : Cass. Soc., 14 janvier 1999, *D.* 1999, p. 334, par application de la Convention européenne des droits de l'homme ; C.E. Ass., 31 mai 2006, *Gisti, Rec.* p. 268, par référence au principe d'égalité tel qu'il est formulé par une série de textes nationaux et internationaux. Aux Etats-Unis, cf. *Restatement Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. II, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1987, § 722 (2). Pour une référence à la pratique décisionnelle du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, v. M. NOWAK, *CCPR-Commentary*, 2<sup>e</sup> éd., Kehl, 2005, p. 618 et s.

<sup>51</sup> Arrêt CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche, Rec.* 1996-IV, p. 1142, § 42, en matière d'avantages sociaux. De même, pour l'incompatibilité avec la Convention d'une réglementation nationale qui soumettait le droit des étrangers de bénéficier d'un avantage social à un accord de réciprocité avec le pays dont les intéressés étaient ressortissants : arrêt CEDH, 30 septembre 2003, *Poirrez c. France*, n° 40892/98, *CEDH* 2003-X, §§ 39 et 49.

possibles. La différenciation en raison de la nationalité se justifie facilement en matière de participation à certains processus politiques de l'Etat ; elle peut se justifier le cas échéant (du moins à en juger d'après la pratique dominante) en matière de séjour sur le territoire national et d'accès aux activités économiques ; l'égalité a tendance à s'imposer, en revanche, en matière d'accès aux avantages sociaux ; et en matière de droit privé, le refus d'un avantage sur le seul fondement de la nationalité de l'intéressé est encore plus difficile à justifier. Il peut en aller de même du refus d'un avantage sur le seul fondement de la résidence à l'étranger<sup>52</sup>.

### **III. La méthode du contrôle de constitutionnalité appliqué au principe d'égalité**

#### **1. Unicité ou pluralité des critères de constitutionnalité**

Est-ce que le contrôle de la Cour Constitutionnelle s'exerce, dans tous les domaines, selon les mêmes critères ? Etant donné la similitude de la formulation du principe d'égalité en jurisprudence belge et en jurisprudence luxembourgeoise, un doute pourrait provenir du fait que la juridiction constitutionnelle belge entend distinguer, en ce qui concerne l'application du principe d'égalité, entre les régimes substantiels et les régimes procéduraux ; une formule typique, qui revient dans de nombreux arrêts belges, est la suivante :

*« La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées »<sup>53</sup>.*

Dans l'affaire mettant en cause le régime disciplinaire particulier des agents des Postes et Télécommunications, la Cour Constitutionnelle n'a pas suivi cette jurisprudence de la Cour d'arbitrage belge ; elle a préféré appliquer, au régime disciplinaire différencié défini par la loi, le critère de contrôle dont elle se sert habituellement, en vérifiant dans quelle mesure le but légitime poursuivi par la loi pouvait justifier la dérogation au régime disciplinaire de droit commun<sup>54</sup>. La solution adoptée revient à affirmer clairement l'existence d'un véritable droit à l'égalité devant les régimes procéduraux, alors que la jurisprudence constitutionnelle belge tend à lui substituer un simple contrôle du droit au procès équitable.

#### **2. Les deux étapes du contrôle**

##### *a) Contrôle préalable de la comparabilité des situations*

---

<sup>52</sup> Cf. CEDH, 23 octobre 1990, *Darby c. Suède*, Série A, n° 187.

<sup>53</sup> V. p. ex. l'arrêt 66/2002 du 28 mars 2002 (régime disciplinaire particulier des membres de la gendarmerie). Pour le caractère constant de cette jurisprudence belge, v. F. DELPEREE *et al.*, « Chronique de jurisprudence », *RBDC* 2003, p. 298.

<sup>54</sup> Arrêts 41 et 42, préc. La jurisprudence belge avait été invoquée dans les conclusions de l'Entreprise des Postes et Télécommunications.

Puisque le contrôle de la Cour Constitutionnelle s'exerce sur des normes à caractère général et impersonnel, il n'est pas concevable que la situation d'un requérant soit en tous points identique à une autre situation qui se voit appliquer un régime juridique préférable : une norme générale et impersonnelle doit nécessairement s'attacher à une caractéristique qui soit propre à une seule catégorie de situations à laquelle elle entend faire correspondre un régime juridique déterminé. Mais, à défaut de pouvoir être identiques, les situations que l'on souhaite voir comparer par la Cour Constitutionnelle doivent néanmoins être *comparables*. Si les différences entre les situations sont à ce point importantes que les situations ne répondent pas à ce standard minimum de comparabilité, l'examen de la juridiction constitutionnelle s'arrêtera à ce premier stade.

Une illustration en est l'arrêt de la Cour Constitutionnelle qui a trait à la législation sur les cotisations à la Caisse nationale des prestations familiales auxquelles restaient soumises les personnes exerçant une profession indépendante, alors que les cotisations afférentes aux activités de salariés et des agriculteurs étaient prises en charge par l'Etat. La Cour Constitutionnelle constate que la situation des salariés n'est pas comparable à celle des personnes exerçant une activité non salariée : les salariés n'avaient jamais été soumis, à titre personnel, au paiement de cotisations à la Caisse (leurs cotisations étant originaires à la charge de leurs employeurs), si bien que la prise en charge des cotisations par l'Etat n'a pas modifié leur situation personnelle. En revanche, « *les situations de la catégorie socioprofessionnelle des agriculteurs et celle des personnes affiliées obligatoirement à titre d'une activité [non agricole] non-salariée ... sont comparables dès lors que les personnes des deux catégories exercent à titre principal des activités non-salariées et étaient assujetties ..., suivant des modalités certes différentes, aux cotisations à la CNPF* »<sup>55</sup>.

Le maniement par la Cour Constitutionnelle de cette condition préalable de comparabilité n'aboutit pas à nier la comparabilité de deux situations lorsque ces situations, quelles que soient les différences existant entre elles, sont comparables même partiellement<sup>56</sup>.

#### *b) Contrôle de la justification de la différenciation entre les situations*

La formule consacrée par la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle est une formule détaillée et pédagogique ; elle revient à l'idée que – comme l'avait exprimé le premier arrêt de la Cour Constitutionnelle en matière d'égalité – « la spécificité [des régimes juridiques respectifs] se justifie si la différence de condition [entre les situations de fait ou de droit] est effective et objective, si elle poursuit un intérêt public et si elle revêt une ampleur raisonnable »<sup>57</sup>, en somme si le but poursuivi par la loi

---

<sup>55</sup> Arrêt 9/00, préc. Autre exemple de constat de non-comparabilité (par référence au libre choix des époux entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée) : arrêt 13/02 du 17 mai 2002, *Mémorial A* n° 60, 13 juin 2002, p. 1521.

<sup>56</sup> Elle est en cela sur la même ligne que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, selon laquelle il suffit que les deux situations soient *suffisamment comparables* (cf. CEDH, 10 octobre 2006, *Paulík c. Slovaquie*, n° 10699/05).

<sup>57</sup> Arrêt 2/98, préc.

dans la différenciation entre deux situations comparables est un but légitime qui est de nature à justifier réellement la différenciation opérée. La formule actuellement employée par la Cour Constitutionnelle consiste à sous-diviser cette idée directrice en plusieurs sous-critères, et les arrêts se rattachent en général à rechercher ce qu'il en est de chacun de ceux-ci<sup>58</sup> :

Premièrement, le contrôle – qui a pour but de voir si la différence entre les situations peut justifier la différence entre les régimes juridiques – s'attache d'abord à la *différence des situations*, en vérifiant si les disparités entre elles sont « objectives ».

Le caractère « objectif » des disparités s'oppose à une différenciation en fonction de critères purement subjectifs – différenciation difficilement concevable, il est vrai, aussi longtemps qu'un minimum de qualité technique de la législation est assuré. Certains arrêts de la Cour Constitutionnelle vont plus loin, en exigeant, au titre de la vérification du caractère objectif des disparités, une rationalité dans la définition des catégories entre lesquelles le législateur entend différencier, eu égard au but de la loi<sup>59</sup>. Ces arrêts ont l'avantage de conférer un caractère moins formel à la vérification du caractère objectif des disparités entre les situations. Il est vrai qu'ils tendent à faire de cette vérification un simple préalable à la vérification de la mesure dans laquelle le but du législateur peut *justifier* la différenciation entre les deux situations, vérification qui incombe également à la Cour Constitutionnelle.

Deuxièmement, le contrôle s'intéresse ensuite à la *différence des régimes juridiques* correspondant aux deux situations, en vérifiant qu'elle est « rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ». Ce but doit évidemment être un but légitime, un « intérêt public » comme l'avait expressément exigé le premier arrêt de la Cour Constitutionnelle en matière d'égalité devant la loi<sup>60</sup>. Il est assez rare, mais peut-être pas inédit, que la Cour Constitutionnelle ne soit pas en mesure de constater l'existence même d'un but raisonnable poursuivi par le législateur dans la différenciation des régimes<sup>61</sup>. Le plus souvent, elle conclut à l'existence d'un but déterminable, et vérifie ensuite que ce but est de nature à justifier, de manière rationnelle, adéquate et proportionnelle, la différence des régimes juridiques.

---

<sup>58</sup> Un raisonnement simplifié se rencontre de temps en temps : v. les arrêts 20/04 du 28 mai 2004, Mémorial A n° 94, 18 juin 2004, p. 1561 ; 21/04 et 22/04, préc. ; 36/06, préc.

<sup>59</sup> P. ex. arrêt 7/99, préc. (article 380 du Code civil, aux termes duquel l'autorité parentale sur un enfant naturel reconnu par ses deux parents est exercée par la mère : « la différence entre père et mère naturelle envisagée par le législateur consiste en l'espèce dans la spécificité sociologique des concepts de père et de mère ; que cette différence est à considérer comme objective ; ... qu'il en va de même de la différence entre les pères légitime et naturel, cette différence découlant de l'institution légale du mariage ») ; arrêt 8/99 du 9 juillet 1999, Mémorial A n° 106, 3 août 1999, p. 2007 (à propos du recours du Fonds de l'emploi en remboursement des indemnités de chômage contre l'employeur responsable d'un licenciement abusif, mais non contre le salarié en cas de licenciement justifié : « en l'espèce, il y a disparité objective en ce que l'employeur occupe sur le marché du travail une position d'autorité et le salarié une position de subordination »).

<sup>60</sup> Arrêt n° 2/98, préc.

<sup>61</sup> Compte tenu de la motivation de ces arrêts, les lois ayant fait l'objet des arrêts 21/04 et 22/04, préc. ; 26/05, préc. ; 28/06 à 33/06, préc.

La vérification de ces différents sous-critères peut, semble-t-il, être systématisée comme suit.

Le caractère *rationnel* est la première exigence à remplir : il faut que la différenciation effectuée puisse raisonnablement viser à atteindre le but que s'est fixé le législateur. Son *adéquation* est une exigence qui va un peu plus loin, et qui tient à ce que le but poursuivi par le législateur puisse être réellement atteint par la différenciation opérée. Enfin, la *proportionnalité* est l'exigence la plus rigoureuse : même si la différenciation vise à atteindre un but légitime, et que ce but est réellement atteint grâce à cette différenciation, encore faut-il que la restriction des droits d'une catégorie de personnes ne soit pas excessive par rapport à ce qui était réellement nécessaire pour atteindre le but législatif, voire – expression la plus exigeante du principe de proportionnalité – que la restriction des droits de cette catégorie de personnes, même si elle est nécessaire à la réalisation du but législatif, ne soit pas excessive par rapport à la valeur qu'il convient de reconnaître au but lui-même : à la limite, le principe de la proportionnalité peut exiger du législateur de renoncer à la réalisation de certains buts qu'il pourrait se fixer<sup>62</sup>.

Un assez bon exemple de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité est représenté par l'arrêt qui a trait aux conditions de l'adoption plénière qui, en droit luxembourgeois, est réservée à des couples mariés : la Cour constate que cette restriction se justifie par la « garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité des détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés », tout en relevant « une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption *simple* reste ouverte aux célibataires »<sup>63</sup>.

### 3. La détermination de l'objectif de la loi

L'identification du but poursuivi par la loi a, on l'aura vu, une importance primordiale. C'est par rapport à lui que se juge, en définitive, la constitutionnalité d'une différenciation opérée par le législateur. Si l'objectif de la loi est indéterminable par la Cour Constitutionnelle, la Cour conclura à l'existence d'une différenciation impossible à justifier et par conséquent inconstitutionnelle<sup>64</sup>. Ceci contribue en même temps – soit dit en passant – à démontrer, au-delà du contentieux constitutionnel, l'importance de l'élément téléologique dans la compréhension (et donc dans l'interprétation) de textes législatifs ou réglementaires<sup>65</sup>, et permet de douter du bien-fondé de la doctrine classique selon laquelle il convient d'évacuer complètement les

---

<sup>62</sup> Ce deuxième corollaire du principe de proportionnalité est ce qui en droit constitutionnel allemand est désigné comme la *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, qui va au-delà du contrôle de la *Erforderlichkeit*, premier corollaire du principe de proportionnalité. Le contrôle de la *Geeignetheit* correspond au contrôle, préalable, de l'« adéquation » (sur cette terminologie, v. H. JARASS/ B. PIEROTH, préc. [note 18], Art. 3, n° 27). En exerçant ce type de contrôle (c'est-à-dire en mettant en balance l'intérêt public poursuivi par le législateur avec les intérêts privés touchés par la différenciation), le juge constitutionnel exerce un contrôle maximum, cf. *supra*, n° 5.

<sup>63</sup> Arrêt n° 2/98, préc.

<sup>64</sup> Cf. *supra*, texte et note 63.

<sup>65</sup> Élément téléologique sur lequel met l'accent Pierre Pescatore, V. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, p. 341 et s., et mise à jour 1978, p. 572 et s.

considérations téléologiques dans l'interprétation de textes législatifs clairs<sup>66</sup> : l'application de cette règle d'interprétation aboutit à des différenciations « claires », mais potentiellement inconstitutionnelles s'il s'avère qu'elles ne concordent pas avec le but législatif qui était censé justifier les distinctions opérées.

La manière pour la Cour Constitutionnelle de déterminer le but poursuivi par la loi a été décrite de façon détaillée dans l'un de ses arrêts :

« *Considérant qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée ; qu'il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour, une fois l'objectif ainsi circonscrit, examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité* »<sup>67</sup>.

#### **4. Contrôle abstrait ou contrôle concret ?**

L'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution fait de la Cour Constitutionnelle une juridiction qui ne connaît pas elle-même du fond du litige ; la Cour ne peut être saisie que par voie de question préjudicielle d'une autre juridiction. L'article 8 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle met en œuvre cette définition restrictive de la compétence de la Cour en exigeant que les questions de constitutionnalité soumises par des juridictions à la Cour Constitutionnelle l'invitent à confronter des textes législatifs déterminés à des dispositions de la Constitution<sup>68</sup>. Il semble bien, dès lors, que la volonté des auteurs de la révision constitutionnelle et de la loi du 27 juillet 1997 ait été de conférer au contrôle de constitutionnalité, quoiqu'exercé par voie d'exception dans un litige concret, un caractère prononcé d'abstraction.

Dans l'affaire qui avait trait à la (non-)reconnaissance d'une adoption plénière prononcée au Pérou au profit d'une célibataire luxembourgeoise, le caractère abstrait du contrôle de la Cour Constitutionnelle a ainsi amené la Cour à se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme législative luxembourgeoise (article 367 du Code civil, aux termes duquel l'adoption plénière ne peut être prononcée qu'au profit d'un couple marié), sans pouvoir prendre en considération les faits concrets de l'espèce. Abstraitement, la réponse de la Cour Constitutionnelle n'était pas dépourvue de plausibilité ; selon son arrêt, la différence entre les couples mariés et les célibataires, candidats à l'adoption, s'appuie « sur une distinction réelle découlant de l'état civil des personnes, sur une *garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité des*

---

<sup>66</sup> Une doctrine qui se reflète dans une partie de la jurisprudence des juridictions administratives sur l'interprétation des « textes clairs et précis » : *Pas. adm.*, 2006, v<sup>o</sup> *Lois et règlements*, n<sup>os</sup> 50 et 51 (mais cf. la nuance *ibid.*, n<sup>o</sup> 52). Pour une approche critique de la doctrine du « sens clair » des lois, v. M. VAN DE KERCHOVE, « Le sens clair d'un texte : Argument de raison ou d'autorité ? », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, 1989, p. 291 et s.

<sup>67</sup> Arrêt n<sup>o</sup> 9/00, préc.

<sup>68</sup> L'arrêt 2/98 (préc.) en a déduit que toute question soumise à la Cour constitutionnelle qui s'écarte de cette prescription d'ordre formel est irrecevable.

détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'A simple reste ouverte au célibataire ». Raisonnablement plausible, si on ne prend en considération – de manière abstraite et donc, au fond, simplifiée – que des situations internes, les rares adoptions intervenant au Luxembourg et concernant des enfants y résidant. Seulement, en l'espèce l'enfant avait dès à présent été adopté, au Pérou, par une célibataire luxembourgeoise ; et il semblerait que, alors que pour chacun des rares enfants adoptables luxembourgeois, il y ait plusieurs couples d'adoptants potentiels, la situation au Pérou soit inverse pour des enfants comme celui adopté en l'occurrence par une célibataire. La Cour européenne des droits de l'homme, saisie ultérieurement d'un recours contre le Grand-Duché de Luxembourg par la mère adoptive et par l'enfant, a pu prendre en considération ces dernières circonstances, et a abouti à une conclusion opposée à celle à laquelle était parvenue la Cour Constitutionnelle : en refusant la reconnaissance à cette adoption péruvienne qui produisait déjà, *de facto*, des effets, le Luxembourg n'a pas seulement méconnu le droit au respect de la vie familiale des requérantes, mais également le droit des intéressées à la non-discrimination<sup>69</sup>.

Cet incident ne reflète pas une divergence de vues entre la Cour Constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme<sup>70</sup>. Les deux juridictions n'avaient, tout simplement, pas à répondre à la même question, si bien qu'il n'est pas trop étonnant que leurs réponses aient été divergentes. Mais il est clair que la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme, plus proche des faits et moins abstraite, était objectivement préférable. Au Luxembourg, c'est aux juridictions de fond qu'il appartenait de prendre en considération les éléments concrets de la situation internationale dont il s'agissait.

#### **IV. Les conséquences du constat d'une violation du principe d'égalité**

Formellement, la seule conséquence du constat, par la Cour Constitutionnelle, de ce que le principe d'égalité a été méconnu est un arrêt déclaratif de l'incompatibilité entre une disposition législative déterminée et l'article 10*bis* de la Constitution, déclaration qui de surcroît ne bénéficie que de l'autorité relative de la chose jugée<sup>71</sup>. *A priori* par conséquent, il n'appartient pas à la Cour Constitutionnelle de décider de quelle manière l'égalité devant la loi doit être rétablie ; théoriquement, elle peut être rétablie de plusieurs manières : en étendant le cercle des bénéficiaires du régime juridique le plus favorable, mais aussi en supprimant ce régime et en étendant à tous

---

<sup>69</sup> CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01.

<sup>70</sup> Divergence de vues qui serait comparable à la divergence de vues entre le tribunal constitutionnel fédéral allemand et la Cour européenne dans l'affaire *Caroline de Hanovre* (BVerfG, 15 décembre 1999, BVerfGE 101, 361 et CEDH, 24 juin 2004, n° 59320/00, CEDH, 2004-VI).

<sup>71</sup> Art. 15, al. 2, de la loi du 27 juillet 1997. Une nuance : les arrêts de la Cour Constitutionnelle sont susceptibles d'être pris en considération dans le jugement de causes autres que celles à l'occasion desquelles ils ont été rendus (art. 6, 2<sup>e</sup> alinéa, c : cf. Cour d'appel 15 mars 2000, *Pas. lux.* 31, p. 385).

le régime moins favorable, ou encore en créant un nouveau régime uniformément applicable. Rien n'empêche le législateur d'intervenir après constatation de l'inconstitutionnalité d'une disposition législative, et de choisir librement entre ces trois possibilités.

Mais les réformes législatives se font parfois attendre – l'article 380 du Code civil, déclaré contraire à la Constitution par un arrêt du 26 mars 1999<sup>72</sup>, n'a toujours pas été modifié. Surtout, même à supposer que le législateur fasse preuve de diligence, il faudra, dans l'immédiat, régler les litiges pendants – en premier lieu celui à l'occasion duquel la Cour Constitutionnelle a été saisie<sup>73</sup>. Il appartient dès lors aux juridictions ordinaires – celle qui a saisi la Cour Constitutionnelle, mais aussi celles qui entendent suivre l'arrêt de la Cour Constitutionnelle dans d'autres affaires – de tirer les conséquences de la violation constatée. C'est ce que les juridictions ont fait, en déduisant de l'arrêt du 26 mars 1999 qu'il convenait de remplacer l'article 380 du Code civil (qui prévoit l'attribution à la seule mère de l'autorité parentale sur un enfant naturel reconnu par les deux parents) par un nouveau régime qui rétablit l'égalité par l'attribution judiciaire, en fonction de l'intérêt concret de l'enfant, de l'exercice de l'autorité parentale soit conjointement aux deux parents, soit à la seule mère, soit au seul père<sup>74</sup>. Dans d'autres cas, on peut constater un choix implicite, parmi les deux régimes juridiques existants, du régime qui s'appliquera après constatation de l'inconstitutionnalité de la différenciation actuellement opérée par le législateur ; pareil choix implicite se retrouve tantôt dans la formulation des questions préjudicielles par les juridictions de renvoi<sup>75</sup>, tantôt dans la motivation de certains arrêts de la Cour Constitutionnelle.

Ces arrêts retiendront, par exemple, qu'« il n'y a pas de justification objective de *refuser* le recours selon le droit commun à un ayant-droit de la victime écarté du système d'indemnisation des accidents du travail » pour conclure à une

---

<sup>72</sup> Arrêt 7/99, préc.

<sup>73</sup> Par respect de la liberté de choix du législateur dans le règlement définitif des conséquences de l'inconstitutionnalité, le tribunal constitutionnel fédéral allemand décide fréquemment qu'il y a lieu d'*attendre* l'édiction par voie législative d'une nouvelle réglementation, conforme à la Constitution : H. JARASS/ B. PIEROTH, préc. (note 18), Art. 3, n° 41a ; H.-J. PAPIER, « Rechtsfolgen von Normenkontrollen », *EuGRZ* 2006, p. 530. – Pour un point de vue opposé, plus pragmatique (mais qui se ressent de sa provenance d'un corpus jurisprudentiel qui se préoccupe essentiellement de la mise en œuvre de clauses de non-discrimination spéciales, en raison de la nationalité et en raison du sexe), v. CJCE, 12 décembre 2002, *Rodríguez Caballero*, C-442/00, *Rec. p.* I-11915, point 42 : « Dès lors qu'une discrimination, contraire au droit communautaire, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée ». Mais qu'en est-il de l'application de cette règle aux relations entre particuliers, où ce qui est avantageux pour une partie sera désavantageux pour l'autre ?

<sup>74</sup> Cour d'appel, 11 juillet 2001, *Pas. lux.* 32, p. 96 (l'arrêt précise que normalement, il est dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale soit exercée conjointement par ses deux parents) ; v. aussi Cour d'appel, 14 juillet 1999, *Pas. lux.* 31, p. 176 ; 15 mars 2000, *Pas. lux.* 31, p. 385.

<sup>75</sup> V. p. ex. la formulation des questions préjudicielles dans les affaires 41 et 42 (préc.), dans lesquelles le tribunal administratif, juridiction de renvoi, oppose le régime disciplinaire particulier, et peut-être discriminatoire, des fonctionnaires de l'Entreprise des Postes et Télécommunications au régime disciplinaire de droit commun.

inconstitutionnalité partielle de l'article 115 du Code des assurances sociales<sup>76</sup>, ou que c'est en s'*abstenant* d'étendre un avantage (électorat et éligibilité dans les délégations représentatives du personnel) aux employés privés des organismes publics que le législateur « a créé une inégalité »<sup>77</sup>, ou encore qu'il convient de déclarer inconstitutionnelle la seule disposition de la loi qui *exclut* une catégorie de personnes du bénéfice du forfait d'éducation<sup>78</sup>. Dans ces affaires, la conséquence du constat d'une méconnaissance du principe d'égalité semblait aller de soi. Tant mieux ; mais il n'est pas certain que dans tous les cas la solution s'impose avec autant d'évidence.

---

<sup>76</sup> Arrêt 20/04 du 28 mai 2004, Mémorial A n° 94, 18 juin 2004, p. 1561.

<sup>77</sup> Arrêts 21/04 et 22/04, préc.

<sup>78</sup> Arrêts 29/06 à 33/06, préc.



## **JURISPRUDENCE**



## Arrêt 1/98 du 6 mars 1998

(MEMORIAL A n° 19, 18 mars 1998, pp. 253 à 255)

*« Article 5 de la loi de 1935, brevet de maîtrise, programme et procédure des examens fixés par règlement ministériel – Article 36 de la Constitution – Pouvoir réglementaire du Grand-Duc – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu la décision du Tribunal administratif rendue le 3 novembre 1997 et déposée au greffe de la Cour Constitutionnelle le 11 novembre 1997;

Vu les conclusions déposées le 25 novembre 1997 par Maître François Moise pour Georges Faber et celles déposées le 8 décembre 1997 par Maître Marc Thewes pour le Commissariat du Gouvernement aux examens de Maîtrise;

Vu l'ordonnance du Président de la Cour Constitutionnelle du 9 janvier 1998 fixant la composition de la Cour et désignant le conseiller-rapporteur;

Vu la décision de la Cour ayant, hors présence des parties, fixé l'audience pour le rapport et les plaidoiries au 30 janvier 1998 à 15.00 heures de relevée;

Oùï le vice-président en son rapport et les parties par l'organe de leurs mandataires en leurs conclusions et explications;

Vu les articles 2, 9 et 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle;

Considérant que par jugement rendu le 3 novembre 1997 le Tribunal administratif a soumis à la Cour Constitutionnelle la question suivante:

*« L'article 5, alinéa 1er de la loi modifiée du 13 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise disposant que le programme et la procédure des examens seront fixés par un règlement ministériel est-il conforme à la Constitution et notamment à son article 36? »;*

Considérant que cette question se trouve posée dans le cadre du recours exercé par Monsieur Georges Faber contre trois décisions du Commissariat du Gouvernement aux examens de maîtrise en matière d'obtention du brevet de maîtrise, décisions basées sur le règlement ministériel du 28 janvier 1982 fixant le programme et la procédure des examens de maîtrise ;

Qu'elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 5, alinéa 1er de la loi modifiée du 13 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise dans l'exercice des métiers dispose que *« le programme et la procédure des examens seront fixés par un règlement ministériel »;*

Considérant que le règlement visé par le texte ci-dessus cité constitue une mesure normative nécessaire pour l'exécution de la loi du 13 juillet 1935, laquelle ne se suffit pas à elle-même pour pouvoir être appliquée dans toute son étendue;

Considérant qu'aux termes de l'article 36 de la Constitution « *Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* »;

Considérant que le texte de l'article 36, dont le caractère explicite est encore appuyé par le fait qu'il fait partie du paragraphe premier du chapitre III de la loi fondamentale, paragraphe portant l'intitulé « *de la Prérogative du Grand-Duc* », s'oppose à ce qu'une loi attribue l'exécution de ses propres dispositions à une autorité autre que le Grand-Duc;

Considérant que l'argumentation présentée devant la Cour suivant laquelle la Constitution ne prévoirait pas de matière réservée au Grand-Duc est sans incidence sur la réponse à donner à la question posée;

Qu'il n'est pas contesté que le pouvoir législatif est en droit de disposer lui-même au sujet de l'exécution de la loi;

Que dans cette hypothèse le législateur est cependant tenu d'exercer lui-même son pouvoir et ne saurait le déléguer au mépris des termes de l'article 36 de la Constitution;

**Par ces motifs :**

sur le rapport de son vice-président et après avoir entendu les mandataires des parties en cause;

statuant sur la question à elle soumise par jugement rendu le 3 novembre 1997 par le Tribunal administratif,

dit que l'article 5, alinéa 1er de la loi modifiée du 13 juillet 1935 portant réglementation des conditions d'obtention du titre et du brevet de maîtrise et disposant que le programme et la procédure des examens seront fixés par un règlement ministériel n'est pas conforme à l'article 36 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition de l'arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine, et que copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998

(MEMORIAL A n° 102, 8 décembre 1998, pp. 2499 à 2501)

*« Conditions de formulation des questions, irrecevabilité – Interdiction d'adoption plénière par personne célibataire (article 367 du Code civil) – Article 11 (3) de la Constitution, droits naturels de la personne humaine et de la famille, et article 11 (2) de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement n°385/98 rendu le 1er avril 1998 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre et déposé au greffe de la Cour Constitutionnelle le 9 avril 1998;

Vu les conclusions déposées le 8 mai 1998 et le 18 juin 1998 par Maître Jean-Paul Noesen, occupant pour Jeanne Wagner et celles déposées le 18 mai 1998 par Monsieur l'avocat général Georges Wivenes, délégué à ces fins par Monsieur le Procureur général d'Etat;

Vu l'ordonnance de Monsieur le Président de la Cour Constitutionnelle du 18 juin 1998 fixant la composition de la Cour et désignant le conseiller-rapporteur;

Vu la décision de la Cour ayant, hors la présence des parties, fixé l'audience pour le rapport et les plaidoiries au 18 septembre 1998 à 3 heures de relevée;

Oùï le conseiller Marc Schlungs en son rapport et les parties par l'organe de leurs mandataires en leurs conclusions et explications;

Considérant que, saisi de la demande d'exequatur d'un jugement d'adoption plénière rendu le 6 novembre 1996 par le premier tribunal spécialisé de la famille de la province de Huamanga-Ayacucho (Pérou), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par un jugement du 1er avril 1998, soumis à la Cour Constitutionnelle les questions suivantes:

*1) La législation relative à l'adoption, plus particulièrement l'article 367 du Code civil permet à un couple marié d'adopter plénièrement un enfant et interdit l'adoption plénière par une personne célibataire. Cette loi est-elle conforme à l'article 11 (3) de la Constitution qui dispose que « l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille » et à l'article 11 (2) de la Constitution qui dispose que « Les luxembourgeois sont égaux devant la loi »?*

*2) Le droit de fonder une famille constitue-t-il un droit naturel de la personne humaine et de la famille?*

*3) Le droit de fonder une famille adoptive constitue-t-il un droit naturel de la personne humaine et de la famille?*

*4) Le droit de fonder une famille comporte-t-il le droit de fonder une famille monoparentale?*

5) *Le droit de fonder une famille constitue-t-il seulement un droit de la personne humaine mariée?*

6) *Le principe d'égalité devant la loi permet-il d'autoriser l'adoption plénière à des époux mariés à l'exclusion d'une personne célibataire?*

7) *Les articles 11 (2) et (3) de la Constitution consacrent-ils les droits d'une personne célibataire à une adoption plénière aux mêmes conditions auxquelles sont soumis des époux?*

Considérant que le problème de l'éventuelle atteinte à l'ordre public luxembourgeois posé par la demande d'exequatur restera dans le débat devant le juge du fond indépendamment de la présente décision;

Considérant que les questions figurant sous les numéros 2) à 7) dans le dispositif de la décision de renvoi ne remplissent pas les conditions de formulation prescrites à l'article 8, deuxième phrase, de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle; qu'elles sont partant à écarter;

Considérant que celle posée sub 1) est recevable en la forme comme indiquant avec précision les dispositions législative et constitutionnelle sur lesquelles elle porte;

Quant à l'article 11 (3) de la Constitution:

Considérant que l'article 11 (3) de la Constitution énonce que l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille;

Considérant que le droit naturel est celui découlant de la nature humaine et existe, même sans texte de loi; qu'appliqué à la famille il comporte le droit à la procréation et à la communauté de vie;

Considérant que parallèlement le législateur a par l'adoption établi une filiation de substitution qui, si elle exige de justes motifs dans le chef des adoptants, doit avant tout présenter des avantages pour l'adopté;

Considérant que cette institution prend son fondement dans le droit positif et non dans le droit naturel; qu'il appartient donc au pouvoir législatif d'y apporter toutes les conditions et limites nécessaires au bon fonctionnement et répondant à l'intérêt de la société et de la famille adoptive;

Quant à l'article 11 (2) de la Constitution:

Considérant que l'article 11 (2) de la Constitution dispose que « *tous les Luxembourgeois sont égaux devant la loi* »;

Considérant que ce principe constitutionnel, applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité sont concernés, ne s'entend pas dans un sens absolu, mais requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit soient traités de la même façon;

Considérant que la spécificité se justifie si la différence de condition est effective et objective, si elle poursuit un intérêt public et si elle revêt une ampleur raisonnable;

Considérant qu'elle est légitime en l'espèce comme s'appuyant sur une distinction réelle découlant de l'Etat civil des personnes, sur une garantie accrue au profit de

l'adopté par la pluralité des détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption simple reste ouverte au célibataire dans le respect des exigences de forme et de fond prévues par la loi;

**Par ces motifs :**

la Cour Constitutionnelle, statuant sur le rapport du conseiller désigné et les conclusions des parties,

déclare irrecevables les questions posées dans le dispositif du jugement de renvoi sous les numéros de 2) à 7);

reçoit celle formulée sous le numéro 1);

dit que l'article 367 du Code civil n'est pas contraire aux articles 11 (2) et 11 (3) de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition de l'arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine et que copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 3/98 du 20 novembre 1998

(MEMORIAL A n° 2, 18 janvier 1999, pp. 14 à 15)

« Article 1 de la loi de 1912 modifiée, obligation scolaire étendue à une partie de l'enseignement secondaire – Article 19 de la Constitution, liberté des cultes - Conformité »

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 15 avril 1998 par le tribunal administratif dans l'affaire Aldina *Azenha Sansana* contre le ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle inscrite sous le numéro 9633 du rôle et déposé au greffe de la Cour Constitutionnelle le 21 avril 1998;

Où Monsieur le conseiller *Gretsch* en son rapport et les parties en leurs explications;

Sur la compétence contestée de la Cour Constitutionnelle:

Considérant que la Cour Constitutionnelle est saisie par le tribunal administratif pour statuer à titre préjudiciel sur la conformité d'une loi à la Constitution;

que sa compétence résulte des dispositions de l'article 95ter de la Constitution;

Sur la question préjudicielle:

Considérant que le tribunal administratif a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

« L'article 1er de la loi modifiée du 10 août 1912 concernant l'organisation de l'enseignement primaire, disposant que < tout enfant âgé de six ans révolus avant le 1er septembre recevra pendant neuf années consécutives l'instruction dans les matières prévues à l'article 23 de la présente loi >, en ce qu'il étend l'obligation scolaire à une partie de l'enseignement secondaire, est-il conforme à la Constitution et notamment à son article 19? »

Considérant que la question préjudicielle a été soulevée dans le cadre du litige opposant Aldina *Azenha Sansana* à l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg et concerne un recours en annulation à l'encontre d'une décision ministérielle confirmant le refus de la direction du Lycée technique d'Ettelbruck de dispenser l'élève Raoul *Sansana Loureiro*, âgé de 13 ans à l'époque et inscrit en classe de 7e du régime préparatoire de l'enseignement secondaire technique, de suivre les cours du samedi; que la demande était motivée par le fait que selon les convictions de l'Eglise Adventiste du 7e jour, dont l'élève est membre, l'observation du repos absolu pendant la journée du samedi est obligatoire;

Considérant que, dans l'optique du tribunal administratif, le litige met en évidence un conflit entre la liberté religieuse garantie par la Constitution et l'obligation scolaire pendant une partie de l'enseignement secondaire prévue par la loi;

Considérant que l'article 19 de la Constitution dispose que « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions religieuses sont garanties, sauf la répression des délits à l'occasion de l'usage de ces libertés »;

Considérant que la liberté des cultes consiste dans le droit pour chacun de croire et de professer sa foi religieuse sans pouvoir en être empêché ni poursuivi de ce chef, d'exercer son culte sans que l'autorité civile puisse, par des considérations tirées de sa nature ou de son fondement, y intervenir ou même le prohiber;

Considérant d'un autre côté que les convictions religieuses ou philosophiques ne peuvent aller à l'encontre du droit fondamental de l'enfant à l'instruction;

Considérant que l'article 23, alinéa 3 de la Constitution, prévoyant la scolarité primaire obligatoire et gratuite réserve à la loi la réglementation de tout ce qui touche à l'enseignement;

Considérant que sur le fondement de cette disposition, il appartient au législateur de déterminer la durée de la scolarité obligatoire;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'étendue de la liberté des cultes ne saurait être telle que son exercice provoque des difficultés susceptibles de perturber la programmation des cours scolaires et donc le système éducatif;

**Par ces motifs :**

dit que l'article 1er de la loi modifiée du 10 août 1912 concernant l'organisation de l'enseignement primaire n'est pas contraire à l'article 19 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif, juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 4/98 du 18 décembre 1998

(MEMORIAL A n°2, 18 janvier 1999, pp. 15 à 16)

*« Article 12 de la loi du 14 février 1955 modifiée, appareils de détermination du taux d'alcool, conditions de leur utilisation fixées par arrêté ministériel – Article 36 de la Constitution, pouvoir réglementaire du Grand-Duc – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 11 juin 1998 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire Ministère public contre Joël Ferdinand *Cecchetti* portant le numéro 1055/98 et déposé au greffe de la Cour Constitutionnelle le 19 juin 1998;

Oùï le conseiller *Kipgen* en son rapport et les parties Joël Ferdinand *Cecchetti* et Ministère public en leurs conclusions;

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*« L'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi du 14.02.1955 telle que modifiée concernant la réglementation de la circulation sur les voies publiques, qui dispose que les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel est-il conforme à l'article 36 de la Constitution? »;*

Considérant que cette question a été soulevée dans le cadre du litige opposant le Ministère public à Joël Ferdinand *Cecchetti*, celui-ci étant notamment poursuivi pour avoir, en tant que conducteur d'un véhicule automoteur sur la voie publique, « circulé, même en l'absence de signes manifestes d'ivresse, avec un taux d'alcool d'au moins 0,55 mg par litre d'air expiré, en l'espèce de 0,66 mg par litre »;

Qu'elle indique les dispositions législative et constitutionnelle sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 12, § 7, point 1 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques dispose en son second alinéa ce qui suit:

*« Les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel. La procédure d'homologation de ces appareils est arrêtée par règlement ministériel. Le ministre des Transports dresse et tient à jour une liste des appareils homologués »;*

Considérant qu'aux termes de l'article 36 de la Constitution « *Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* »;

Considérant que dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution;

**Par ces motifs :**

dit que l'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques est contraire à l'article 36 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 5/98 du 18 décembre 1998

(MEMORIAL A n° 2, 18 janvier 1999, pp. 16 à 17)

*« Article 12 de la loi du 14 février 1955 modifiée, appareils de détermination du taux d'alcool, conditions de leur utilisation fixées par arrêté ministériel – Article 36 de la Constitution, pouvoir réglementaire du Grand-Duc – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 10 juillet 1998 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire Ministère public contre Anne *Chiesa* portant le numéro 1313/98 et déposé au greffe de la Cour Constitutionnelle le 17 août 1998;

Où Monsieur le conseiller *Kipgen* en son rapport et les parties Anne *Chiesa* et Ministère public en leurs conclusions;

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*« L'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi du 14.02.1955 telle que modifiée concernant la réglementation de la circulation sur les voies publiques, qui dispose que les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel est-il conforme à l'article 36 de la Constitution? »;*

Considérant que cette question a été soulevée dans le cadre du litige opposant le Ministère public à Anne *Chiesa*, celle-ci étant notamment poursuivie pour avoir conduit son véhicule automoteur sur la voie publique dans un des états visés à l'article 12 de la loi du 14 février 1955;

Qu'elle indique les dispositions législative et constitutionnelle sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 12, § 7, point 1 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques dispose en son second alinéa ce qui suit:

*« Les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel. La procédure d'homologation de ces appareils est arrêtée par règlement ministériel. Le ministre des Transports dresse et tient à jour une liste des appareils homologués »;*

Considérant qu'aux termes de l'article 36 de la Constitution *« Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution »;*

Considérant que dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que l'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques est contraire à l'article 36 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 6/98 du 18 décembre 1998

(MEMORIAL A n° 2, 18 janvier 1999, pp. 17 à 18)

*« Article 12 de la loi du 14 février 1955 modifiée , appareils de détermination du taux d'alcool, conditions de leur utilisation fixées par arrêté ministériel – Article 36 de la Constitution, pouvoir réglementaire du Grand-Duc – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 13 juillet 1998 par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans l'affaire Ministère public contre Jean-Baptiste *Kieffer* portant le numéro 1363/98 et déposé au greffe de la Cour Constitutionnelle le 8 septembre 1998;

Où Monsieur le conseiller *Kipgen* en son rapport et les parties Jean-Baptiste *Kieffer* et Ministère public en leurs conclusions;

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*« L'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi du 14.02.1955 telle que modifiée concernant la réglementation de la circulation sur les voies publiques, qui dispose que les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel est-il conforme à l'article 36 de la Constitution? »;*

Considérant que cette question a été soulevée dans le cadre du litige opposant le Ministère public à Jean-Baptiste *Kieffer*, celui-ci étant notamment poursuivi pour avoir, en tant que conducteur d'un véhicule automoteur sur la voie publique, « circulé, même en l'absence de signes manifestes d'ivresse, avec un taux d'alcool d'au moins 0,55 mg par litre d'air expiré, en l'espèce d'au moins 0,71 mg par litre »;

Qu'elle indique les dispositions législative et constitutionnelle sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 12, § 7, point 1 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques dispose en son second alinéa ce qui suit:

*« Les types d'appareils homologués, tant pour l'examen sommaire de l'haleine que pour la détermination du taux d'alcool par l'analyse de l'air expiré, ainsi que les conditions d'utilisation, de contrôle et de vérification de ces appareils seront arrêtés par règlement ministériel. La procédure d'homologation de ces appareils est arrêtée par règlement ministériel. Le ministre des Transports dresse et tient à jour une liste des appareils homologués »;*

Considérant qu'aux termes de l'article 36 de la Constitution « *Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution* »;

Considérant que dans la mesure où une loi prévoit son exécution par voie de règlement ministériel, elle est contraire à l'article 36 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que l'article 12, § 7, point 1, alinéa 2 de la loi modifiée du 14 février 1955 concernant la réglementation de la circulation sur toutes les voies publiques est contraire à l'article 36 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 7/99 du 26 mars 1999

(MEMORIAL A n° 41, 20 avril 1999, pp. 1087 à 1088)

*« Article 380 du Code Civil, autorité parentale envers les enfants naturels reconnus par les deux parents confiée à la mère – Article 11 (2) de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE:

Oùï le président *Thill* en son rapport et sur les conclusions des parties Y . . . et X . . . déposées au greffe de la Cour les 25 novembre et 2 décembre 1998 ainsi que sur celles du ministère public y déposées le 2 décembre 1998;

Vu le jugement de renvoi rendu par le juge des tutelles de Luxembourg à la date du 28 octobre 1998;

Considérant que cette juridiction a, dans le cadre d'un litige opposant les parties Y . . . et X . . .

quant à l'organisation de l'autorité parentale sur l'enfant naturel Z . . . reconnu par les deux parents, saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*« L'article 380 du Code civil en tant qu'il érige en principe que l'autorité parentale envers les enfants naturels reconnus par leurs deux auteurs est exercée par la mère, et en tant qu'il différencie ainsi tant la situation de la mère d'un enfant naturel de celle du père, que la situation du père légitime de celle d'un père naturel, est-il compatible avec le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi édicté à l'article 11 (2) de la Constitution ? ».*

Considérant que l'article 380 alinéa 1er du Code civil dispose que *« Sur l'enfant naturel l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère. Toutefois l'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles »;*

Considérant qu'en instituant le principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère en cas de reconnaissance d'un enfant par les deux parents et en faisant dépendre une autorité conjointe des parents naturels du consentement de la mère, la loi établit une double différence de traitement, la première entre le père et la mère naturels, la seconde entre le père naturel et le père légitime, qui, suivant l'article 375 du Code civil aux termes duquel *« Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité »* participe de plein droit, conjointement avec la mère, à l'exercice de cette autorité;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la

condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que les notions de père et de mère naturels sont analogues pour autant qu'elles ont en commun la filiation rattachant l'enfant à ses auteurs;

Considérant que celles de père légitime et de père naturel le sont également, comme procédant du lien de parenté entre l'enfant et son procréateur masculin;

Considérant que la différence entre père et mère naturels envisagée par le législateur consiste en l'espèce dans la spécificité sociologique des concepts de père et de mère; que cette différence est à considérer comme objective;

Considérant qu'il en va de même de la différence entre le père légitime et naturel, cette différence découlant de l'institution légale du mariage;

Considérant que la raison invoquée par le législateur pour justifier l'adoption de l'article 380, alinéa 1er est l'intérêt de l'enfant (Documents parlementaires, travaux préparatoires nos 1548, 1571, 1624, Avis du Conseil d'Etat du 7 juillet 1972; Propositions gouvernementales en vue des textes à retenir par la chambre des députés du 8 février 1973 et rapport de la commission juridique du 9 octobre 1974);

Considérant cependant que l'article 380, alinéas 2 et 3 dispose: « *Dans tous les cas, le juge des tutelles peut, à la demande du père, de la mère ou du ministère public, modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale à l'égard d'un enfant naturel: il peut décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par le père et la mère; il désigne, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant aura sa résidence habituelle. Le juge des tutelles peut accorder un droit de visite, d'hébergement et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale* »;

Considérant qu'il résulte de ce texte que la loi laisse au juge toute latitude pour modifier l'attribution de l'autorité parentale suivant son appréciation de l'intérêt de l'enfant;

Considérant dès lors que l'instauration du principe de l'exercice privatif de l'autorité parentale par la mère naturelle, créant dès l'abord une inégalité entre le père naturel par rapport à la mère naturelle et au père légitime, et par là-même un clivage entre les situations des enfants selon qu'ils sont nés ou non dans le mariage, constitue une différenciation qui n'est ni adéquate ni proportionnée à son but;

Considérant qu'il s'ensuit que l'article 380, alinéa 1er du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11 (2) de la Constitution;

#### **Par ces motifs:**

dit que l'article 380, alinéa 1er du Code civil, en ce qu'il attribue l'autorité parentale d'un enfant naturel reconnu par les deux parents privativement à la mère, n'est pas conforme à l'article 11 (2) de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation et qu'il soit fait abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause;

ordonne que l'expédition de l'arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine et que copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 8/99 du 9 juillet 1999

(MEMORIAL A n° 106, 3 août 1999, pp. 2007 à 2009)

*« Article 14 de la loi du 30 juin 1976, fonds pour l'emploi, obligation de remboursement des indemnités de chômage par l'employeur en cas de licenciement abusif (à la différence du salarié licencié en raison de sa conduite) – Article 11 (2) de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oùï Madame la conseillère Léa *Mousef* en son rapport et sur les conclusions des parties LA CIVETTE s.à.r.l. et L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG déposées au greffe de la Cour les 30 avril et 31 mai 1999 ;

Vu l'arrêt de renvoi rendu par la Cour siégeant comme juridiction d'appel en matière de droit du travail en date du 25 mars 1999 ;

Considérant que cette juridiction, avant de statuer sur la demande de l'Etat en remboursement des indemnités de chômage payées à Denise HOERTH, a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*« L'article 14 de la loi du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi et 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, telle qu'elle a été modifiée, en disposant en son paragraphe 5 que « le jugement ou l'arrêt déclarant abusif le licenciement du travailleur condamne l'employeur à rembourser au fonds pour l'emploi les indemnités de chômage par lui versées au travailleur pour la ou les périodes couvertes par des salaires, traitements ou indemnités que l'employeur sera tenu de verser en application du jugement ou de l'arrêt », sans prévoir également pareille condamnation à l'encontre du salarié pour le cas où le licenciement avec préavis est déclaré justifié en raison de la conduite du travailleur au sens de l'article 22 (2) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, est-il conforme à l'article 11 (2) de la Constitution, qui dispose que « les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ?*

Considérant que la Cour Constitutionnelle est compétemment saisie par une question recevable comme indiquant avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte.

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant qu'en l'espèce il y a disparité objective en ce que l'employeur occupe sur le marché du travail une position d'autorité et le salarié une position de subordination.

Considérant que la différence instituée quant au recours du fonds pour l'emploi est rationnellement justifiée par le fait que la décision de l'employeur est à l'origine de la situation de chômage.

Considérant que le traitement spécifique de l'employeur est adéquat et proportionné au but poursuivi par la loi qui est d'assurer la subsistance du salarié licencié.

**Par ces motifs :**

dit que l'article 14, paragraphe 5, alinéa 1er, 1ère phrase de la loi du 30 juin 1976 portant 1. création d'un fonds pour l'emploi et 2. réglementation de l'octroi des indemnités de chômage complet, n'est pas contraire à l'article 11(2) ancien, actuellement 10bis (1) de la Constitution;

## Arrêt 9/00 du 5 mai 2000

(MEMORIAL A n° 40, 30 mai 2000, pp. 947 à 950)

« Question de recevabilité – Article 6 de la loi du 16 juin 1985, modifiée, sur les allocations familiales – Article 11 (2) de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, égalité devant les charges publiques - Conformité »

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oui la conseillère Marie-Paule *Engel* en son rapport et sur les conclusions de Patrick *Kinsch* déposées au greffe de la Cour les 6 janvier et 9 février 2000 ainsi que sur celles de la Caisse nationale des prestations familiales (la CNPF) y déposées les 7 janvier et 10 février 2000;

Vu le jugement de renvoi rendu par le Conseil arbitral des assurances sociales à la date du 23 novembre 1999;

Considérant que, saisi d'un recours formé le 24 décembre 1998 par Patrick *Kinsch* contre une décision du comité-directeur de la CNPF, le Conseil arbitral a soumis la question suivante à la Cour Constitutionnelle: « *En tant qu'il astreint au paiement de cotisations les personnes visées à son alinéa d) - dont les membres des professions libérales - tout en dispensant les salariés et les agriculteurs et en décidant que les cotisations afférentes aux activités de ces dernières personnes n'incombent pas à elles-mêmes (ni même, s'agissant des salariés, à leurs employeurs), mais à l'Etat, l'article 16, paragraphe 3 de la loi du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des prestations familiales, tel qu'il a été modifié par la loi du 17 juin 1994 fixant les mesures en vue d'assurer le maintien de l'emploi, la stabilité des prix et la compétitivité des entreprises, est-il conforme à l'article 10bis, alinéa 1er (ancien article 11, alinéa 2) de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi? »;*

Considérant que l'article 16, alinéa 3 de la loi du 19 juin 1985, modifié par l'article 7 de la loi du 17 juin 1994 dispose:

La charge des cotisations incombe:

a) . . .

b) à l'Etat pour les personnes occupées moyennant rémunération, autrement que de façon purement occasionnelle, par tout employeur autre que celui visé au point a) du présent alinéa ;

c) à l'Etat pour les personnes exerçant à titre principal une activité professionnelle ressortissant de la Chambre d'agriculture;

d) à toute personne affiliée obligatoirement au titre d'une activité non-salariée aux termes de l'article 171 alinéa 2 du code des assurances sociales, à moins qu'elle n'exerce une activité ressortissant de la Chambre d'agriculture ou qu'elle n'exerce

une profession salariée à titre principal ou qu'elle ne bénéficie d'une pension de vieillesse, d'invalidité ou d'orphelin ou qu'elle n'ait atteint l'âge de soixante-cinq ans.

Considérant que l'article 95ter de la Constitution dispose que la Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution; que la question dont le Conseil arbitral a saisi la Cour Constitutionnelle porte sur la conformité de l'article 16, alinéa 3 de la loi du 19 juin 1985 tel qu'il a été modifié par la loi du 17 juin 1994 avec l'article 10bis (1) de la Constitution;

Considérant qu'aux termes de l'article 95ter (2) de la Constitution la Cour Constitutionnelle est saisie à titre préjudiciel par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois à la Constitution; que la Cour Constitutionnelle est donc chargée du contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois applicables à la situation juridique concrète au moment du litige particulier; que la Cour Constitutionnelle est compétente tant *ratione materiae* que *ratione temporis* pour connaître de la question préjudicielle qui lui est soumise;

Considérant que la saisine spécifique de la Cour Constitutionnelle limitée, aux termes et au sens de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle à la seule question de la conformité d'une loi à la Constitution, question qui ne peut lui être soumise que par décision préjudicielle sans recours de la juridiction devant laquelle la dite loi est en débat, exclut l'examen de tout moyen de forme ou de fond tenant au procès originaire; que les moyens d'irrecevabilité opposés à la question préjudicielle soulevés par la CNPF sont à écarter;

Considérant que l'égalité devant les charges publiques est une application particulière du principe d'égalité devant la loi formulé à l'article 10bis (1) de la Constitution;

Considérant que l'article 7 de la loi du 17 juin 1994 modifiant l'article 16, alinéa 3 de la loi du 19 juin 1985, établit une différence de traitement entre, d'une part, les personnes affiliées obligatoirement au titre d'une activité non salariée aux termes de l'article 171 alinéa 2 du code des assurances sociales et d'autre part, les personnes exerçant à titre principal une activité salariée et celles exerçant à titre principal une activité professionnelle ressortissant à la Chambre d'agriculture;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée;

Considérant que la situation des salariés n'est pas comparable à celles des personnes exerçant une activité non-salariée ; que la loi du 19 juin 1985 n'a pas assujéti les salariés au paiement de cotisations à la CNPF et que la prise en charge des cotisations des employeurs par l'Etat par la loi du 17 juin 1994 n'a pas modifié la situation des salariés par rapport à l'assujettissement à ces cotisations;

Considérant que les situations de la catégorie socioprofessionnelle des agriculteurs et celle des personnes affiliées obligatoirement au titre d'une activité non-salariée aux termes de l'article 171 alinéa 2 du code des assurances sociales, n'exerçant pas d'activité ressortissant de la Chambre d'agriculture ni de profession salariée à titre

principal sont comparables dès lors que les personnes des deux catégories exercent à titre principal des activités non salariées et étaient assujetties, avant la modification par la loi du 17 juin 1994 de l'article 16 de la loi du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la CNPF, suivant des modalités certes différentes, aux cotisations à la CNPF;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que le critère de distinction entre les catégories établies par le texte de loi déferé, l'exercice d'activités différentes, est à considérer comme objectif;

Considérant qu'en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée; qu'il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour, une fois l'objectif ainsi circonscrit, examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité;

Considérant que le législateur, estimant que les prestations familiales sont un procédé de redistribution du revenu national au nom du principe de la solidarité nationale dont le financement de nature mixte, basé sur les cotisations à charge des employeurs et des personnes exerçant une activité professionnelle non salariée et sur une contribution de l'Etat, doit finalement incomber à la collectivité toute entière a, compte tenu des contraintes budgétaires de l'époque préconisé, dès 1985, une prise en charge progressive des allocations familiales par le budget de l'Etat (Doc. P. 2768, p. 21, 2768-1 p. 49); que la loi du 17 juin 1994 a déchargé les employeurs et les personnes ressortissant de la Chambre d'agriculture de l'assujettissement aux cotisations à la CNPF et que la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998 a dispensé les personnes visées au point d) de l'article 16 alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juin 1985 du paiement des cotisations désormais assumé par l'Etat;

Considérant que la Cour Constitutionnelle estime que cette évolution chronologique des dispositions législatives en matière de prestations familiales montre que la volonté du législateur a été de mettre progressivement toutes les cotisations afférentes à charge de l'Etat, en en dégrevant par étapes les redevables initiaux au regard de leur situation économique et sociale;

D'où il suit qu'en l'espèce les iniquités visées ne constituent pas des différences de traitement non rationnelles, inadéquates ou disproportionnées au but poursuivi et ne violent pas l'article 10bis (1) de la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que l'article 16, alinéa 3 de la loi modifiée du 19 juin 1985 concernant les allocations familiales et portant création de la Caisse nationale des prestations familiales modifié par l'article 7 de la loi du 17 juin 1994, en ce qu'il a dit que la

charge des cotisations à la Caisse nationale des prestations familiales pour les personnes visées au point d) incombe à celles-ci et celle pour les personnes visées aux points b) et c) à l'Etat, n'était pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution.

## Arrêt 10/00 du 8 décembre 2000

(MEMORIAL A n° 134, 22 décembre 2000, pp. 2961 à 2962)

« Recevabilité – Articles 18, 23, 92, 93 et 118 de la loi concernant l'impôt sur le revenu (ILR) – Article 16 de la Constitution, droit de propriété – Conformité »

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Où Monsieur le conseiller Marc *Schlungs* en son rapport et sur les conclusions d'Antoine *Niedner* déposées au greffe de la Cour le 29 août 2000 et celles de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg y déposées le 31 août 2000;

Vu le jugement rendu le 26 juillet 2000 par le tribunal administratif de Luxembourg et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 1er août 2000;

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours fiscal formé par Antoine *Niedner* contre le bulletin de l'impôt sur le revenu de l'année 1990, a soumis à la Cour Constitutionnelle la question suivante:

« Les dispositions combinées des articles 18, 23, 92, 93 et 118 LIR, dans leur teneur respective applicable à l'année d'imposition 1990, ou certaines d'entre elles, en ce qu'elles intègrent un immeuble affecté à l'exercice d'une profession libérale dans un patrimoine d'affectation soumis à l'évaluation au coût historique et soumettent, lors de la vente de cet immeuble, à l'impôt sur le revenu, sans aucune réévaluation, une plus-value de cession égale à la différence entre le coût historique, diminué des amortissements opérés, et le prix de cession, ayant ainsi pour effet de prélever une cote d'impôt sur le revenu absorbant l'intégralité de la plus-value dégagée en tenant compte de la dévaluation monétaire et affectant la substance de la fortune du contribuable, sont-elles conformes à la Constitution et notamment à ses articles 16, 99, 100 et 101? »

Considérant que les articles 18, 23, 92, 93 et 118 de la loi concernant l'impôt sur le revenu et les articles 99, 100 et 101 de la Constitution ne contiennent pas d'éléments communs susceptibles de se prêter à un examen de conformité d'où il suit que la question préjudicielle n'est pas recevable sous ce rapport;

qu'elle l'est cependant pour autant qu'elle a trait à l'article 16 de la Constitution disposant que:

« nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité. »

Considérant que l'impôt sur le revenu est une contribution individuelle aux charges communes de la collectivité dont les fixation et perception ne constituent pas une atteinte à la propriété au sens de l'article 16 de la Constitution qui ne vise que la privation de la propriété d'un bien déterminé moyennant une juste et préalable indemnité et non pas l'incidence de la dette fiscale sur un patrimoine.

**Par ces motifs:**

déclare irrecevable la question préjudicielle pour autant que les articles 99, 100 et 101 de la Constitution sont concernés;

la reçoit par rapport à l'article 16 de la Constitution;

dit que les articles 18, 23, 92, 93 et 118 de la loi concernant l'impôt sur le revenu ne sont pas contraires à l'article 16 de la Constitution;

ordonne que, dans les trente jours de son prononcé, l'arrêt sera publié au Mémorial, Recueil de Législation;

ordonne que l'expédition de l'arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine, et que copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 11/01 du 28 septembre 2001

(MEMORIAL A n° 126, 17 octobre 2001, pp. 2577 à 2579)

« *Loi du 25 mai 1964, modifiée, sur le remembrement des biens ruraux, privation de propriété – Article 16 de la Constitution, droit de propriété – Conformité* »

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 19 mars 2001 par le juge de paix de Diekirch et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 26 mars 2001 ;

Oùï la conseillère Andrée *Wantz* en son rapport et sur les conclusions de Joseph Meyers déposées le 13 avril 2001 et le 23 mai 2001 et sur celles déposées par l'Office National du Remembrement le 26 avril 2001, celles déposées par l'Office National du Remembrement le 18 juin 2001 ayant été déposées hors les délais prévus à l'article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle ;

Saisi d'un recours formé par Joseph *Meyers* contre une décision de l'Office National de Remembrement du 25 septembre 1998, le Juge de Paix de Diekirch a saisi la Cour Constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes:

«1) *la loi modifiée du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux est-elle conforme à l'article 16 de la Constitution?*

2) *plus spécialement, les articles 6, 7, 24 et 33 de cette même loi, en ce qu'ils prévoient un échange de terres sur base de critères vagues de productivité et seulement en ordre subsidiaire une indemnité de seulement 5% de la valeur en cause, et en ce qu'ils exigent pour qu'une action en justice puisse être déclarée fondée, que la nouvelle situation soit considérablement moins favorable que l'ancienne, sont-ils compatibles avec l'article 16 précité, qui exige à titre de dédommagement une indemnité juste et préalable?*

3) *l'article 6 de la loi sur le remembrement n'est-il pas, pour la même cause, contraire à l'article 16 de la Constitution en ce qu'il exige la cession d'office et gratuite de la part de particuliers de la surface nécessaire à l'aménagement de chemins, voies d'écoulement et autres ouvrages connexes?*

4) *plus spécialement, les articles 1er et 20 de la loi sur le remembrement sont-ils conformes à la Constitution en ce qu'ils prévoient un échange de terres en faveur de particuliers et sur l'accord d'une majorité des propriétaires alors que l'article 16 de la Constitution soumet expressis verbis et exclusivement la privation de la propriété à la cause d'utilité publique à constater par une loi?»*

Considérant que l'article 16 de la Constitution dispose comme suit:

*«Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité.»*

Considérant que l'article 16 pose d'une part le principe que le propriétaire ne peut être privé des droits qu'il a sur sa propriété et énonce d'autre part la seule exception à ce principe à savoir la privation de propriété pour cause d'utilité publique dans les conditions prévues par une loi et moyennant une juste et préalable indemnité.

Considérant qu'un remembrement consiste à regrouper des parcelles dispersées de terrains susceptibles d'exploitation agricole, viticole, horticole, arboricole et forestière en des lots mieux concentrés afin d'assurer dans un intérêt général une exploitation plus économique des biens ruraux.

Que la restructuration est obtenue par des échanges de terrains des propriétaires concernés, soit à l'amiable, soit par décision majoritaire des intéressés sous forme de remembrement légal.

Considérant que par cette opération les propriétaires concernés subissent une privation de leur propriété originaire.

Considérant que le remembrement, dont le but est de servir l'intérêt des propriétaires et ceux de la collectivité dans son ensemble en accroissant la rentabilité des exploitations, constitue une privation de propriété pour une cause d'utilité publique.

Considérant que la procédure de remembrement est organisée par la loi du 25 mai 1964 sur le remembrement qui s'applique au remembrement de toutes les terres visées à l'article 3.

Considérant que l'indemnité prévue par la loi du 25 mai 1964 pour compenser la privation de propriété, consiste à attribuer à celui des propriétaires qui se trouve privé d'une parcelle de sa propriété mise dans le périmètre du remembrement une parcelle d'une valeur équivalente à celle dont il est dépossédé et d'une soulte éventuelle, la valeur des terres échangées étant estimées sur base de critères de productivité objectifs.

Que le paiement d'une soulte n'a qu'un caractère exceptionnel et subsidiaire, le but recherché par le remembrement étant de former des lots adaptés aux façons culturales par des échanges de terrains.

Que la limitation de cette soulte à 5% de la valeur devant être attribuée, sauf accord exprès et écrit des propriétaires intéressés (art. 7,2) constitue une garantie contre la mise en échec du principe de l'échange qui constitue l'essence même de l'opération de remembrement.

Que le prélèvement sans indemnité des terrains d'assiette pour chemins, écoulement d'eau et autres ouvrages connexes est compensé par l'incorporation sans indemnité à la masse des terres à remembrer des chemins, voies d'eau et autres ouvrages existants.

Que l'échange sans indemnité de ces terrains et les travaux d'aménagement y réalisés le cas échéant aux frais des propriétaires eux-mêmes, profitent dans une mesure égale à tous les propriétaires concernés en même temps qu'à la collectivité.

Que l'indemnité telle que prévue par la loi est juste au sens de l'article 16 de la Constitution.

Considérant que le projet du nouveau lotissement comporte aux termes de l'article 30 un tableau mentionnant pour chaque propriétaire, nu-propriétaire et usufruitier, en regard des inscriptions concernant les anciennes parcelles, celles des nouvelles parcelles qui sont attribuées avec leurs surfaces et valeurs correspondantes, les plus-values et moins-values et la soulte et que ce projet fait l'objet d'une enquête et la loi prévoit des procédures de réclamation et des recours.

Que l'indemnité pour privation de propriété dans le cadre d'un remembrement répond donc également aux conditions posées par l'article 16 de la Constitution en ce qu'elle est préalablement fixée.

Considérant que, si l'article 33 de la loi du 25 mai 1964 exige pour qu'un recours contre le projet de remembrement puisse être déclaré justifié, que la nouvelle situation du propriétaire soit considérablement moins favorable que l'ancienne, cette restriction ne relève que de l'appréciation du juge sans pour autant mettre en cause le principe même du recours.

**Par ces motifs :**

Dit que la loi du 25 mai 1964 concernant le remembrement des biens ruraux en ses articles 1er, 6, 7, 20, 24 et 33 n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution;

Ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

Ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal de paix dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 12/02 du 22 mars 2002

(MEMORIAL A n° 40, 12 avril 2002, pp. 671 à 673)

*« Article 73 du Code des assurances sociales, sanctions pour déviation injustifiée d'activité médicale - Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines – Rétroactivité de la peine la plus favorable – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Ouï Monsieur le conseiller Marc Schlungs en son rapport et sur les conclusions de l'Union des Caisses de maladie déposées au greffe de la Cour le 13 décembre 2001 et celles, initiales et additionnelles du Dr Pierre Stein y déposées les 17 décembre 2001 et 14 janvier 2002;

Vu l'arrêt rendu le 8 novembre 2001 par le Conseil supérieur des assurances sociales et transmis au greffe de la Cour le 12 novembre 2001;

Considérant que le Conseil supérieur des assurances sociales, saisi par le recours du Dr STEIN contre un jugement du conseil arbitral des assurances sociales ayant condamné le médecin préqualifié à diverses sanctions pour déviation injustifiée de son activité médicale, a soumis à la Cour Constitutionnelle les questions suivantes:

I) Questions relatives à la conformité à l'article 14 de la Constitution de la disposition transitoire de l'article 13 de la loi du 18 mai 1999 ayant pour objet de modifier le code des assurances sociales.

a) *«est-ce que l'article 14 de la Constitution, consacrant le principe de la légalité des peines, implique aussi le principe de la rétroactivité in mitius?»;*

et si cette question appelle une réponse affirmative,

b) *«est-ce que l'article 14 de la Constitution, en ce qu'il renferme le principe de la rétroactivité in mitius, s'applique aussi aux peines prévues par l'article 73 et à la disposition de l'article 341, alinéa 2, point 5, du code des assurances sociales, réformés par la loi du 18 mai 1999 ayant pour objet de modifier le code des assurances sociales.»*

II) Questions relatives à la conformité à l'article 14 de la Constitution de l'incrimination de la «déviation injustifiée» visée à l'article 73 du code des assurances sociales.

a) *est-ce que l'article 14 de la Constitution, consacrant le principe de la légalité des peines, comprend aussi le principe de la spécification de l'incrimination?»;*

et si cette question appelle une réponse affirmative,

b) *«est-ce que l'article 14 de la Constitution, consacrant le principe de la légalité des peines, impose aussi le principe de la spécification de l'incrimination de la «déviation*

*injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire de soins» visée par l'article 73 du code des assurances sociales»?*

en cas de réponse affirmative à la question sub II), b) et en cas de réponse négative à la question posée supra I, a) ou sub I, b),

*«est-ce que l'article 73 du code des assurances sociales, introduit par la loi du 27 juillet 1992 portant réforme de l'assurance maladie et du secteur de la santé, est conforme à l'article 14 de la Constitution en ce qu'il incrimine comme il le fait la «déviation injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire de soins» et édicte des sanctions à l'encontre des prestataires qui ont commis une pareille déviation?»*,

en cas de réponse affirmative à la question posée sub II) b) et en cas de réponse affirmative à la question posée supra sub I), b),

*«est-ce que l'article 73 du code des assurances sociales, tel que réformé par la loi du 18 mai 1999 ayant pour objet de modifier le code des assurances sociales, est conforme à l'article 14 de la Constitution en ce qu'il incrimine comme il le fait la «déviation injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire de soins» et édicte des sanctions à l'encontre des prestataires qui ont commis une pareille déviation, compte tenu de ce que, conformément à l'article 341, alinéa 2, point 5, du code des assurances sociales, les modalités selon lesquelles les rapports d'activité des médecins et médecins dentistes sont établis doivent être arrêtés dans les conventions visées à l'article 61 du même code?»*;

Considérant que l'article 14 de la Constitution énonce que «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi»;

qu'il ressort de ce texte que pour être prononcée une peine doit être prévue par la loi, tant par son existence que par son taux de sévérité, et au jour de la commission du fait et à celui de la décision qui l'inflige;

d'où il suit que le principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution implique celui de la rétroactivité de la peine la plus douce;

Considérant qu'en droit disciplinaire la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit en observer les mêmes exigences constitutionnelles de base; que le principe de la rétroactivité in mitius s'applique dès lors à l'article 73 du code des assurances sociales pour autant qu'il édicte des peines et non pas des réparations de préjudice;

qu'il n'affecte cependant pas l'article 341,2,5 du même code qui ne participe ni à la définition du comportement fautif à réprimer ni à la sanction à appliquer;

Considérant que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables; que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant que l'article 73 du code des assurances sociales prévoit du moins en partie des punitions; que l'infraction de la «déviation injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire de soins» gisant à la base de ces pénalités est soumise au principe de la spécification de l'incrimination;

Considérant que la déviation injustifiée sanctionnée par l'article 73 du code des assurances sociales est déterminée par des critères tirés de la loi et des dispositions conventionnelles conclues en exécution de l'article 61 du code des assurances sociales;

que d'après l'article 64,2,2 du code des assurances sociales la convention pour les médecins doit garantir une médication économique compatible avec l'efficacité du traitement conforme aux données acquises par la science et à la déontologie médicale;

que selon l'article 76 de la convention les prestations à charge de l'assurance maladie ne peuvent dépasser l'utile et le nécessaire et que les médecins d'engagent à faire un bon usage des soins en s'attachant à faire correspondre au mieux les actes médicaux et les prescriptions à l'état de chaque malade;

que l'infraction incriminée se détermine dès lors par l'abus incompatible avec une médication raisonnable par rapport au besoin du traitement;

Considérant qu'une marge d'indétermination dans la formulation de comportements illicites n'affecte pas le principe de la spécification de l'incrimination si comme en l'espèce leur concrétisation peut raisonnablement se faire grâce à des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle qui permettent de prévoir avec une sûreté suffisante les caractéristiques essentielles des conduites constitutives de l'infraction visée;

D'où il suit que l'article 73 du code des assurances sociales, tel que modifié par la loi du 18 mai 1999 n'est actuellement pas contraire à l'article 14 de la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que l'article 14 de la Constitution implique le principe de la rétroactivité de la loi la plus favorable;

dit que ce principe s'applique aux peines prévues par l'article 73 du code des assurances sociales et non pas à l'article 341,2 ,5 du même code;

dit que l'article 14 de la Constitution implique le principe de la spécification de l'incrimination;

dit que ce principe s'applique à la «déviation injustifiée de l'activité professionnelle du prestataire de soins»;

dit que sur base des modalités actuelles de la détermination de la «déviation injustifiée de l'activité professionnelle des prestataires de soins» l'incrimination et les peines prévues à l'article 73 du code des assurances sociales ne sont pas contraires à l'article 14 de la

Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au Conseil supérieur des assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 13/02 du 17 mai 2002

(MEMORIAL A n° 60, 13 juin 2002, pp. 1521 à 1523)

*« Articles 276 et 277 du Code Civil, divorce, régimes distincts – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, mise en œuvre de la règle, situations comparables – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Ouï Monsieur le conseiller Jean Jentgen en son rapport et sur les conclusions de Madame Y... déposées au greffe de la Cour les 18 janvier et 19 février 2002 et celles de Monsieur X ... y déposées les 18 janvier et 21 février 2002,

Vu le jugement de renvoi rendu par le tribunal de paix de Luxembourg à la date du 20 décembre 2001;

Considérant que cette juridiction a, dans le cadre d'un litige opposant Monsieur X... et Madame Y... quant à la suppression sinon à la réduction du secours alimentaire fixé dans la convention du divorce par consentement mutuel des parties, saisi la Cour Constitutionnelle des questions préjudicielles suivantes:

*1) L'article 277, alinéa 4 du Code civil, en ce qu'il limite les cas d'ouverture de l'action en révision du secours alimentaire fixé dans une convention de divorce par consentement mutuel aux seules hypothèses de détérioration de la situation du débiteur ou du créancier des aliments, alors que l'article 300, alinéa 4 du Code civil dispose dans le cadre du divorce pour cause déterminée que la pension alimentaire est toujours révisable et révocable, partant également dans les hypothèses d'amélioration de la situation du débiteur ou du créancier des*

*aliments et que de façon générale les articles 208 et 209, 214, 268, 303 et 385 du Code civil et l'application qui en est faite par les tribunaux prévoient que les pensions alimentaires sont fixées en fonction des besoins du créancier et des facultés du débiteur, est-il conforme à l'article 10bis alinéa 1ier de la Constitution aux termes duquel les Luxembourgeois sont égaux devant la loi?*

*2) L'article 276 du Code civil, en ce qu'il permet aux époux dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel de transiger sur leurs droits respectifs dans leurs biens mobiliers et immobiliers, et l'article 277, alinéa 4 du Code civil, en ce qu'il limite les cas d'ouverture de l'action en révision du secours alimentaire fixé dans une convention de divorce par consentement mutuel aux seules hypothèses de détérioration de la situation du débiteur ou du créancier des aliments, alors que l'article 300, alinéa 5 du Code civil permet aux époux dans le cadre de la procédure de divorce pour cause déterminée de transiger sur la créance d'aliments et dispose que cette transaction ne demeure valable que tant que durera dans le chef du créancier ou du débiteur la situation en considération de laquelle la transaction a été conclue, ouvrant de ce fait l'action en révision du secours*

*alimentaire aussi bien en cas de de détérioration de la situation de l'une des deux parties qu'en cas d'amélioration de l'une de ces deux situations, sont-ils conformes à l'article 10bis, alinéa 1er de la Constitution aux termes duquel les Luxembourgeois sont égaux devant la loi?*

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant toutefois que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité présuppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation de droit comparable au regard de la mesure critiquée;

Considérant que le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée, bien que tendant vers la même fin, constituent des institutions juridiques distinctes qui suivent des régimes spécifiques:

Considérant que le régime du divorce par consentement mutuel, nonobstant l'entorse y apportée par la loi du 15 mars 1993, est de nature essentiellement consensuelle et gracieuse, tandis que celui du divorce pour cause déterminée est de nature essentiellement judiciaire et contentieuse;

Considérant que les époux ont la liberté de choix entre l'une ou l'autre des deux institutions légales et que la question du secours alimentaire est fonction de l'institution choisie;

Considérant que les époux qui ont opté pour l'une des institutions et ceux qui ont opté pour l'autre ne sont pas dans une situation comparable;

Considérant qu'il s'ensuit que les discriminations visées dans les deux questions juridictionnelles réunies ne violent pas l'article 10bis alinéa 1er de la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que, par rapport aux questions posées, ni l'article 277 alinéa 4 du code civil ni l'article 276 du même code ne sont contraires à l'article 10bis alinéa 1er de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation et qu'il soit fait abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Justice de Paix de Luxembourg dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 14/02 du 6 décembre 2002

(MEMORIAL A n° 144, 23 décembre 2002, pp. 3503 à 3505)

*« Loi du 28 mars 1972, permis de travail des étrangers (ressortissants luxembourgeois/ressortissants communautaires) – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 11 (3) de la Constitution sur les droits naturels et 11 (4) de la Constitution sur le droit au travail, et article 111 de la Constitution sur le statut de l'étranger – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oui Madame la conseillère Marion Lanners en son rapport à l'audience publique du 11 octobre 2002

Vu les conclusions régulièrement déposées les 17 et 19 juin 2002 au greffe de la Cour par les époux Chandoul- Ludwig et le délégué du Gouvernement Guy Schleder

Vu le jugement de renvoi rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg à la date du 13 mai 2002

Considérant que cette juridiction a, dans le cadre d'un litige opposant les époux Hedi Chandoul-Tilly Ludwig et le ministre du Travail et de l'Emploi quant à la délivrance d'un permis de travail à Hedi Chandoul, saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*« Les articles 1er et 26 à 28 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers; 2) le contrôle médical des étrangers; 3) l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère combinés, sinon pris individuellement, en ce qu'ils maintiennent l'obligation d'un permis de travail à l'encontre d'un ressortissant non communautaire résident, conjoint d'un national résident luxembourgeois, tout en ne portant point cette exigence à l'encontre d'un non communautaire, résident conjoint d'un ressortissant communautaire migrant, également résident luxembourgeois, sont-ils conformes aux articles 10bis et 111 de la Constitution considérés ensemble avec les paragraphes 3 et 4 de l'article 11 de la Loi fondamentale? »*

Considérant que selon les articles 26 et 27 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers; 2) le contrôle médical des étrangers; 3) l'emploi de la main-d'oeuvre étrangère aucun travailleur ne pourra être occupé sur le territoire du Grand-Duché sans permis de travail et que l'octroi et le renouvellement de ce permis peuvent être refusés au travailleur étranger pour des raisons inhérentes à la situation, à l'évolution ou à l'organisation du marché de l'emploi.

Considérant que si aux termes des articles 10bis et 11 (3) et (4) de la Constitution « les Luxembourgeois sont égaux devant la loi », que « l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille » et que « la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit », l'article 111 de la

Constitution dispose toutefois que *«tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*.

Considérant qu'en raison des exceptions formellement prévues par la Constitution, les restrictions du droit au travail des étrangers contenues dans les articles 1er, 26 et 27 de la loi modifiée du 28 mars 1972 précitée, ne sont pas contraires à la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que les articles 1er et 26 à 28 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1) l'entrée et le séjour des étrangers; 2) le contrôle médical des étrangers; 3) l'emploi de la main-d'œuvre étrangère combinés, sinon pris individuellement, ne sont pas contraires aux articles 10bis et 111 de la Constitution considérés ensemble avec les paragraphes 3 et 4 de l'article 11 de la Loi fondamentale;

ordonne que l'expédition de l'arrêt sera envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine, et que copie certifiée conforme sera envoyée aux parties en cause devant cette juridiction;

ordonne la publication de l'arrêt au Mémorial, Recueil de Législation, dans les trente jours du prononcé.

## Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003

(MEMORIAL A n° 7, 23 janvier 2003, pp. 89 à 91)

*« Article 4 de la loi du 18 juin 1969, modifiée, sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers - Article 11 (6) de la Constitution sur la liberté de l'exercice de la profession libérale, et article 23 de la Constitution, sur le domaine de la loi et le pouvoir réglementaire – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 8 juillet 2002 par le tribunal administratif et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 10 juillet 2002

Oùï le conseiller Roland SCHMIT en son rapport et sur les conclusions de Corina Camelia GRIGORE déposées le 30 juillet 2002 et le 6 septembre 2002 et sur celles déposées par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg le 9 août 2002

Saisi d'un recours formé par Corina Camelia GRIGORE contre un arrêté du 1er octobre 2001 pris par la ministre de la Culture, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et portant refus d'accorder l'homologation du diplôme de docteur en stomatologie délivré en 1994 par l'Université «OVIDIUS» de Constanze (Roumanie) au motif que la requérante n'avait pas suivi un certain nombre de matières obligatoires énumérées à l'annexe du règlement grand-ducal du 14 janvier 1994 fixant les critères d'homologation des titres et grades en médecine dentaire pris en exécution de la loi modifiée du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur, le tribunal administratif a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«L'article 4 de la loi modifiée du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur, en ce qu'il dispose que «l'homologation (des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur) ne pourra être accordée que si les études supérieures des postulants et leurs diplômes ou titres d'examens finals d'étrangers répondent à certains critères généraux, à établir par règlement grand-ducal pour chaque discipline. Ce règlement pourra fixer, selon les besoins des différentes disciplines, entre autres une durée minimale des études supérieures ainsi que la nature et l'étendue des matières qui doivent avoir fait l'objet de l'enseignement théorique et pratique. Les diplômes présentés à l'homologation doivent, sans dérogation possible, conférer un grade d'enseignement supérieur reconnu par le pays d'origine, ou y donner accès au stage ou à la profession, selon la branche choisie, sans qu'une discrimination puisse être faite entre titres légaux et titres scientifiques, entre titre d'Etat et titres d'Université (...).», est-il conforme à la Constitution et notamment à ses articles 11 (6) et 23 pris dans ses troisième, sinon quatrième alinéa?»*

Considérant que la question indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 11(6) de la Constitution dispose que «la loi garantit la liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole, sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif» et que l'article 23 de la Constitution, en ses passages pertinents, énonce que «(la loi) règle (...) tout ce qui est relatif à l'enseignement (alinéa 3)» et que «chacun est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix, sauf les dispositions de la loi sur les conditions d'admission aux emplois et à l'exercice de certaines professions» (alinéa 4);

Considérant que l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en oeuvre du détail;

Considérant cependant que l'article 4 de la susdite loi abandonne en partie au pouvoir réglementaire l'établissement pour chaque discipline de critères généraux autres que ceux qu'il prévoit lui-même - durée minimale des études supérieures, nature et étendue des matières devant avoir fait l'objet de l'enseignement théorique et pratique -; que dans cette mesure, il est contraire à la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que l'article 4 de la loi modifiée du 18 juin 1969 sur l'enseignement supérieur et l'homologation des titres et grades étrangers d'enseignement supérieur est contraire aux articles 11(6) et 23, alinéa 3 et 4 de la Constitution dans la mesure où il prévoit l'établissement par voie de règlement grand-ducal d'autres critères que ceux qu'il fixe lui-même;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 16/03 du 7 février 2003

(MEMORIAL A n° 31, 28 février 2003, pp. 509 à 511)

*« Article 28 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique  
– Article 16 de la Constitution, droit de propriété, notion d'indemnité juste et préalable  
– Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 17 septembre 2002 par le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 2 octobre 2002

Oui la conseillère Andrée WANTZ en son rapport et sur les conclusions de Jean-Pierre Zenners, déposées le 8 octobre 2002, et du Syndicat de la Distribution d'Eau des Ardennes, déposées le 24 octobre 2002 ainsi que du Ministère Public déposées le 30 octobre 2002

Considérant que le tribunal d'arrondissement de et à Diekirch, saisi par le Syndicat de la Distribution d'Eau des Ardennes, en abrégé D.E.A., d'une demande d'expropriation pour cause d'utilité publique contre Jean-Pierre ZENNERS aux fins de voir déclarer les formalités prescrites par la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique observées, de voir procéder au règlement des indemnités et de voir ordonner l'envoi en possession, a demandé à la Cour Constitutionnelle de se prononcer sur la question préjudicielle suivante:

*«L'article 28 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique en disposant que le tribunal fixe, par voie d'évaluation sommaire, le montant de l'indemnité provisionnelle que l'expropriant devra payer à l'exproprié, et l'article 32 en disposant que l'expropriant, après avoir consigné l'indemnité provisionnelle à la Caisse des Consignations, peut se faire envoyer en possession du bien exproprié par ordonnance du président du tribunal, sont-ils conformes à l'article 16 de la Constitution qui dispose que «nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité.»*

Considérant que l'article 16 de la Constitution pose d'une part le principe que le propriétaire ne peut être privé des droits qu'il a sur sa propriété et énonce d'autre part la seule exception à ce principe, à savoir la privation de propriété pour cause d'utilité publique en la soumettant toutefois aux exigences et procédures d'une loi et au paiement d'une juste et préalable indemnité.

Que le droit de propriété est un droit fondamental et toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte.

Considérant que l'article 28 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit que *«lorsque le tribunal fait droit à la requête de l'expropriation il fixe, dans le même jugement, par la voie de l'évaluation sommaire,*

*les indemnités provisionnelles que l'expropriant devra payer...» et que l'article 32 de la même loi dispose que «après avoir signifié par exploit d'huissier à toutes les parties défenderesses et intervenantes une copie certifiée conforme 1) du jugement fixant l'indemnité provisionnelle 2) du certificat de dépôt de l'indemnité provisionnelle à la caisse des consignations, ... l'expropriant peut se faire envoyer en possession du bien exproprié par ordonnance du président du tribunal.»*

Considérant que l'indemnité prévue à l'article 16 de la Constitution doit être juste, ce qui signifie qu'elle doit être complète pour dédommager le préjudice subi par le propriétaire privé définitivement de son bien.

Qu'elle doit être préalable, c'est-à-dire que son règlement doit précéder l'envoi en possession.

Considérant que l'envoi en possession sur la seule base de la consignation d'une indemnité provisionnelle sommairement évaluée, n'est pas conforme à l'article 16 de la Constitution qui prévoit une indemnité juste et préalable.

**Par ces motifs :**

dit que les articles 28 et 32 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique pour autant qu'ils prévoient l'envoi en possession de l'expropriant contre consignation d'une indemnité provisionnelle sommairement évaluée, ne sont pas conformes à l'article 16 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de et à Diekirch dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 17/03 du 7 mars 2003

(MEMORIAL A n° 41, 2 avril 2003, pp. 655 à 657)

*« Irrecevabilité d'une demande en intervention – Article 19 de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat – Article 36 de la constitution, pouvoir règlementaire du Grand-Duc – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 7 octobre 2002 par le tribunal administratif et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 9 octobre 2002

Où le vice-président Georges KILL en son rapport et sur les conclusions déposées le 11 novembre 2002 par Maître Gaston VOGEL et consorts et sur celles déposées par l'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE Luxembourg en date des 8 novembre 2002 et 10

décembre 2002

Considérant que dans le cadre d'un recours en annulation exercé par Maître Gaston VOGEL et 20 consorts contre le règlement du conseil de l'ordre des avocats à Luxembourg du 19 décembre 2001 intitulé «Règlement sur la formation permanente» le Tribunal administratif a demandé à la Cour Constitutionnelle de se prononcer sur la question préjudicielle suivante:

*«L'article 19 de la loi modifiée (du 10 août 1991) sur la profession d'avocat est-il conforme à l'article 36 de la Constitution?»;*

Considérant que par requête déposée au greffe de la Cour Constitutionnelle le 3 janvier 2003 Maître Gilles PLOTTKE a déclaré intervenir volontairement dans la procédure pendante;

Considérant que l'alinéa (2) de l'article 95ter de la Constitution réserve aux juridictions le droit de saisir à titre préjudiciel la Cour Constitutionnelle suivant les modalités à établir par la loi;

Que ni la Constitution, ni la loi du 27 juillet 1997 portant organisation d'une Cour Constitutionnelle ne prévoient la saisine directe de la Cour par une partie, fût-ce à titre d'intervention;

Que l'intervention volontaire de Maître Gilles PLOTTKE est partant à écarter comme non recevable;

Considérant que l'article 36 de la Constitution dispose que «Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution»;

Considérant que l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 dispose que le conseil de l'ordre peut arrêter des règlements d'ordre intérieur qui déterminent les règles professionnelles, relatives notamment:

1. à la déontologie entre avocats et à l'égard des clients et des tiers;
2. au secret professionnel;
3. aux honoraires et frais;
4. à l'information du public concernant les avocats et leur activité professionnelle;
5. à la protection des intérêts des clients et des tiers; les règlements y relatifs peuvent prévoir des mesures d'assurance individuelle ou collective facultatives ou obligatoires ainsi que les prescriptions concernant la conservation des fonds de tiers.

Considérant que l'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG interprète ce texte comme ne conférant pas à la représentation professionnelle le pouvoir d'exécuter tout ou partie de la loi, mais comme investissant l'ORDRE DES AVOCATS d'un pouvoir normatif autonome en la matière;

Considérant que cette argumentation se heurte aux dispositions de l'article 11 (6) de la Constitution du Grand-Duché qui réserve au pouvoir législatif le droit d'établir des restrictions à l'exercice de la profession libérale;

Considérant que par l'effet de cette réserve de la loi énoncée par la Constitution seul le pouvoir législatif peut valablement disposer de la matière érigée en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se limite à tracer les principes directeurs tout en déléguant au pouvoir réglementaire la mise en œuvre du détail;

Considérant que pour organiser cette mise en œuvre l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 délègue l'exécution des dispositions de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc; qu'il est partant contraire à l'article 36 de la Constitution;

**Par ces motifs :**

déclare irrecevable l'intervention volontaire de Maître Gilles PLOTTKE;

dit que l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat n'est pas conforme à l'article 36 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 18/03 du 21 novembre 2003

(MEMORIAL n° 174, 9 décembre 2003, pp. 3384 à 338)

*« Articles 1 et 7 de la loi du 26 mars 1992, modifiée, sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé – Article 11 (5) et (6), protection de la santé et organisation de l'exercice des professions libérales, et article 36 de la Constitution, domaine de la loi, pouvoir réglementaire, habilitations spécifiques – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 22 avril 2003 par le tribunal administratif et transmis au greffe de la Cour Constitutionnelle le 25 avril 2003;

Oùï le conseiller Roland SCHMIT en son rapport et sur les conclusions de Eliane GELHAUSEN déposées le 28 mai 2003 et sur celles déposées le même jour par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg;

Saisi par Eliane GELHAUSEN, infirmière libérale, d'une requête en annulation du règlement grand-ducal du 25 juillet 2002 portant sur l'exercice de la profession d'aide-soignant, le tribunal administratif, par jugement rendu le 22 avril 2003, a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«Les dispositions combinées des articles 1er et 7 de la loi modifiée du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé sont-elles conformes aux paragraphes (5) et (6) de l'article 11 et à l'article 36 de la Constitution combinés, sinon pris individuellement?»*

Considérant que la question indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte;

Considérant que l'article 11 de la Constitution en ses passages pertinents, énonce au paragraphe (5) que *«la loi organise (...) la protection de la santé (...)»* et au paragraphe (6) que *«la loi garantit (...) l'exercice de la profession libérale (...) sauf les restrictions à établir par le pouvoir législatif»* et que l'article 36 dispose que *«Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution»*;

Considérant que la loi du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé, après avoir en son article premier énuméré les professions auxquelles elle s'applique – dont celle d'infirmière exercée par la requérante et celle d'aide-soignant visée par le règlement attaqué du 25 juillet 2002 – dispose en son article 7 sous l'intitulé *«Statuts et attributions de ces professions»* qu' *«un règlement grand-ducal détermine le statut, les attributions et les règles d'exercice de ces professions»*;

Considérant que le système des réserves de la loi énoncé par la Constitution empêche le pouvoir législatif de se dessaisir outre mesure de ses pouvoirs par la

voie de l'habilitation; que ce pouvoir peut donc seul disposer valablement des matières érigées en réserve; qu'est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se borne à tracer les grands principes: elle ne met par conséquent pas obstacle aux habilitations plus spécifiques;

Considérant que la loi du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé, après avoir désigné en son article 1er les professions de santé concernées, précise en son article 2 les critères généraux auxquels se trouve soumis l'autorisation d'accès à ces professions et fixe en ses articles 5, 6 et 8 à 15 les conditions communes liées à l'exercice de ces professions;

qu'ainsi le législateur, sans violer le principe constitutionnel du domaine réservé, a pu habiliter en son article 7 le pouvoir réglementaire à préciser le statut, les attributions et les règles d'exercice de chacune des différentes professions de santé visées par ladite loi.

**Par ces motifs:**

dit que les articles 1er et 7 de la loi du 26 mars 1992 sur l'exercice et la revalorisation de certaines professions de santé ne sont pas contraires aux articles 11(5) et (6) et 36 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 19/04 du 30 janvier 2004

(MEMORIAL A n° 18, 16 février 2004, pp. 303 à 305)

*« Article 36,5° de la loi du 27 juillet 1936, modifiée, concernant la comptabilité de l'Etat - Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement rendu le 26 juin 2003 par le tribunal administratif et transmis le 30 juin 2003 au greffe de la Cour Constitutionnelle;

Où Monsieur le conseiller Marc *Schlungs* en son rapport et sur les conclusions de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (désigné ci-après ETAT) déposées le 28 juillet 2003 au greffe de la Cour Constitutionnelle;

Vu les conclusions déposées le 28 juillet 2003 au greffe de la Cour Constitutionnelle par Maître Patrick *Kinsch* pour et au nom de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg;

Vu les conclusions déposées le 2 octobre 2003 au greffe de la Cour par Maître Gerry *Osch* pour et au nom des membres de l'association momentanée TRACOL S.A. – CLEMENS MEERFELD e.K. – KÖLNER MARMORWERKE GmbH – GRANIT – MARMORWERKE ENGELHARDT lesquelles peuvent être prises en considération eu égard à la finalité des dispositions de l'article 10 alinéa 3 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle telle qu'elle se dégage de l'avis du Conseil d'Etat et du rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (Doc. parl. 42186 p. 7 et 42189 p. 12)

Ecartant pour cause de tardiveté les conclusions additionnelles déposées au greffe de la Cour les 7 novembre et 2 décembre 2003 par les mandataires respectifs prédésignés;

Considérant que le tribunal administratif, après s'être déclaré compétent pour connaître d'un recours en annulation introduit par TRACOL pour autant qu'il vise le volet d'un arrêté ministériel du 6 juin 2002 portant exclusion de TRACOL pour la durée de six mois de la participation aux marchés publics initiés par L'ETAT, avant de statuer sur les moyens de nullité invoqués par les demandeurs contre ladite décision a soumis à la Cour Constitutionnelle les questions principale et ampliative suivantes:

*« Est-ce que l'article 14 de la Constitution, consacrant le principe de la légalité tant au regard de l'existence que de celui du taux de sévérité des peines, s'applique aussi aux sanctions prévues par l'article 36,5° de la loi du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat ? »*

et en cas de réponse affirmative, sur la question additionnelle:

«Est-ce que l'article 36,5° de la loi précitée du 27 juillet 1936 est conforme à l'article 14 de la Constitution en ce qu'il édicte une sanction sans prévoir de durée maximum ?»

Considérant que l'article 14 de la Constitution énonce que «*nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi*»;

Considérant que l'article 36, 5° de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat dispose que «*Les cahiers des charges peuvent avoir des clauses pénales adaptées à la nature et à l'importance des marchés. Ces clauses peuvent comprendre des amendes et des astreintes, la résiliation du marché ainsi que l'exclusion à temps de la participation aux marchés publics. Au même titre des primes d'achèvement des travaux avant terme peuvent être prévues.*»

Considérant que les clauses pénales sont des accords sur des indemnisations forfaitaires en cas d'inexécution d'obligations principales; qu'exprimées sous forme d'astreinte ou d'amende conventionnelle, elles sont de nature purement civile et ne constituent pas des peines au sens de l'article 14 de la Constitution;

Considérant que la résiliation du marché n'est pas une pénalité en soi mais une décision de rupture des liens contractuels entre parties;

Considérant par contre que l'exclusion même à temps de la participation aux marchés publics n'est pas un mode de réparation du préjudice subi par l'inobservation des conditions du cahier des charges mais une peine au sens de l'article 14 de la Constitution qui est dès lors quant à cette mesure applicable à l'article 36,5° de la loi précitée;

Considérant qu'une telle peine ne peut faire l'objet d'un engagement contractuel mais doit être établie par la loi; qu'il s'ensuit que l'article 36,5° de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat prévoyant, par le biais de cahiers des charges, l'exclusion de la participation aux marchés publics est à déclarer non-conforme à l'article 14 de la Constitution sans qu'il ne soit besoin de répondre à la question additionnelle;

**Par ces motifs:**

dit que l'article 36,5° de la loi modifiée du 27 juillet 1936 concernant la comptabilité de l'Etat, pour autant qu'il vise l'exclusion de la participation aux marchés publics, n'est pas conforme à l'article 14 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 20/04 du 28 mai 2004

(MEMORIAL n° 94, 18 juin 2004, pp. 1561 à 1565)

*« Article 115 du Code des assurances sociales, privation de certaines personnes d'action en dommages et intérêts – Articles 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 11(3) de la Constitution, droits naturels, article 12 de la Constitution, liberté individuelle, et article 16 de la Constitution, droit de propriété – Violation article 10 bis »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Vu le jugement no 285/03 rendu le 30 octobre 2003 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile,

Où le conseiller Jean-Mathias GOERENS en son rapport et sur les conclusions de la société en commandite simple KRONOSPAN SANEM Ltd et Cie déposées le 10 décembre 2003 et sur celles déposées par les époux Clarinda LOPES FERREIRA Jorge Manuel MOREIRA SALTA le 14 janvier 2004;

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a soumis à la Cour Constitutionnelle les questions préjudicielles suivantes:

*« 1. l'article 115 du code des assurances sociales disposant que certaines personnes «ne peuvent, en raison de l'accident, agir judiciairement en dommages intérêts», est-il conforme à la Constitution et notamment à ses articles 11 alinéa 3, 12 et 16?*

*2. l'article 115 du code des assurances sociales en excluant «les personnes visées aux articles 85, 86 et 90, (...) même s'ils n'ont aucun droit à prestation,» de la réparation intégrale selon le droit commun qui est accordée à toute autre victime d'un accident, est-il contraire à la Constitution et notamment à son article 10 bis?*

*3. l'article 115 du code des assurances sociales en excluant «leurs ayants droit (...), même s'ils n'ont aucun droit à prestation» de la réparation intégrale selon le droit commun qui est accordée à toute autre victime directe ou par ricochet d'un accident, est-il contraire à la Constitution et notamment à son article 10 bis?*

*4. l'article 115 du code des assurances sociales en n'accordant un droit de recours à la victime qu'en cas d'accident provoqué intentionnellement, alors que l'article 116 du même code accorde à l'Association des assurances contre les accidents un droit de recours à l'égard des mêmes personnes responsables en cas d'accident provoqué tant intentionnellement que par simple négligence, est-il contraire à la Constitution et notamment en son article 10 bis?»*

Considérant que l'article 115 du Code des assurances sociales est libellé comme suit: *«Les personnes visées aux articles 85, 86 et 90, leurs ayants droit et leurs*

*héritiers, même s'ils n'ont aucun droit à prestation, ne peuvent, en raison de l'accident, agir judiciairement en dommages intérêts contre leur employeur ou la personne pour compte de laquelle ils exercent une activité, ni dans le cas d'un travail connexe ou d'un travail non connexe exercé en même temps et sur le même lieu, contre tout autre employeur ou toute autre personne visée aux articles précités, à moins qu'un jugement pénal n'ait déclaré les défendeurs coupables d'avoir provoqué intentionnellement l'accident.»*

En ce qui concerne la 1<sup>re</sup> question quant à la conformité de l'article 115 du Code des assurances sociales avec l'article 11(3) de la Constitution

Considérant que l'article 11(3) de la Constitution porte que «l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille»;

Considérant que le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté;

Considérant que l'article 115 du Code des assurances sociales, refusant à une catégorie de personne d'agir conformément au droit commun, constitue une disposition de droit positif qui fait partie d'un ensemble de dispositions réglant le fonctionnement de l'institution des assurances sociales et ne concerne dès lors pas les droits naturels de la personne humaine et de la famille;

Qu'il en résulte que l'article 115 du Code des assurances sociales n'est pas contraire à l'article 11(3) de la Constitution.

- en ce qui concerne la première question quant à la conformité de l'article 115 du Code des assurances sociales avec l'article 12 de la Constitution

Considérant que l'article 12 de la Constitution dispose que: «*La liberté individuelle est garantie. - Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Nul ne peut être arrêté ou placé que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit. - Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation, ou au plus tard dans les vingt-quatre heures. - Toute personne doit être informée sans délai des moyens de recours légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté.*»;

Considérant que la notion de liberté individuelle telle que définie au texte constitutionnel invoqué vise la liberté physique d'aller et de venir et les entraves qui peuvent y être apportées dans le cadre de poursuites judiciaires;

Que l'article 115 du Code des assurances sociales n'est pas concerné par les dispositions de l'article 12 de la Constitution;

Qu'il en résulte que l'article 115 du Code des assurances sociales n'est pas contraire à l'article 12 de la Constitution;

- en ce qui concerne la première question quant à la conformité de l'article 115 du Code des assurances sociales à l'article 16 de la Constitution

Considérant que l'article 16 de la Constitution dispose ce qui suit: *«Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité.»*;

Considérant que l'article 16 pose d'une part le principe que le propriétaire ne peut être privé du droit qu'il a sur sa propriété et énonce d'autre part la seule exception à ce principe, à savoir la privation de la propriété pour cause d'utilité publique dans les conditions prévues par une loi et moyennant une juste et préalable indemnité,

Considérant que, pour autant que la notion de propriété s'applique à des droits personnels tels qu'une créance indemnitaire, encore faudrait-il que la créance soit effectivement née dans le chef de la personne qui s'en réclame;

Que l'article 115 du Code des assurances sociales qui s'oppose à la naissance de la créance indemnitaire n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution,

Quant à la deuxième question:

Considérant que la question telle qu'elle est posée part d'une lecture erronée du texte, les mots «même s'ils n'ont aucun droit à prestation» ne visant pas les assurés eux-mêmes;

Que la question se lit donc comme suit: «l'article 115 du Code des assurances sociales en excluant» les personnes visées aux articles 85, 86 et 90 «de la réparation intégrale selon le droit commun qui est accordée à toute autre victime d'un accident, est-il contraire à la Constitution et notamment à son article 10bis?»;

Considérant que l'article 10 bis de la Constitution dispose en son numéro (1), seule disposition de l'article susceptible d'être visée par la question, que «les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que l'assurance contre les accidents, dont le but principal est d'assurer la subsistance de la victime d'un accident de travail et celle de sa famille, garantit aux bénéficiaires une indemnisation forfaitaire tout en les excluant du droit d'agir en réparation de leur préjudice selon le droit commun;

Considérant que le critère de distinction entre les personnes visées aux articles 85, 86 et 90 du Code des assurances sociales victimes d'accidents de travail d'une part et les victimes d'accidents de droit commun d'autre part est objectif et pertinent par rapport au système d'indemnisation en matière d'accidents professionnels;

Considérant que la limitation du droit d'agir prévue par l'article 115 du Code des assurances sociales s'explique par une réglementation s'écartant du droit commun basée non plus sur la notion de faute, mais sur celle de risque professionnel et sur une répartition de ce risque entre l'employeur et la victime de l'accident du travail, l'assuré bénéficiant des prestations statutaires de l'Association d'Assurance contre

les Accidents même en l'absence de responsabilité dans le chef de l'«auteur de l'accident» et même en cas de faute dans son chef;

Que cette limitation permet le fonctionnement même du système d'indemnisation forfaitaire et automatique et contribue au maintien de la paix sociale dans les entreprises, que ce soit dans les relations entre travailleurs et assimilés ou, le cas échéant, dans les relations entre ces mêmes personnes et leurs employeurs;

Que cette différence de traitement est rationnellement justifiée;

Que la limitation du droit d'agir qui constitue la contribution de l'assuré victime au fonctionnement de ce système d'indemnisation est adéquate;

Que de même il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les objectifs poursuivis et la différenciation établie, les victimes d'accidents de travail étant indemnisées en dehors de toute considération de faute et dispensées de rapporter la preuve de la responsabilité de l'auteur de l'accident, ceci d'autant plus que la limitation ne s'applique pas au cas où un jugement pénal constate une faute intentionnelle dans le chef de cet auteur;

Qu'il en résulte que, pour autant qu'il se rapporte aux victimes directes visées par les articles 85, 86 et 90 du Code des assurances sociales, l'article 115 du même code n'est pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution;

#### Quant à la troisième question

Considérant que la 3e question vise la situation des ayants droit de la victime de l'accident qui, aux termes de l'article 115 du Code des assurances sociales, se trouvent exclus de la réparation suivant le droit commun, même s'ils n'ont aucun droit à prestation;

Considérant que constituent des ayants droit au sens de cette disposition toutes personnes autres que l'assuré susceptibles de bénéficier à un titre quelconque d'une prestation de la part de l'Association d'Assurance contre les Accidents;

Considérant que ces personnes, dans la mesure où elles remplissent les conditions pour bénéficier de prestations du chef d'un accident de travail, se trouvent dans une situation analogue à celle de l'assuré, de sorte que, pour les motifs retenus à l'appui de la réponse à la deuxième question, concernant ces personnes, l'article 115 du Code des assurances sociales n'est pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution;

Considérant par contre que l'article 115 du Code des assurances sociales, dans la mesure où il concerne les ayants droit qui n'ont aucun droit à prestation, porte atteinte au principe d'égalité devant la loi consacré par le texte constitutionnel dont il s'agit,

Qu'en effet il n'y a pas de justification objective de refuser le recours selon le droit commun à un ayant droit de la victime écarté du système d'indemnisation des accidents de travail;

Que dès lors, dans la mesure où il exclut du recours de droit commun les ayants droit de la victime qui n'ont aucun droit à prestation, l'article 115 du Code des assurances sociales est contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution;

Quant à la quatrième question:

Considérant que l'Association d'Assurance contre les Accidents, à laquelle revient aux termes de l'article 116 du Code des assurances sociales un droit de recours contre les personnes déclarées par un jugement pénal coupables d'avoir provoqué l'accident, et les victimes d'accidents de travail ne sont pas dans une situation comparable;

Qu'elles constituent des entités différentes et que les dispositions qui leur sont applicables ne tendent pas à la même fin;

Qu'en instituant dès lors quant aux victimes de ces accidents un régime différent de celui régissant les droits de l'Association d'Assurance contre les Accidents, l'article 115 du Code des assurances sociales ne contrevient pas à l'article 10 bis de la Constitution;

**Par ces motifs :**

Sur le rapport de son conseiller et après avoir entendu les mandataires des parties qui ont comparu;

Statuant sur les questions à elle soumises par jugement rendu le 30 octobre 2003 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg;

Sur la 1ère question:

Dit que l'article 115 du Code des assurances sociales n'est pas contraire aux articles 11 al 3, 12 et 16 de la Constitution,

Sur la 2e question:

Dit que le même article, en ce qu'il vise les personnes désignées aux articles 85, 86 et 90 du même code, n'est pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution,

Sur la 3e question:

Dit que dans la mesure où il exclut du recours de droit commun les ayants droit de la victime d'un accident de travail qui n'ont, aux termes du code, aucun droit à prestation, l'article 115 du Code des assurances sociales est contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution,

Sur la 4e question:

Dit qu'en instituant en ce qui concerne le droit de recours de la victime d'un accident de travail un régime différent de celui régissant le droit de recours de l'Association d'Assurance contre les Accidents, l'article 115 du Code d'assurances sociales n'est pas contraire à l'article 10bis (1) de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 21/04 du 18 juin 2004

(MEMORIAL A n° 116, 12 juillet 2004, pp. 1765 à 1767)

*« Article 1 de la loi modifiée du 18 mai 1979, délégations du personnel, ouvriers/employés privés – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, et article 11 (5), liberté syndicale (non examiné) – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oùï Madame le conseiller Léa MOUSEL en son rapport;

Vu le jugement de renvoi du tribunal administratif contradictoirement rendu le 19 janvier 2004;

Sur les conclusions de Valerija BERDI déposées le 20 février et le 25 mars 2004 et sur les conclusions de l'administration communale de la Ville de Luxembourg déposées le 20 février et le 22 mars 2004;

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours contre le refus de la Ville de Luxembourg d'inscrire Valerija BERDI sur les listes électorales établies en vue du renouvellement de la délégation des fonctionnaires et employés de la Ville de Luxembourg, a posé la question préjudicielle suivante:

*«L'article 1er de la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel et l'article 43, points 5 et 9, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, combinés, sinon pris isolément, sont-ils conformes aux articles 10bis et 11(5) de la Constitution combinés, sinon pris individuellement?»;*

Considérant que l'article 1er de la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel est de la teneur suivante en son point 1:

*«Tout employeur du secteur privé est tenu de faire désigner les délégués du personnel dans les établissements occupant régulièrement au moins 15 travailleurs liés par contrat de louage de services quelles que soient la nature de ses activités et sa forme juridique.*

*Il en est de même pour tout employeur du secteur public occupant régulièrement au moins 15 ouvriers liés par contrat de louage de services.»*

Considérant que l'article 43 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux est conçu en ses points 5 et 9 comme suit:

*«5. Le nombre des membres des délégations du personnel est fixé en raison de l'effectif total des fonctionnaires dans chaque commune en service au premier janvier précédant l'élection des délégations.*

*a) les fonctionnaires en activité de service;*

*b) les fonctionnaires en service provisoire;*

*c) les vacances de poste telles qu'elles sont définies par la législation sur les traitements;*

*d) les employés bénéficiant du statut d'employé (ainsi modifié par la loi du 9 juin 1995) communal.*

*9. Sont électeurs tous les fonctionnaires, fonctionnaires en service provisoire et employés bénéficiant du statut d'employé communal en service auprès de la commune depuis au moins six mois au jour de l'élection.*

*Sont éligibles tous les fonctionnaires nommés à titre définitif âgés de plus de vingt et un ans et en service depuis plus d'une année auprès de la commune au jour de l'élection. Sont également éligibles les employés bénéficiant d'un statut d'employé (ainsi modifié par la loi du 9 juin 1995) communal depuis plus de deux ans et âgés de vingt et un ans au jour de l'élection.»*

Considérant que la Constitution stipule à l'article 10bis:

*«1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.»*

et à l'article 11:

*«5) La loi ... garantit les libertés syndicales.»;*

Considérant que la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, en ce qu'elle règle dans son article 43, points 5 et 9, la représentation des fonctionnaires et employés communaux sur la base de leur statut légal, est étrangère au problème de la non-représentation des employés privés engagés par la commune en vertu de contrats individuels, ces deux situations n'étant pas comparables;

Considérant que d'après l'économie de l'article premier de la loi du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel, les ouvriers liés par un contrat de louage de service à un employeur du secteur public peuvent prétendre à une représentation active et passive au sein de l'organisme public qui les emploie tandis que le texte est muet quant aux droits des salariés engagés en qualité d'employés privés dans le même secteur;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la disparité soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que les deux catégories de salariés, ouvriers et employés privés, se trouvent dans une situation comparable de dépendance et de subordination contractuelles;

Considérant que la seule disparité objective entre les salariés engagés en qualité d'ouvriers et les salariés engagés en qualité d'employés privés réside dans la nature du travail à accomplir ne justifie pas rationnellement la différence de traitement au regard de la finalité de la loi du 18 mai 1979 telle qu'elle est exprimée

en son article 10 et qui confère à la délégation du personnel une mission de sauvegarde et de défense tant générale que spécifique de ceux qu'elle représente;

Considérant dès lors que le législateur, en n'incluant pas dans l'effectif visé au deuxième alinéa de l'article 1er de la loi de 1979 les salariés engagés par un employeur du secteur public en qualité d'employés privés, a créé une inégalité, se heurtant à l'article 10bis de la Constitution;

Considérant qu'eu égard à la réponse à donner à la première branche de la question, il n'y a plus lieu d'examiner la conformité de l'article 1er de la loi du 18 mai 1979 par rapport à l'article 11(5) de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que l'article 1er de la loi du 18 mai 1979 sur les délégations du personnel, pris isolément, est non conforme, en son deuxième alinéa, à l'article 10bis de la Constitution, pris individuellement;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 22/04 du 18 juin 2004

(MEMORIAL A n° 117, 12 juillet 2004, pp. 1769 à 1771)

*« Article 1 de la loi modifiée du 18 mai 1979, délégations du personnel, ouvriers/employés privés – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, et article 11 (5), liberté syndicale (non examiné) – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oùï Madame le conseiller Léa MOUSEL en son rapport;

Vu le jugement de renvoi du tribunal administratif contradictoirement rendu le 19 janvier 2004;

Sur les conclusions de Ute GUTH déposées le 20 février et le 25 mars 2004 et sur les conclusions de l'administration communale de la Ville de Luxembourg déposées le 20 février et le 22 mars 2004;

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours contre le refus de la Ville de Luxembourg d'inscrire Ute GUTH sur les listes électorales établies en vue du renouvellement de la délégation des fonctionnaires et employés de la Ville de Luxembourg, a posé la question préjudicielle suivante:

*«L'article 1er de la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel et l'article 43, points 5 et 9, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, combinés, sinon pris isolément, sont-ils conformes aux articles 10bis et 11(5) de la Constitution combinés, sinon pris individuellement?»;*

Considérant que l'article 1er de la loi modifiée du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel est de la teneur suivante en son point 1:

*« Tout employeur du secteur privé est tenu de faire désigner les délégués du personnel dans les établissements occupant régulièrement au moins 15 travailleurs liés par contrat de louage de services quelles que soient la nature de ses activités et sa forme juridique.*

*Il en est de même pour tout employeur du secteur public occupant régulièrement au moins 15 ouvriers liés par contrat de louage de services. »*

Considérant que l'article 43 de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux est conçu en ses points 5 et 9 comme suit:

*« 5. Le nombre des membres des délégations du personnel est fixé en raison de l'effectif total des fonctionnaires dans chaque commune en service au premier janvier précédant l'élection des délégations.*

*a) les fonctionnaires en activité de service;*

*b) les fonctionnaires en service provisoire;*

*c) les vacances de poste telles qu'elles sont définies par la législation sur les traitements;*

*d) les employés bénéficiant du statut d'employé (ainsi modifié par la loi du 9 juin 1995) communal.*

*9. Sont électeurs tous les fonctionnaires, fonctionnaires en service provisoire et employés bénéficiant du statut d'employé communal en service auprès de la commune depuis au moins six mois au jour de l'élection.*

*Sont éligibles tous les fonctionnaires nommés à titre définitif âgés de plus de vingt et un ans et en service depuis plus d'une année auprès de la commune au jour de l'élection. Sont également éligibles les employés bénéficiant d'un statut d'employé (ainsi modifié par la loi du 9 juin 1995) communal depuis plus de deux ans et âgés de vingt et un ans au jour de l'élection. »*

Considérant que la Constitution stipule à l'article 10bis:

*«1) Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.»*

et à l'article 11:

*«5) La loi ... garantit les libertés syndicales.»;*

Considérant que la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, en ce qu'elle règle dans son article 43, points 5 et 9, la représentation des fonctionnaires et employés communaux sur la base de leur statut légal, est étrangère au problème de la non-représentation des employés privés engagés par la commune en vertu de contrats individuels, ces deux situations n'étant pas comparables;

Considérant que d'après l'économie de l'article premier de la loi du 18 mai 1979 portant réforme des délégations du personnel, les ouvriers liés par un contrat de louage de service à un employeur du secteur public peuvent prétendre à une représentation active et passive au sein de l'organisme public qui les emploie tandis que le texte est muet quant aux droits des salariés engagés en qualité d'employés privés dans le même secteur;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la disparité soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que les deux catégories de salariés, ouvriers et employés privés, se trouvent dans une situation comparable de dépendance et de subordination contractuelles;

Considérant que la seule disparité objective entre les salariés engagés en qualité d'ouvriers et les salariés engagés en qualité d'employés privés réside dans la nature du travail à accomplir ne justifie pas rationnellement la différence de traitement au regard de la finalité de la loi du 18 mai 1979 telle qu'elle est exprimée

en son article 10 et qui confère à la délégation du personnel une mission de sauvegarde et de défense tant générale que spécifique de ceux qu'elle représente;

Considérant dès lors que le législateur, en n'incluant pas dans l'effectif visé au deuxième alinéa de l'article 1er de la loi de 1979 les salariés engagés par un employeur du secteur public en qualité d'employés privés, a créé une inégalité, se heurtant à l'article 10bis de la Constitution;

Considérant qu'eu égard à la réponse à donner à la première branche de la question, il n'y a plus lieu d'examiner la conformité de l'article 1er de la loi du 18 mai 1979 par rapport à l'article 11(5) de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que l'article 1er de la loi du 18 mai 1979 sur les délégations du personnel, pris isolément, est non conforme, en son deuxième alinéa, à l'article 10bis de la Constitution, pris individuellement;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 23/04 du 3 décembre 2004

(MEMORIAL A n° 201, 23 décembre 2004, pp. 2960 à 2961)

*« Recevabilité, notion de juridiction – Articles 17 et 27 loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat – Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines, principe de spécification – Non affectation (article 17), conformité (article 27) »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oùï Madame la vice-présidente Marion *Lanners* en son rapport;

Vu l'arrêt de renvoi no 3/04 du Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats contradictoirement rendu le 25 mai 2004;

Sur les conclusions de Gilles *Plotcke*, avocat à la Cour, déposées le 22 juin 2004 et sur celles de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg déposées le 28 juin 2004;

Considérant que, dans le cadre d'une poursuite disciplinaire dirigée contre Maître Gilles *Plotcke*, la Cour Constitutionnelle a été saisie par le Conseil disciplinaire et administratif d'appel des ordres des avocats des questions préjudicielles suivantes:

*«L'article 17, premier tiret, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»*

*dans l'affirmative,*

*«L'article 27 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»*

#### **Sur la saisine de la Cour Constitutionnelle:**

Considérant que, d'après le Conseil de l'Ordre, les juridictions disciplinaires instituées par la loi sur la profession d'avocat ne seraient pas concernées par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle comme ne ressortissant ni à l'ordre judiciaire ni à l'ordre administratif;

Considérant que d'après l'article 95(ter) 2e alinéa de la Constitution, la Cour Constitutionnelle est saisie par toute juridiction des questions de conformité préjudicielles y visées;

Que dès lors l'exception d'irrecevabilité tirée de l'article 6 de la loi précitée du 27 juillet 1997 n'est pas fondée;

#### **Quant à la première question:**

Considérant que l'article 17, premier tiret, de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat énonce que «le Conseil de l'Ordre est chargé de veiller à la sauvegarde de l'honneur de l'Ordre, de maintenir les principes de dignité, de probité et de

délicatesse qui forment la base de la profession d'avocat et les usages du barreau qui les consacrent»;

Considérant que l'article 14 de la Constitution aux termes duquel «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi» ne saurait affecter ladite disposition légale énumérant une partie des attributions des Conseils de l'Ordre parmi lesquelles ne figurent ni le pouvoir de l'établissement des peines ni celui de leur application;

**Quant à la seconde question:**

Considérant que l'article 27 de la loi précitée du 10 août 1991 est de la teneur suivante:

*«(1) Le Conseil disciplinaire et administratif peut, suivant l'exigence des cas, prononcer les sanctions suivantes:*

*1) l'avertissement*

*2) la réprimande*

*2bis) (L.31 mai 1999) l'amende inférieure à 500 euros;*

*3) l'amende de 500 euros à 5.000 euros;*

*4) la suspension de l'exercice de la profession pour un terme qui ne peut excéder cinq ans;*

*5) l'interdiction à vie de l'exercice de la profession.*

*(2) La peine de la suspension peut être assortie du sursis pour tout ou partie de sa durée. Le bénéfice du sursis est perdu si le condamné fait l'objet d'une nouvelle peine de suspension pour un fait se situant dans les cinq ans du fait qui a donné lieu à la peine de suspension assortie du sursis.*

*(3) Le Conseil disciplinaire et administratif peut ordonner l'affichage aux lieux qu'il indique et la publication, totale ou partielle, de sa décision dans un ou plusieurs journaux ou périodiques aux frais du condamné.*

*(4) L'avocat suspendu ou interdit doit s'abstenir de tout acte de profession d'avocat au sens de l'article 2 paragraphes (1) et (2) à dater du jour où la décision est passée en force de chose jugée, à moins que le Conseil n'ait, par décision motivée, ordonné l'exécution provisoire de la décision ou fixé la date du début de l'exécution.*

*(5) (L. 18 août 1995) Le recours d'un avocat omis du tableau n'aura point d'effet suspensif, s'il n'en est autrement décidé par le conseil disciplinaire et administratif, saisi par lettre recommandée dans le délai de quarante jours à partir soit de la remise, soit de la signification, soit de l'envoi de la décision d'omission opérés selon l'un des modes prescrits à l'article 26(6).»*

Considérant qu'en droit disciplinaire la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles de base;

Considérant que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression

pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions; que le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant cependant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites et dans l'établissement des peines à encourir une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine n'en soit affecté, si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite à sanctionner et la sévérité de la peine à appliquer;

Considérant que, sans préjudice d'autres textes légaux afférents, le chapitre V de la loi précitée du 10 août 1991 énumératif des droits et des devoirs des avocats est à mettre en rapport avec l'article 27 de la même loi en ce qu'il lui fournit l'élément d'incrimination requis par l'article 14 de la Constitution et le rend ainsi conforme à celle-ci.

**Par ces motifs:**

dit que l'article 17, premier tiret de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat n'est pas affecté par l'article 14 de la Constitution,

dit que l'article 27 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est conforme à l'article 14 de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats du Grand-Duché de Luxembourg dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 24/04 du 3 décembre 2004

(MEMORIAL A n° 201, 23 décembre 2004, pp. 2962 à 2963)

*« Recevabilité, notion de juridiction – Article 17 et 27 loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat – Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines, principe de spécification – Non affectation (article 17), conformité (article 27) »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oùï Madame la vice-présidente Marion *Lanners* en son rapport;

Vu l'arrêt de renvoi no 4/04 du Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats contradictoirement rendu le 25 mai 2004;

Sur les conclusions de Jos *Stoffel*, avocat à la Cour, déposées le 14 juin 2004, les conclusions de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg déposées le 18 juin 2004 et les conclusions additionnelles de Jos *Stoffel* déposées les 25 et 30 juin 2004;

Considérant que, dans le cadre d'une poursuite disciplinaire dirigée contre Maître Jos *Stoffel*, la Cour Constitutionnelle a été saisie par le conseil disciplinaire et administratif d'appel des ordres des avocats des questions préjudicielles suivantes:

*«L'article 17, premier tiret, de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»*

*dans l'affirmative,*

*«L'article 27 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»*

#### **Sur la saisine de la Cour Constitutionnelle:**

Considérant que, d'après le Conseil de l'Ordre, les juridictions disciplinaires instituées par la loi sur la profession d'avocat ne seraient pas concernées par l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle comme ne ressortissant ni à l'ordre judiciaire ni à l'ordre administratif;

Considérant que d'après l'article 95(ter) 2e alinéa de la Constitution, la Cour Constitutionnelle est saisie par toute juridiction des questions de conformité préjudicielles y visées;

Que dès lors l'exception d'irrecevabilité tirée de l'article 6 de la loi précitée du 27 juillet 1997 n'est pas fondée;

#### **Quant à la première question:**

Considérant que l'article 17, premier tiret, de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat énonce que «le Conseil de l'Ordre est chargé de veiller à la sauvegarde de l'honneur de l'Ordre, de maintenir les principes de dignité, de probité et de

délicatesse qui forment la base de la profession d'avocat et les usages du barreau qui les consacrent»;

Considérant que l'article 14 de la Constitution aux termes duquel «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi» ne saurait affecter ladite disposition légale énumérant une partie des attributions des Conseils de l'Ordre parmi lesquelles ne figurent ni le pouvoir de l'établissement des peines ni celui de leur application;

**Quant à la seconde question:**

Considérant que l'article 27 de la loi précitée du 10 août 1991 est de la teneur suivante:

*«(1) Le Conseil disciplinaire et administratif peut, suivant l'exigence des cas, prononcer les sanctions suivantes:*

*1) l'avertissement*

*2) la réprimande*

*2bis) (L.31 mai 1999) l'amende inférieure à 500 euros;*

*3) l'amende de 500 euros à 5.000 euros;*

*4) la suspension de l'exercice de la profession pour un terme qui ne peut excéder cinq ans;*

*5) l'interdiction à vie de l'exercice de la profession.*

*(2) La peine de la suspension peut être assortie du sursis pour tout ou partie de sa durée. Le bénéfice du sursis est perdu si le condamné fait l'objet d'une nouvelle peine de suspension pour un fait se situant dans les cinq ans du fait qui a donné lieu à la peine de suspension assortie du sursis.*

*(3) Le Conseil disciplinaire et administratif peut ordonner l'affichage aux lieux qu'il indique et la publication, totale ou partielle, de sa décision dans un ou plusieurs journaux ou périodiques aux frais du condamné.*

*(4) L'avocat suspendu ou interdit doit s'abstenir de tout acte de profession d'avocat au sens de l'article 2 paragraphes (1) et (2) à dater du jour où la décision est passée en force de chose jugée, à moins que le Conseil n'ait, par décision motivée, ordonné l'exécution provisoire de la décision ou fixé la date du début de l'exécution.*

*(5) (L. 18 août 1995) Le recours d'un avocat omis du tableau n'aura point d'effet suspensif, s'il n'en est autrement décidé par le conseil disciplinaire et administratif, saisi par lettre recommandée dans le délai de quarante jours à partir soit de la remise, soit de la signification, soit de l'envoi de la décision d'omission opérés selon l'un des modes prescrits à l'article 26(6).»*

Considérant qu'en droit disciplinaire la légalité des peines suit les principes généraux du droit pénal et doit observer les mêmes exigences constitutionnelles de base;

Considérant que le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et de préciser le degré de répression

pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la portée de ces dispositions; que le principe de la spécification est le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant cependant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites et dans l'établissement des peines à encourir une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination et de la peine n'en soit affecté, si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite à sanctionner et la sévérité de la peine à appliquer;

Considérant que, sans préjudice d'autres textes légaux afférents, le chapitre V de la loi précitée du 10 août 1991 énumératif des droits et des devoirs des avocats est à mettre en rapport avec l'article 27 de la même loi en ce qu'il lui fournit l'élément d'incrimination requis par l'article 14 de la Constitution et le rend ainsi conforme à celle-ci.

**Par ces motifs:**

dit que l'article 17, premier tiret de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat n'est pas affecté par l'article 14 de la Constitution,

dit que l'article 27 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat est conforme à l'article 14 de la Constitution,

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de Législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats du Grand-Duché de Luxembourg dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 25/05 du 7 janvier 2005

(MEMORIAL A n° 8, 26 janvier 2005, pp. 73 à 75)

*« Article 349 du Code Civil, adoption, enfant légitime, plénièrement adopté – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oui Monsieur le conseiller Jean JENTGEN en son rapport et sur les conclusions de X et Y, déposées au greffe de la Cour le 8 juillet 2004 ainsi que celles déposées le 12 juillet 2004 par Monsieur le premier avocat général Georges WIVENES;

Vu le jugement de renvoi rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 4e chambre, siégeant en matière civile à la date du 27 mai 2004;

Considérant que cette juridiction a, dans le cadre d'une demande tendant à l'adoption simple de Y, ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière par U et V, présentée par son père biologique X, saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«L'article 349 du code civil en ce qu'il limite la possibilité de procéder à l'adoption simple d'un enfant déjà adopté plénièrement à deux hypothèses est-il compatible avec l'article 10bis de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi alors que l'enfant légitime auquel l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est assimilé en vertu de l'article 368 du code civil peut faire l'objet d'une adoption simple en dehors des deux cas d'ouverture visés à l'article 349 du code civil ?»*

Considérant que l'article 349 du Code civil concernant les règles de l'adoption simple, rendu applicable à l'adoption plénière par l'article 367-3 du même code dispose que «Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes. Toutefois, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après le décès de l'adoptant ou des deux adoptants, soit encore après le décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.».

Considérant que l'article 368 du Code civil alinéa premier traitant des effets de l'adoption plénière, stipule que: «L'adoption confère à l'adopté et à ses descendants les mêmes droits et obligations que s'il était né du mariage des adoptants. Cette filiation se substitue à sa filiation d'origine, et l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang . . .».

Considérant que selon l'article 368-3 du Code civil, «L'adoption plénière est irrévocable.»;

Considérant que par la prohibition inscrite à l'article 349 du Code civil, énoncée ci-dessus, la loi crée une différence de traitement entre l'enfant dit légitime et l'enfant

plénièrement adopté, le second étant pourtant assimilé au premier par l'article 368 du Code civil;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but;

Considérant que les notions d'enfant légitime et d'enfant plénièrement adopté sont analogues de par la volonté même du législateur, exprimée dans l'article 368 du Code civil;

Considérant que la différence entre les deux catégories de personnes repose sur un critère objectif, qui est d'avoir ou non fait l'objet d'une adoption plénière;

Considérant que l'institution de l'adoption a pour finalité première l'intérêt de la personne adoptée;

Considérant que la prohibition des adoptions successives a pour raison la stabilité des liens de la parenté adoptive; que cette considération est de prime abord conforme à cet intérêt et est rationnellement justifiée;

Considérant cependant que dans le cas d'une adoption plénière, irrévocable, effaçant tout lien de parenté antérieur de l'adopté et assimilant celui-ci à l'enfant légitime, la loi, en n'admettant comme seule exception à la prohibition édictée que la mort de l'un ou des deux parents adoptifs sans prévoir d'autres causes graves anéantissant l'objectif de la prohibition et pouvant justifier une seconde adoption dans l'intérêt de l'enfant, crée une disproportion entre la situation de l'enfant plénièrement adopté et celle de l'enfant légitime qui peut bénéficier d'une adoption;

Considérant dès lors que sous ce rapport, l'article 349 du Code civil est inconciliable avec l'article 10bis de la Constitution.

**Par ces motifs :**

dit que l'article 349 du Code civil, en ce qu'il limite la possibilité de l'adoption simple d'un enfant plénièrement adopté aux seules hypothèses de la mort de l'un ou des deux adoptants n'est pas conforme à l'article 10bis de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation, et qu'il soit fait abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la juridiction dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 26/05 du 8 juillet 2005

(MEMORIAL A n° 106, 22 juillet 2005, pp. 1853 à 1856)

*« Loi du 16 avril 1979 modifiée fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, limitation du droit de réintégration dans son administration d'origine – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Ouï Monsieur le conseiller Jean-Mathias GOERENS en son rapport et sur les conclusions déposées par Marie-Jeanne WEBER en date des 16 mars et 18 avril 2005 et celles déposées par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg en date du 18 mars 2005;

Vu le jugement rendu par le tribunal administratif, deuxième chambre, à la date du 16 février 2005;

Considérant que cette juridiction a, dans le cadre d'un recours dirigé par Marie-Jeanne WEBER, épouse GLOD contre des décisions du ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative des 16 décembre 2003 et 22 juin 2004 et du ministre de la Justice du 7 décembre 1987, saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante: *«L'article VIII, point 2) de la loi du 19 mai 2003 portant notamment modification de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, en ce qu'il limite le droit de réintégrer le service de l'Etat dans son administration d'origine, par dépassement des effectifs, selon les modalités y plus amplement spécifiées, aux fonctionnaires qui, avant le 1er janvier 1984, soit ont démissionné de leurs fonctions pour élever un ou plusieurs enfants à leur charge, soit se trouvaient à cette date en congé de maternité, en congé sans traitement ou en congé pour travail à mi-temps et qui ont dû démissionner consécutivement à ce congé en raison de la non-prolongation du congé sans traitement respectivement du congé pour travail à mi-temps, est-il conforme à l'article 10bis, point 1) de la Constitution aux termes duquel «les Luxembourgeois sont égaux devant la loi » ?»;*

Considérant que les dispositions pertinentes de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat en vigueur avant le changement intervenu par le biais de la loi du 13 décembre 1983, entrée en vigueur le 1er janvier 1984, ont porté, en ce qui concerne le congé sans traitement consécutif à un congé de maternité, ce qui suit:

*«Art. 29: Congé de maternité*

*... .*

*2. Un congé sans traitement jusqu'à un an, consécutif au congé de maternité, peut être accordé.*

. . . »

Considérant que la même loi stipulait en son article 30.1.c

*«A condition que les nécessités du service ne s'y opposent pas, un congé sans traitement (sans limitation de durée) peut, exceptionnellement, être accordé au fonctionnaire . . . »*

Considérant toutefois qu'il résulte des travaux préparatoires de la même loi (Doc. parl. 1907/3 Avis du Conseil d'Etat p.29) que les dispositions de l'article 30 qui permettaient la prolongation du congé sans traitement au-delà d'une année ne s'appliquaient pas, vu la teneur de l'article 29.2, au congé consécutif au congé de maternité;

Considérant que la loi du 13 décembre 1983, entrée en vigueur le 1er janvier 1984, a modifié celle précitée du 16 avril 1979 en disposant en son article 1er, 9°:

*«Art. Congés sans traitement*

*1. Le fonctionnaire a droit, sur sa demande, à un congé sans traitement consécutivement à un congé de maternité . . .*

*Ce congé sans traitement ne peut dépasser une année . . . »*

Que la même loi a introduit dans la loi de 1979 un article 31-1 prévoyant notamment que:

*«Art. 31-1. Cessation provisoire des fonctions.*

*1. A l'expiration du congé sans traitement accordé conformément aux dispositions de l'article 30 paragraphe 1 . . . , le fonctionnaire peut être autorisé, . . . à cesser provisoirement ses fonctions pour élever un ou plusieurs enfants à charge de moins de quinze ans.*

*2. A l'expiration du terme découlant du paragraphe 1, le fonctionnaire peut, en adressant une demande écrite au Gouvernement et en observant un préavis d'au moins quatre mois, demander la réintégration à plein temps dans son administration d'origine.*

*La réintégration ne se fait qu'à la condition qu'il existe une vacance de poste dans l'administration et dans la carrière d'origine. Elle rétablit, par dérogation aux conditions déterminées normalement par les lois et règlements en vue de l'admission au service de l'Etat en qualité de fonctionnaire, la situation de carrière du fonctionnaire antérieure à la cessation provisoire des fonctions»;*

Considérant que ces dispositions ont été reprises en substance par la loi du 24 juin 1987 qui a modifié l'article 30 de loi du 16 avril 1979 par les dispositions suivantes:

*«1. Le fonctionnaire a droit, à sa demande, à un congé sans traitement consécutivement à un congé de maternité . . .*

*Le congé sans traitement visé par le présent paragraphe ne peut dépasser une année . . .*

*b) Le paragraphe 2 est remplacé comme suit:*

2. *Un congé sans traitement peut être accordé au fonctionnaire sur sa demande dans les cas visés ci-après:*

a) *Pour élever un ou plusieurs enfants à charge de moins de quinze ans, . . .»*

Considérant que l'examen des dispositions législatives régissant la matière avant et après l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1984 de la loi du 13 décembre 1983 fait retenir que la situation, pour les personnes ayant démissionné suite à l'impossibilité légale d'obtenir un congé sans traitement au-delà d'une année avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 décembre 1983 et celles qui se sont vu opposer un refus de se voir accorder ledit congé après l'entrée en vigueur de la loi est comparable;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but;

Considérant qu'il existe entre les deux situations prédécrites une différence objective en ce que, pour la période antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1984, l'octroi d'un congé sans traitement au-delà de la durée d'une année et consécutive à un congé de maternité a été légalement impossible alors qu'après la date en question l'octroi du même congé était possible mais laissé à l'appréciation de l'autorité administrative;

Considérant toutefois que la limitation de la disposition de la loi du 19 mai 2003 accordant le bénéfice de la réintégration dans le service de l'Etat par dépassement des effectifs et selon les modalités plus amplement spécifiées dans la loi aux seules personnes y visées, à l'exception de celles qui ont pu se trouver postérieurement à la date du 1<sup>er</sup> janvier 1984 en situation d'avoir démissionné pour les mêmes raisons, notamment par l'effet d'un refus d'un congé sans traitement dont le bénéfice était possible mais facultatif sous l'empire de la loi du 14 décembre 1983, n'est pas rationnellement justifiée ni ne répond au critère de la proportionnalité;

qu'en effet, la limitation du bénéfice d'une disposition destinée à supprimer une situation de rigueur à une partie seulement des personnes potentiellement concernées ne se justifie pas au regard de ces principes, le but et l'effet de la loi étant de permettre une réintégration dans les services de l'Etat sans préjudice de carrière aux fonctionnaires qui, pour des raisons d'ordre familial, ont quitté dans le passé leur emploi;

que dès lors, en limitant le droit de réintégrer le service de l'Etat dans son administration d'origine, par dépassement des effectifs, selon les modalités y plus amplement spécifiées, aux fonctionnaires qui, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1984, soit ont démissionné de leurs fonctions pour élever un ou plusieurs enfants à leur charge, soit se trouvaient à cette date en congé de maternité, en congé sans traitement ou en congé pour travail à mi-temps et qui ont dû démissionner consécutivement à ce congé en raison de la non-prolongation du congé sans traitement, l'article VIII, point 2) de la loi du 19 mai 2003 portant notamment modification de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat est contraire à l'article 10bis, point 1 de la Constitution;

considérant qu'il n'y a pas lieu de statuer sur des frais, la procédure devant la Cour constitutionnelle étant gratuite;

**Par ces motifs:**

dit que l'article VIII, point 2) de la loi du 19 mai 2003 portant modification de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, en ce qu'il limite le droit de réintégrer le service de l'Etat dans son administration d'origine, par dépassement des effectifs, selon les modalités y plus amplement spécifiées, aux fonctionnaires qui, avant le 1er janvier 1984, soit ont démissionné de leurs fonctions pour élever un ou plusieurs enfants à leur charge, soit se trouvaient à cette date en congé de maternité, en congé sans traitement ou en congé pour travail à mi-temps et qui ont dû démissionner consécutivement à ce congé en raison de la non-prolongation du congé sans traitement, n'est pas conforme à l'article 10bis point 1) de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 27/05 du 14 octobre 2005

(MEMORIAL A n° 178, 31 octobre 2005, pp. 2935 à 2937)

*« Article 98 de la loi du 31 mai 1999 modifiée portant création d'un corps de police grand-ducale, placement hors cadre des commissaires-enquêteurs, compensation – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Où Monsieur le conseiller Marc SCHLUNGS en son rapport et sur les conclusions principales et additionnelles de l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg et de Daniel REIFFERS déposées les 14 et 20 avril ainsi que les 4 et 13 mai 2005 au greffe de la Cour constitutionnelle;

Vu l'arrêt du 8 mars 2005 par lequel la Cour administrative, avant de statuer sur l'appel relevé d'un jugement ayant rejeté le recours de Daniel REIFFERS contre un arrêté grand-ducal ayant refusé à celui-ci l'avancement au grade de commissaire divisionnaire adjoint de la Police, a posé à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«En tant que l'article 98, paragraphes 1 et 5 de la loi du 31 mai 1999 portant création d'un corps de police grand-ducale et d'une inspection générale de la police, loi complétée par l'article 55 de la loi du 22 décembre 2000 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat, en ce que ces textes placent hors cadre les commissaires-enquêteurs en exercice lors de l'entrée en vigueur de la prédite loi, en ce que les fonctionnaires de l'ancienne carrière du commissaire-enquêteur n'ont pas atteint le grade P10 au bout de six années de bons et loyaux services et ne bénéficient alors que d'un avancement en traitement correspondant au grade P10, ledit article en ce qu'il introduit une discrimination au niveau de la carrière du commissaire enquêteur entre les anciens commissaires-enquêteurs et ceux qui sont nouvellement recrutés sous le nouveau régime, tout comme pour ce qui concerne les anciens commissaires-enquêteurs par rapport aux autres professions visées par la loi du 31 mai 1999 qui bénéficient de l'avancement dans le cadre ouvert conformément à l'article 12, paragraphe 4, al. 2 de la loi modifiée du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement, est-il conforme à l'article 10bis, al. 1 de la Constitution qui dispose que les Luxembourgeois sont égaux devant la loi?»*

Considérant que l'article 98 paragraphe 1 de la loi du 31 mai 1999 portant création d'un corps de police grand-ducale et d'une inspection générale de la police dispose que les commissaires-enquêteurs issus de la loi du 29 mai 1992 relative au service de police judiciaire sont intégrés dans le cadre supérieur de la Police et placés hors cadre; que cette dernière mesure signifie qu'ils ne peuvent aux termes de l'article 26 paragraphe 2 de la même loi bénéficier d'une promotion qu'au moment où un

collègue du cadre proprement dit de rang égal ou immédiatement inférieur obtient un avancement en grade;

Considérant cependant que cet inconvénient de rattachement se trouve compensé par le même article 98 qui prévoit en son paragraphe 5, complété par l'article 55 de la loi du 22 décembre 2000 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat de l'exercice 2001, pour les fonctionnaires de l'ancienne carrière du commissaire-enquêteur à échéances préfixes des avancements en traitement correspondant au grade P9, 10, 11 et 12 du cadre supérieur de la Police; que l'extension de ces progressions en rémunération dépasse celle des promotions automatiques instituées par l'article 12 sub 4 de la loi du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat et que la cadence en est plus rapide que l'avancement correspondant des anciens officiers de Gendarmerie et de Police aux grades P9 et 10 pour lesquels en plus les indices de certains échelons dans les grades P8 et P9 ont été réduits.

Considérant que, si les fonctionnaires de la susdite carrière ont été globalement mis hors cadre par l'article 98.1 de la loi du 31 mai 1999, aucune disposition légale à l'exception du point 6. du même article, qui ne joue pas en l'espèce, ne s'oppose à la nomination des concernés dans un autre service actif de la Police s'il n'y a pas de contre-indication au sens de l'article 5 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat;

d'où il suit que si la loi a institué à l'égard des anciens commissaires-enquêteurs un régime différent des autres membres du cadre supérieur de la police grand-ducale, cette diversité, du fait de ne pas être dans le cadre du présent litige lésionnaire par rapport au statut de comparaison, n'est pas de nature à constituer la condition préalable d'un grief nécessaire à l'existence d'une inégalité susceptible de violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution.

**Par ces motifs:**

dit que l'article 98 en ses paragraphes 1 et 5 modifié de la loi du 31 mai 1999 portant création d'un corps de police grand-ducale et d'une inspection générale de la police n'est pas contraire à l'article 10 bis (1) de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle à la Cour administrative dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 28/05 du 23 décembre 2005

(MEMORIAL A n° 1 5, janvier 2006, pp. 1 à 3)

*« Article 18 de la loi du 29 avril 1983 concernant l'exercice de la profession de médecin, médecin-dentiste et médecin-vétérinaire – Procédure d'adoption du Code de déontologie des professions de médecin et médecin-dentiste – Article 36 ancien, pouvoir réglementaire du Grand-Duc, et article 11 ancien de la Constitution – Domaine de la loi et domaine réglementaire – Violation »*

(...)

### LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Oui Madame la conseillère Marie-Paule ENGEL en son rapport et sur les conclusions déposées le 26 juillet 2005 par X au greffe de la Cour constitutionnelle;

Vu la décision de renvoi rendue le 27 juin 2005 par le conseil de discipline du Collège médical, transmise le 30 juin 2005 au greffe de la Cour constitutionnelle;

Considérant que le conseil de discipline du Collège médical a, dans le cadre d'une poursuite disciplinaire à charge de X, saisi la Cour constitutionnelle de la question suivante: *«l'article 18 alinéa 2 de la loi du 29 avril 1983 concernant l'exercice de la profession de médecin, médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire est-il conforme à l'article 36 ancien de la Constitution?»*.

Considérant que l'article 18 (2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 est de la teneur suivante: «Un code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste est édicté par le collège médical et approuvé par le ministre de la santé. Ce code est publié au Mémorial.»

Considérant qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 novembre 2004 portant

1. révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 36 et 76 de la Constitution;
2. création d'un article 108 bis nouveau de la Constitution;

l'article 36 de la Constitution disposait: «Le Grand-Duc fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution»;

Considérant que l'article 18 (2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 délègue l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc;

d'où il suit que, sans préjudice des dispositions de l'article 11 ancien de la Constitution réservant au pouvoir législatif le droit d'établir des restrictions à l'exercice de la profession libérale, l'article 18 (2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 n'a pas respecté le pouvoir exclusif de réglementation attribué au Grand-Duc par l'article 36 de la Constitution telle qu'elle était en vigueur avant les modifications introduites par la loi du 19 novembre 2004.

**Par ces motifs:**

dit que l'article 18 (2) de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice de la profession de médecin, médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire n'est pas conforme à l'article 36 ancien de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au conseil de discipline du Collège médical dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction;

ordonne qu'il sera fait abstraction des nom et prénom de X lors de la publication de l'arrêt au Mémorial.

## Arrêt 29/06 du 7 avril 2006

(MEMORIAL A n° 69, 21 avril 2006, pp. 1334 à 1335)

*« Article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, exclusion des personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 111 de la Constitution, droit des étrangers – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de Maggy BERCKES contre un jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales qui avait confirmé une décision préalable du comité-directeur du FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE portant rejet de sa demande en obtention du forfait d'éducation créé par la loi du 25 juin 2002, ceci sur le fondement de l'article 7, alinéa 2 de celle-ci, le Conseil supérieur des Assurances sociales, a, avant dire droit au fond, par arrêt du 7 novembre 2005 saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«La disposition de l'article 7, alinéa 2 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, aux termes de laquelle les personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international en sont exclues, est-elle conforme à l'article 10 bis (1) de la Constitution?»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 28 juin 2002 *«le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert . . . à partir de l'octroi d'une pension personnelle»;*

Que l'article 7 de cette loi stipule en son premier alinéa que le *«forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature»;*

Qu'en son second alinéa cet article dispose que *«le forfait n'est pas dû aux personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international»;*

Considérant qu'en tant que bénéficiaire d'une pension en raison de son activité auprès des Communautés Européennes, donc d'un organisme international, Maggy BERCKES tombe sous l'application de l'article 7, alinéa 2, précité;

Considérant que l'article 10 bis (1) dispose que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises dans les termes suivants: *«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*, la loi du 28 juin 2002 ne comportant pas d'exception sous ce rapport;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes comparables à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que les deux catégories de personnes, l'une bénéficiaire du forfait d'éducation et l'autre en étant exclue, sont comparables de par le droit qu'elles ont chacune à une pension versée par une institution de sécurité sociale;

Considérant que la disparité objective qui les sépare réside dans l'affiliation des bénéficiaires à un organisme de sécurité sociale national et celle des exclus à un système international;

Considérant que si l'alinéa premier de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 contient une limitation quant à des personnes touchant des allocations de même nature de la part d'institutions étrangères, fondée raisonnablement sur le but d'éviter des cumuls (Documents parlementaires n° 4887, exposé des motifs, page 21), l'alinéa deux de cet article édicte une exclusion qui a pour unique fondement l'affiliation des personnes concernées à un régime international;

Considérant cependant que cette disparité ne saurait en elle-même, à elle seule et sans autre raison déterminante justifier rationnellement la différence de traitement instaurée au regard de la finalité de la loi du 28 juin 2002;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 7 alinéa 2 de cette loi se heurte aux articles 10 bis (1) et, au besoin 111 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

la Cour constitutionnelle dit que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation n'est pas conforme aux articles 10 bis (1) et au besoin 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur des Assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 30/06 du 7 avril 2006

(MEMORIAL A n° 69, 21 avril 2006, pp. 1336 à 1337)

*« Article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, exclusion des personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 111 de la Constitution, droit des étrangers – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de Marie-Jeanne AMBROISE contre un jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales qui avait confirmé une décision préalable du comité-directeur du FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE portant rejet de sa demande en obtention du forfait d'éducation créé par la loi du 25 juin 2002, ceci sur le fondement de l'article 7, alinéa 2 de celle-ci, le Conseil supérieur des Assurances sociales, a, avant dire droit au fond, par arrêt du 7 novembre 2005 saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«La disposition de l'article 7, alinéa 2 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, aux termes de laquelle les personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international en sont exclues, est-elle conforme à l'article 10 bis (1) de la Constitution?»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 28 juin 2002 *«le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert . . . à partir de l'octroi d'une pension personnelle»;*

Que l'article 7 de cette loi stipule en son premier alinéa que le *«forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature»;*

Qu'en son second alinéa cet article dispose que *«le forfait n'est pas dû aux personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international»;*

Considérant qu'en tant que bénéficiaire d'une pension en raison de son activité auprès des Communautés Européennes, donc d'un organisme international, Marie-Jeanne AMBROISE tombe sous l'application de l'article 7, alinéa2, précité;

Considérant que l'article 10 bis (1) dispose que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises dans les termes suivants: *«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*, la loi du 28 juin 2002 ne comportant pas d'exception sous ce rapport;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes comparables à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que les deux catégories de personnes, l'une bénéficiaire du forfait d'éducation et l'autre en étant exclue, sont comparables de par le droit qu'elles ont chacune à une pension versée par une institution de sécurité sociale;

Considérant que la disparité objective qui les sépare réside dans l'affiliation des bénéficiaires à un organisme de sécurité sociale national et celle des exclus à un système international;

Considérant que si l'alinéa premier de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 contient une limitation quant à des personnes touchant des allocations de même nature de la part d'institutions étrangères, fondée raisonnablement sur le but d'éviter des cumuls (Documents parlementaires n° 4887, exposé des motifs, page 21), l'alinéa deux de cet article édicte une exclusion qui a pour unique fondement l'affiliation des personnes concernées à un régime international;

Considérant cependant que cette disparité ne saurait en elle-même, à elle seule et sans autre raison déterminante justifier rationnellement la différence de traitement instaurée au regard de la finalité de la loi du 28 juin 2002;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 7 alinéa 2 de cette loi se heurte aux articles 10 bis (1) et, au besoin 111 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

la Cour constitutionnelle dit que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation n'est pas conforme aux articles 10 bis (1) et au besoin 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur des Assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 31/06 du 7 avril 2006

(MEMORIAL A n° 69, 21 avril 2006, pp. 1338 à 1339)

*« Article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, exclusion des personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 111 de la Constitution, droit des étrangers – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de BIWER Josée Catherine contre un jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales qui avait confirmé une décision préalable du comité-directeur du FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE portant rejet de sa demande en obtention du forfait d'éducation créé par la loi du 25 juin 2002, ceci sur le fondement de l'article 7, alinéa 2 de celle-ci, le Conseil supérieur des Assurances sociales, a, avant dire droit au fond, par arrêt du 7 novembre 2005 saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«La disposition de l'article 7, alinéa 2 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, aux termes de laquelle les personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international en sont exclues, est-elle conforme à l'article 10 bis (1) de la Constitution?»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 28 juin 2002 *«le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert . . . à partir de l'octroi d'une pension personnelle»;*

Que l'article 7 de cette loi stipule en son premier alinéa que le *«forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature»;*

Qu'en son second alinéa cet article dispose que *«le forfait n'est pas dû aux personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international»;*

Considérant qu'en tant que bénéficiaire d'une pension en raison de son activité auprès des Communautés Européennes, donc d'un organisme international, Josée Catherine BIWER tombe sous l'application de l'article 7, alinéa 2, précité;

Considérant que l'article 10 bis (1) dispose que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises dans les termes suivants: *«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*, la loi du 28 juin 2002 ne comportant pas d'exception sous ce rapport;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes comparables à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que les deux catégories de personnes, l'une bénéficiaire du forfait d'éducation et l'autre en étant exclue, sont comparables de par le droit qu'elles ont chacune à une pension versée par une institution de sécurité sociale;

Considérant que la disparité objective qui les sépare réside dans l'affiliation des bénéficiaires à un organisme de sécurité sociale national et celle des exclus à un système international;

Considérant que si l'alinéa premier de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 contient une limitation quant à des personnes touchant des allocations de même nature de la part d'institutions étrangères, fondée raisonnablement sur le but d'éviter des cumuls (Documents parlementaires n° 4887, exposé des motifs, page 21), l'alinéa deux de cet article édicte une exclusion qui a pour unique fondement l'affiliation des personnes concernées à un régime international;

Considérant cependant que cette disparité ne saurait en elle-même, à elle seule et sans autre raison déterminante justifier rationnellement la différence de traitement instaurée au regard de la finalité de la loi du 28 juin 2002;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 7 alinéa 2 de cette loi se heurte aux articles 10 bis (1) et, au besoin 111 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

La Cour constitutionnelle dit que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation n'est pas conforme aux articles 10 bis (1) et au besoin 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur des Assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 32/06 du 7 avril 2006

(MEMORIAL A n° 69, 21 avril 2006, pp. 1340 à 1341)

*« Article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, exclusion des personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 111 de la Constitution, droit des étrangers – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de Sigrid Lina Greta STOLBERG contre un jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales qui avait confirmé une décision préalable du comité-directeur du FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE portant rejet de sa demande en obtention du forfait d'éducation créé par la loi du 25 juin 2002, ceci sur le fondement de l'article 7, alinéa 2 de celle-ci, le Conseil supérieur des Assurances sociales, a, avant dire droit au fond, par arrêt du 7 novembre 2005 saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«La disposition de l'article 7, alinéa 2 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, aux termes de laquelle les personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international en sont exclues, est-elle conforme à l'article 10 bis (1) de la Constitution?»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 28 juin 2002 *«le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert . . . à partir de l'octroi d'une pension personnelle»;*

Que l'article 7 de cette loi stipule en son premier alinéa que le *«forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature»;*

Qu'en son second alinéa cet article dispose que *«le forfait n'est pas dû aux personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international»;*

Considérant qu'en tant que bénéficiaire d'une pension en raison de son activité auprès des Communautés Européennes, donc d'un organisme international, Sigrid Lina Greta STOLBERG tombe sous l'application de l'article 7, alinéa 2, précité;

Considérant que l'article 10 bis (1) dispose que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises dans les termes suivants: *«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*, la loi du 28 juin 2002 ne comportant pas d'exception sous ce rapport ;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes comparables à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que les deux catégories de personnes, l'une bénéficiaire du forfait d'éducation et l'autre en étant exclue, sont comparables de par le droit qu'elles ont chacune à une pension versée par une institution de sécurité sociale;

Considérant que la disparité objective qui les sépare réside dans l'affiliation des bénéficiaires à un organisme de sécurité sociale national et celle des exclus à un système international;

Considérant que si l'alinéa premier de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 contient une limitation quant à des personnes touchant des allocations de même nature de la part d'institutions étrangères, fondée raisonnablement sur le but d'éviter des cumuls (Documents parlementaires n° 4887, exposé des motifs, page 21), l'alinéa deux de cet article édicte une exclusion qui a pour unique fondement l'affiliation des personnes concernées à un régime international;

Considérant cependant que cette disparité ne saurait en elle-même, à elle seule et sans autre raison déterminante justifier rationnellement la différence de traitement instaurée au regard de la finalité de la loi du 28 juin 2002;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 7 alinéa 2 de cette loi se heurte aux articles 10 bis (1) et, au besoin 111 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

la Cour constitutionnelle dit que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation n'est pas conforme aux articles 10 bis (1) et au besoin 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur des Assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 33/06 du 7 avril 2006

(MEMORIAL A n° 69, 21 avril 2006, pp. 1342 à 1343)

*« Article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, exclusion des personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi, article 111 de la Constitution, droit des étrangers – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisi en instance d'appel d'un recours de Christine HANSEN contre un jugement du Conseil arbitral des Assurances sociales qui avait confirmé une décision préalable du comité-directeur du FONDS NATIONAL DE SOLIDARITE portant rejet de sa demande en obtention du forfait d'éducation créé par la loi du 25 juin 2002, ceci sur le fondement de l'article 7, alinéa 2 de celle-ci, le Conseil supérieur des Assurances sociales, a, avant dire droit au fond, par arrêt du 7 novembre 2005 saisi la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«La disposition de l'article 7, alinéa 2 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation, aux termes de laquelle les personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international en sont exclues, est-elle conforme à l'article 10 bis (1) de la Constitution?»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 28 juin 2002 *«le bénéfice du forfait d'éducation est ouvert . . . à partir de l'octroi d'une pension personnelle»;*

Que l'article 7 de cette loi stipule en son premier alinéa que le *«forfait d'éducation est suspendu jusqu'à concurrence des prestations non luxembourgeoises de même nature»;*

Qu'en son second alinéa cet article dispose que *«le forfait n'est pas dû aux personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international»;*

Considérant qu'en tant que bénéficiaire d'une pension en raison de son activité auprès des Communautés Européennes, donc d'un organisme international, Christine HANSEN tombe sous l'application de l'article 7, alinéa 2, précité;

Considérant que l'article 10 bis (1) dispose que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Que l'article 111 de la loi fondamentale, que la Cour ajoute au besoin, étend cette garantie à des personnes non luxembourgeoises dans les termes suivants: *«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi»*, la loi du 28 juin 2002 ne comportant pas d'exception sous ce rapport;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes comparables à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Considérant que les deux catégories de personnes, l'une bénéficiaire du forfait d'éducation et l'autre en étant exclue, sont comparables de par le droit qu'elles ont chacune à une pension versée par une institution de sécurité sociale;

Considérant que la disparité objective qui les sépare réside dans l'affiliation des bénéficiaires à un organisme de sécurité sociale national et celle des exclus à un système international;

Considérant que si l'alinéa premier de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 contient une limitation quant à des personnes touchant des allocations de même nature de la part d'institutions étrangères, fondée raisonnablement sur le but d'éviter des cumuls (Documents parlementaires n° 4887, exposé des motifs, page 21), l'alinéa deux de cet article édicte une exclusion qui a pour unique fondement l'affiliation des personnes concernées à un régime international;

Considérant cependant que cette disparité ne saurait en elle-même, à elle seule et sans autre raison déterminante justifier rationnellement la différence de traitement instaurée au regard de la finalité de la loi du 28 juin 2002;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 7 alinéa 2 de cette loi se heurte aux articles 10 bis (1) et, au besoin 111 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

la Cour constitutionnelle dit que l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi du 28 juin 2002 portant création d'un forfait d'éducation n'est pas conforme aux articles 10 bis (1) et au besoin 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour constitutionnelle au Conseil supérieur des Assurances sociales dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 34/06 du 12 mai 2006

(MEMORIAL A n° 96, 31 mai 2006, pp. 1800 à 1801)

*« Loi modifiée du 16 août 1967, création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, procédure d'expropriation – Indemnisation complète après privation de la propriété – Article 16 de la Constitution, droit de propriété, expropriation pour cause d'utilité publique, indemnisation juste et préalable – Violation partielle »*

(...)

### La Cour

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg saisi par l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg d'une demande d'expropriation pour cause d'utilité publique contre les dames Berthe LINSTER et Yvonne LINSTER a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«Les articles 26, 27, 34 et 35 de la loi modifiée du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes, dans la mesure où ils prévoient les étapes de la procédure d'expropriation et d'indemnisation, et une chronologie des jugements à intervenir dès avant le paiement de l'indemnité d'expropriation, en ce qu'ils disposent que, dès son premier jugement, le tribunal constate l'accomplissement régulier des formalités de l'expropriation et fait droit à la requête en expropriation, que ce jugement est transcrit au registre du conservateur des hypothèques, et que ce n'est que dans son deuxième jugement que le tribunal détermine l'indemnité d'expropriation, tandis que le paiement de l'indemnité d'expropriation n'intervient que dans un troisième temps, après le jugement ayant d'ores et déjà fait droit à la requête en expropriation et après la transcription de ce jugement, sont-ils conformes à l'article 16 de la Constitution qui dispose: «Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité»?*

Considérant que toute disposition légale permettant le transfert total ou partiel du droit de propriété avant le versement intégral de la juste indemnité est contraire à l'article 16 de la Constitution qui dispose que «Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique dans le cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité»;

Considérant que le jugement prévu à l'article 27 de la loi du 16 août 1967, faisant droit à la requête de l'expropriant opère le passage du fonds concerné du patrimoine de l'exproprié dans celui du requérant et que la transcription de cette décision sur le registre du conservateur des hypothèques rend le transfert opposable aux tiers;

Considérant que le même article 27 ne prévoit à titre d'indemnité qu'une simple avance provisionnelle quitte à voir fixer ultérieurement le dédommagement définitif

sur base d'une évaluation par experts; que cette disposition légale n'est dès lors pas conforme à l'article 16 de la Constitution qui exige une indemnité juste et préalable;

Considérant que les articles 34 et 35 de la loi du 16 août 1967 déterminant la procédure de l'indemnisation complète se déroulant après la privation de la propriété, doivent au même titre encourir la sanction de non-conformité à la Constitution;

Considérant cependant que l'article 26 de la loi du 16 août 1967, neutre par rapport au système irrégulier d'expropriation, n'est pas contraire à la Loi fondamentale;

**Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle dit que les articles 27, 34 et 35 de la loi du 16 août 1967 ayant pour objet la création d'une grande voirie de communication et d'un fonds des routes ne sont pas conformes à l'article 16 de la Constitution;

dit que l'article 26 de la même loi n'y est pas contraire;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 35/06 du 12 mai 2006

(MEMORIAL A n° 96, 31 mai 2006, pp. 1802 à 1803)

*« Loi modifiée du 15 mars 1979, expropriation pour cause d'utilité publique, procédure d'expropriation et d'indemnisation – Indemnisation complète après privation de la propriété – Article 16 de la Constitution, droit de propriété, expropriation pour cause d'utilité publique, indemnisation juste et préalable – Violation partielle »*

(...)

### La Cour

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg saisi par le SYNDICAT d'une demande d'expropriation pour cause d'utilité publique dirigée contre Jean-Marc BECK a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«Les articles 27, 28, 35 et 36 de la loi modifiée du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans la mesure où ils prévoient les étapes de la procédure d'expropriation et d'indemnisation, et une chronologie des jugements à intervenir dès avant le paiement de l'indemnité d'expropriation, en ce qu'ils disposent que, dès son premier jugement, le tribunal constate l'accomplissement régulier des formalités de l'expropriation et fait droit à la requête en expropriation, que ce jugement est transcrit au registre du conservateur des hypothèques, et que ce n'est que dans son deuxième jugement que le tribunal détermine l'indemnité d'expropriation, tandis que le paiement de l'indemnité d'expropriation n'intervient que dans un troisième temps, après le jugement ayant d'ores et déjà fait droit à la requête en expropriation et après la transcription de ce jugement, sont-ils conformes à l'article 16 de la Constitution qui dispose que «Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité»?;*

Considérant que toute disposition légale permettant le transfert total ou partiel du droit de propriété avant le versement intégral de la juste indemnité est contraire à l'article 16 de la Constitution qui dispose que *«Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique dans le cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité»;*

Considérant que le jugement prévu à l'article 28 de la prédite loi du 15 mars 1979, faisant droit à la requête de l'expropriant opère le passage du fonds concerné du patrimoine de l'exproprié dans celui du requérant et que la transcription de cette décision sur le registre du conservateur des hypothèques rend le transfert opposable aux tiers;

Considérant que le même article 28 ne prévoit à titre d'indemnité qu'une simple avance provisionnelle quitte à voir fixer ultérieurement le dédommagement définitif sur base d'une évaluation par experts; que cette disposition légale n'est dès lors pas conforme à l'article 16 de la Constitution qui exige une indemnité juste et préalable;

Considérant que les articles 35 et 36 de la loi du 15 mars 1979 déterminant la procédure de l'indemnisation complète se déroulant après la privation de la propriété, doivent au même titre encourir la sanction de non-conformité à la Constitution;

Considérant cependant que l'article 27 de la susdite loi, neutre par rapport au système irrégulier d'expropriation, n'est pas contraire à la Loi fondamentale;

**Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle dit que les articles 28, 35 et 36 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ne sont pas conformes à l'article 16 de la Constitution;

dit que l'article 27 de la même loi n'y est pas contraire;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 36/06 du 20 octobre 2006

(MEMORIAL A n° 188, 6 novembre 2006, pp. 3303 à 3305)

*« Article 17 de la loi modifiée du 5 juillet 1991, dérogation à des dispositions d'ordre public, régime spécifique des contrats à durée déterminée quand l'employeur est public – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que, saisie d'un appel contre un jugement par lequel le tribunal administratif avait reconnu à la relation de travail existant entre l'ETAT et le chargé d'éducation Constant RISCH la qualité de contrat de louage de service à durée indéterminée, la Cour administrative a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«en portant dérogation à des dispositions d'ordre public, celles de la loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, l'article 17 de la loi modifiée du 5 juillet 1991 est-il conforme à l'article 10bis de la Constitution, plus particulièrement quant au principe du recours au contrat à durée déterminée sinon aux caractères itératif et prolongé, non limité dans le temps, de ce recours, dans la mesure où celui-ci est réservé aux seuls employeurs publics, Etat et communes, et limité aux catégories de salariés y plus amplement énoncées en l'absence de dispositions légales précises encadrant, du moins en ce qui concerne la limitation finale dans le temps, pareil recours?»*

Considérant que l'article 17 de la loi du 5 juillet 1991 portant dérogation à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, modifié par l'article 50 de la loi budgétaire du 20 décembre 1996, dispose:

*«Art. Par dérogation à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail, les contrats à durée déterminée conclus entre l'Etat ou la commune, d'une part, et le chargé de direction d'une classe de l'éducation préscolaire ou de l'enseignement primaire, le chargé de cours de l'enseignement post-primaire, le chargé d'éducation des lycées et lycées techniques et l'agent socio-éducatif d'une administration ou service dépendant du département de l'éducation nationale, d'autre part, peuvent être renouvelés plus de deux fois, même pour une durée totale excédant vingt-quatre mois»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis (1) de la Constitution «Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure critiquée;

Considérant que le contrat de travail s'analyse comme convention par laquelle une personne s'engage, moyennant rémunération, à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place;

Considérant que dans les contrats de louage de services répétés conclus avec l'ETAT les chargés d'éducation s'obligent «à se conformer aux instructions de ses chefs hiérarchiques» et que le Ministère «se réserve la faculté de transférer les salariés à tout autre service selon les nécessités de l'administration»; qu'il s'ensuit que ces enseignants se trouvent dans le même rapport de soumission à l'autorité que les travailleurs tombant sous le régime du droit commun et que sous cet aspect de dépendance nécessitant la protection légale afférente leur situation est foncièrement comparable;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée et proportionnée à son but;

Considérant que l'ETAT entend justifier la différence de traitement entre les susdits groupes de comparaison par la spécificité de la besogne assignée aux chargés d'éducation par rapport à celle imposée aux employés de droit commun;

Considérant que d'après le règlement grand-ducal du 27 juillet 1997 fixant les modalités d'engagement et les conditions de travail des chargés d'éducation à durée déterminée des lycées et lycées techniques publics la tâche hebdomadaire de ceux-ci est fixée à l'équivalent de 24 leçons; qu'une partie de cette charge consiste en des activités administratives, sociales, périscolaires et de surveillance; Que leur occupation professionnelle ne diffère donc pas fondamentalement de celle des salariés en situation contractuelle de droit commun et que dès lors, en l'absence de disparité objective, la dérogation prévue à l'article 17 modifié de la susdite loi du 5 juillet 1991 ne se justifie pas au regard de l'article 10bis (1) de la Loi fondamentale;

#### **Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle dit que la modification apportée par l'article 50 de la loi du 20 décembre 1996 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 1997 à l'article 17 de la loi du 5 juillet 1991 portant a) fixation des modalités d'une formation préparant transitoirement à la fonction d'instituteur, b) fixant des modalités d'une formation préparant transitoirement au certificat de qualification de chargé de direction, c) création d'un pool de remplaçant pour l'éducation préscolaire et l'enseignement primaire, d) dérogation à la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail n'est pas conforme à l'article 10bis (1) de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour administrative dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 37/06 du 17 novembre 2006

(MEMORIAL A n° 220, 20 décembre 2006, pp. 3783 à 3784)

*« Article 59 alinéa 2 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et article 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale – Demande d'assistance internationale provenant d'un pays étranger avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas de traité d'entraide judiciaire - Articles 1<sup>er</sup>, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution – Conformité »*

(...)

### La Cour

Vu l'arrêt de renvoi rendu par la chambre du conseil de la Cour d'appel à la date du 4 avril 2006;

Considérant que cette juridiction, suite à un recours introduit par Vuk HAMOVIC contre une ordonnance de la chambre du conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg laquelle avait admis que les documents saisis dans le cadre d'une commission rogatoire internationale émanant de la Bosnie-Herzégovine pouvaient être transmis à l'autorité requérante étrangère, a saisi la Cour Constitutionnelle de la question préjudicielle suivante:

*«L'article 59 alinéa 2 de la loi sur l'organisation judiciaire et les articles 1er, 2(1), 2(3), 2(4) et 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale sont-ils conformes aux dispositions des articles 1er, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution, notamment dans le cadre d'une demande d'assistance internationale provenant d'un pays étranger avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas de traité d'entraide judiciaire?»*

Considérant que l'article 59 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire dispose que *«Les juges peuvent adresser des commissions rogatoires même aux juges étrangers; sauf si un autre mode de transmission est convenu avec le pays destinataire, ces commissions sont expédiées par la voie diplomatique. Sauf les obligations résultant de traités internationaux les juges ne peuvent obtempérer aux commissions rogatoires émanées de juges étrangers qu'autant qu'ils y sont autorisés par le ministre de la Justice, et dans ce cas, ils sont tenus d'y donner suite.*

*Le présent article n'est pas applicable pour les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale»;*

Considérant que les articles visés de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire disposent que

L'article 1<sup>er</sup>

*«La présente loi est applicable aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, dénommées ci-après «demandes d'entraide», qui tendent à faire opérer au*

*Grand-Duché une saisie, une perquisition ou tout autre acte d'instruction présentant un degré de contrainte analogue et qui émanent:*

*– d'autorités judiciaires d'Etats requérants qui ne sont pas liés au Grand-Duché de Luxembourg par un accord international en matière d'entraide judiciaire ...»*

L'article 2

*«(1) Sous réserve des dispositions spéciales prévues par des conventions prévoyant la possibilité d'une transmission directe, les demandes d'entraide sont à adresser par les autorités compétentes de l'Etat requérant au procureur général d'Etat luxembourgeois.*

*(3) Si l'Etat requérant adresse directement la demande d'entraide aux autorités judiciaires ou au ministre de la Justice luxembourgeois, ceux-ci doivent transmettre ladite demande dans les meilleurs délais au procureur général d'Etat.*

*(4) Après avoir examiné la demande d'entraide sous les aspects de sa compétence, le procureur général d'Etat la transmet aux autorités judiciaires pour exécution s'il estime qu'aucune raison ne s'y oppose.»*

L'article 3

*«L'entraide judiciaire peut être refusée par le procureur général d'Etat dans les cas suivants:*

*– si la demande d'entraide est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du Grand-Duché de Luxembourg;*

*– si la demande d'entraide a trait à des infractions susceptibles d'être qualifiées par la loi luxembourgeoise soit d'infractions politiques, soit d'infractions connexes à des infractions politiques.*

*Sous réserve des dispositions prévues par des conventions, toute demande d'entraide est refusée si elle a trait à des infractions en matière de taxes et d'impôts, de douane ou de change en vertu de la loi luxembourgeoise.*

*Tout recours contre une décision du procureur général d'Etat, décidant que pour une raison de sa compétence rien ne s'oppose à l'exécution d'une demande d'entraide, doit être introduit dans les formes, procédures et délais prévus à l'article 8.»*

Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, la question préjudicielle, qui figure au dispositif du jugement, doit indiquer avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte;

Considérant qu'à défaut de disposition normative afférente, la Cour Constitutionnelle n'est pas habilitée à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi;

Considérant que la question préjudicielle a trait à la conformité des articles de loi visés avec les articles 1er , 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution, notamment dans

le cadre d'une demande d'assistance internationale provenant d'un pays étranger avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas de traité d'entraide judiciaire;

Considérant qu'aucun des articles de la Constitution indiqués ne s'oppose soit isolément soit en combinaison à l'octroi des compétences contestées au procureur général d'Etat;

Considérant dès lors que les articles de la loi mis en cause ne sont pas contraires aux dispositions des articles 1er, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle dit que l'article 58 alinéa 2 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et les articles 1er, 2(1), 2(3), 2(4) et 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne sont pas contraires aux articles 1er, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la chambre du conseil de la Cour d'appel dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

**Arrêt n° 37/06 du 17 novembre 2006**

Rectificatif du 15 décembre 2006 de l'arrêt n° 37/06

(MEMORIAL A n° 220, 20 décembre 2006, pp. 3785 à 3786)

(...)

**La Cour**

Vu l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 17 novembre 2006 dans la cause entre HAMOVIC Vuk et Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg;

Vu la requête en rectification de cet arrêt présentée par Monsieur le procureur général d'Etat;

Considérant qu'une erreur matérielle a été commise dans la rédaction de l'arrêt du 17 novembre 2006 en ce qu'il vise dans son dispositif l'article 58 alinéa 2 de la loi modifiée du 7 mars 1980 au lieu de l'article 59 alinéa 2 de cette loi, objet de la question préjudicielle;

Qu'il y a lieu de réparer cette erreur;

**Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle rectifie la première partie du dispositif de l'arrêt du 17 novembre 2006 qui est à lire: «la Cour Constitutionnelle dit que l'article 59 alinéa 2

de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire et les articles 1er, 2(1), 2(3), 2(4) et 3 de la loi du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne sont pas contraires aux articles 1er, 33, 37, 76, 78 et 79 de la Constitution;»

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la chambre du conseil de la Cour d'appel dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction;

ordonne que mention du présent arrêt soit faite en marge de la minute de l'arrêt rectifié et qu'à l'avenir il ne soit plus délivré d'expédition ni d'extrait de ce dernier sans la rectification en question.

## Arrêt 38/07 du 2 mars 2007

(MEMORIAL A n° 36, 15 mars 2007, pp. 741 à 743)

*« Article 12 de la loi budgétaire du 23 décembre 2005, détermination par le pouvoir réglementaire des boissons alcooliques sucrées et des alcopops – Article 32 (3) de la Constitution, pouvoir réglementaire du Grand-Duc et respect du domaine de la loi – Conformité »*

(...)

### La Cour

Considérant que le tribunal administratif, saisi par les s.a. BRASSERIE FISCHER et JET IMPORT N.V. d'une requête en annulation du règlement grand-ducal du 28 décembre 2005 relatif aux boissons alcooliques confectionnées, a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«L'article 12(12) de la loi budgétaire du 23 décembre 2005, en conférant au pouvoir réglementaire compétence pour déterminer les conditions d'application notamment de son article 12(10) et en lui laissant ainsi le soin de déterminer les boissons alcooliques sucrées et les préparations de boissons alcooliques instantanées ou concentrées appelées «boissons alcooliques confectionnées» ou «alcopops» mises à la consommation dans le pays, est-il conforme à la Constitution notamment à son article 32(3)?»;*

Considérant que l'article 12 de la loi du 23 décembre 2005 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice 2006 dispose en son § (10) alinéa 1er:

*«Il est instauré une taxe additionnelle qui est perçue sur certaines boissons alcooliques sucrées et certaines préparations de boissons alcooliques instantanées ou concentrées, appelées «boissons alcooliques confectionnées» ou «alcopops» mises à la consommation dans le pays.»*

et en son § (12):

*«Les conditions d'application du présent article sont déterminées par règlement grand-ducal»*

Considérant que la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg dispose en son article 99, première phrase qu'«*aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi*»

et en son article 32 (3) que «*dans les matières réservées à la loi par la Constitution, le Grand-Duc ne peut prendre des règlements et arrêtés qu'aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi*»

Considérant que l'effet des réserves de la loi énoncées par la Constitution consiste en ce que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve; qu'il est toutefois satisfait à la réserve constitutionnelle si la loi se

borne à tracer les grands principes tout en abandonnant au pouvoir réglementaire la mise en oeuvre du détail;

Considérant qu'en matière fiscale la loi doit fixer les règles essentielles concernant l'assiette, le taux et le recouvrement de l'impôt;

Considérant que la loi budgétaire du 23 décembre 2005 remplit les deux derniers critères en ce que l'article 12(10) dans ses alinéas respectifs 2 et 3 fixe la taxe additionnelle du produit fini à 600.-€ par hectolitre et assimile la perception et le recouvrement de celle-ci en tous les points au droit d'accise commun.

Considérant que quant à l'assiette le texte soumis à examen prévoit que la taxe additionnelle est perçue sur certaines boissons alcooliques sucrées et certaines préparations de boissons alcooliques instantanées ou concentrées, appelées «boissons alcooliques confectionnées» ou «alcopops», tout en déléguant dans son §12 la détermination des conditions d'application au pouvoir exécutif.

Considérant que par «boissons alcooliques confectionnées» ou «alcopops» on comprend communément des boissons mélangées ou conditionnées d'avance à partir de produits alcooliques et d'éléments affriandants;

Considérant que les susdites boissons ainsi définies et comprises constituent des supports normatifs légaux suffisants pour délimiter raisonnablement l'assiette sur laquelle la taxe additionnelle est susceptible de s'appliquer; que l'adjectif pronominal «certaines» marque l'ensemble des boissons régies par la susdite définition ne laissant pas à l'administration générale le pouvoir de déterminer les boissons à imposer mais seulement la charge de préciser les conditions d'application à partir du concept légalement formulé;

**Par ces motifs:**

dit que le paragraphe (12) de l'article 12 de la loi budgétaire du 23 décembre 2005 disposant que les conditions d'application du paragraphe (10) du même article sont déterminées par règlement grand-ducal n'est pas contraire à l'article 32(3) de la Constitution.

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au Tribunal administratif dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 39/07 du 30 mars 2007

(MEMORIAL A n° 56, 13 avril 2007, pp. 1173 à 1175)

*« Prescription décennale pour les obligations nées entre commerçants et entre commerçants et non commerçants prévue par l'article 289 du Code de Commerce – Différence de traitement entre les salariés au service d'un commerçant, et les autres, soumis à une prescription trentenaire – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité »*

(...)

### La Cour

Vu l'arrêt de renvoi de la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, rendu le 9 novembre 2006 et portant devant la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante, posée à propos de la revendication par DI IORIO d'une indemnité de départ contre son ancien employeur la s.à r.l. RECTILUX:

*«L'article 189 du code de commerce en ce qu'il institue une prescription de dix ans pour les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants est-il conforme à la norme constitutionnelle de l'égalité des citoyens devant la loi inscrite à l'article 10 bis (1) de la Constitution au regard de la différence de traitement ainsi instaurée entre les salariés au service d'un commerçant et ceux travaillant pour un non-commerçant qui sont soumis à la prescription trentenaire de l'article 2262 du code civil ?»*

Considérant que l'article 189 du code de commerce est de la teneur suivante:

*«Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes.»;*

Considérant que l'article 2262 du code civil s'énonce comme suit:

*«Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, ...»;*

Considérant que la Constitution dispose en son article 10 bis (1) que *«Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;*

Considérant que, pour autant que de besoin, il convient d'y ajouter l'article 111 de la loi fondamentale ainsi conçu:

*«Tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes ...»*

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que dans l'optique de la juridiction de renvoi le salarié est un non-commerçant au sens de l'article 189 du code de commerce;

Considérant que le non-commerçant engagé dans un contrat à caractère mixte, de nature civile dans son chef, et commerciale dans celui du commerçant, se trouve dans une situation comparable à celle du non-commerçant lié par un contrat purement civil;

Considérant que les non-commerçants bénéficient entre eux, en principe, de la prescription trentenaire pour faire valoir leur créance civile, tandis que les non-commerçants liés par un contrat mixte sont seulement autorisés à poursuivre leurs droits en justice dans un délai de dix ans;

Considérant que cette différence de traitement est adéquate et justifiée, car, pour autant que le rapport d'obligation est né «à l'occasion du commerce» le souci de la sécurité juridique commande que le contentieux relatif aux actes mixtes soit, d'un côté comme de l'autre, vidé avec la même rapidité que celui relatif aux actes de commerce proprement dits; que cette différence de traitement est encore proportionnée par rapport à la finalité de la loi de mettre la susdite prescription en conformité avec la durée de conservation des livres de commerce.

**Par ces motifs:**

la Cour Constitutionnelle dit que l'article 189 modifié du code de commerce est conforme à l'article 10 bis (1) et pour autant que de besoin à l'article 111 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle à la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière de droit du travail, dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 40/07 du 25 mai 2007

(MEMORIAL A n° 96, 19 juin 2007, pp. 1805 à 1807)

*« Irrecevabilité d'une question préjudicielle introduite par les parties devant la Cour constitutionnelle – Dispositions de la loi du 9 juillet 1969 modifiant et complétant le Code Civil et relatives aux règles d'évaluation des biens faisant l'objet de l'attribution préférentielle – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Violation »*

(...)

### La Cour

Considérant que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par Joseph, Fernand et Louis Guth d'une demande en liquidation et en partage de la succession de feu Nicolas Guth senior dirigée contre leurs frères Léon et Nicolas Guth, a posé à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

*«Les dispositions de la loi du 9 juillet 1969 ayant pour objet de modifier et compléter les articles 815, 832, 866, 2103 (3) et 2109 du code civil, pour autant qu'elles sont relatives aux règles d'évaluation des biens faisant l'objet de l'attribution préférentielle telles que prévues à l'article 832-1 8) à 11) du code civil, combiné avec l'article 832-4 de ce même code, sont-elles conformes*

*à l'article 10bis de la Constitution qui prescrit l'égalité des Luxembourgeois devant la loi?»*

Considérant que dans leurs conclusions déposées le 29 novembre 2006 au greffe de la Cour Constitutionnelle, Léon et Nicolas Guth ont formulé la question préjudicielle additionnelle suivante:

*«Ces mêmes dispositions sont-elles conformes à l'article 32 (3) de la Constitution?»*

Considérant que l'alinéa (2) de l'article 95ter de la Constitution réserve aux juridictions le droit de saisir à titre préjudiciel la Cour Constitutionnelle suivant les modalités à établir par la loi;

Considérant que la question préjudicielle additionnelle posée par Léon et Fernand Guth est dès lors à rejeter comme non recevable;

Considérant que l'article 832-1 du code civil dispose en ses alinéas 8) à 11) que:

*«8° Les biens faisant l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur de rendement agricole au jour du partage. La valeur de rendement agricole correspond à la rente capitalisée de l'exploitation agricole gérée dans des conditions rationnelles de production, compte tenu de sa destination économique normale.*

*9° Les principes et modalités à appliquer pour la détermination de la valeur de rendement agricole sont fixés par règlement grand-ducal. Ce règlement porte aussi institution d'un organe de taxation, dont il détermine la mission et la composition. Cet organe doit comprendre des représentants de la profession agricole. Sur base des*

*données élaborées par cet organe de taxation, un deuxième règlement grand-ducal, précisera l'application des principes et modalités arrêtés par le règlement grand-ducal susvisé.*

*10° La valeur de rendement agricole est fixée, en cas de désaccord des parties, par le tribunal sur avis d'un rapport d'expertise établi conformément à l'article 8 de la présente loi.*

*11° Sauf accord amiable entre les copartageants, la soulte éventuellement due est payable comptant»;*

Considérant que l'article 832-4 du code civil énonce que:

*«1° Si l'attributaire vend tout ou partie des immeubles qui lui ont été attribués conformément aux articles 832-1 et 832-2 dans les 10 ans suivant cette attribution, à un prix supérieur à celui qui aura été pris en considération à l'occasion de l'attribution, la différence en plus fera l'objet d'un partage supplémentaire ; toutefois, ce délai est porté à 20 ans pour les terres agricoles qui, au moment de l'attribution préférentielle, se trouvent à l'intérieur du périmètre d'agglomération fixé par des plans d'aménagement légalement établis, ou à leur défaut, sont situés dans un rayon inférieur à cent mètres d'une agglomération constituée par un ensemble d'au moins cinq maisons bâties servant d'une façon permanente à l'habitation humaine.*

*2° Pour être opposables au tiers, les droits découlant pour les copartageants de l'alinéa qui précède donneront lieu à une inscription à prendre, à leur requête, dans les quarante-cinq jours de l'attribution auprès du conservateur des hypothèques de la situation des immeubles»;*

Considérant qu'aux termes de l'article 10bis (1) de la Constitution «Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;

Considérant que la mise en oeuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard des mesures critiquées;

Considérant que la situation des bénéficiaires de l'attribution préférentielle par rapport à celle des copartageants qui en sont exclus est comparable de par leur vocation d'attributaire dans un partage;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la disparité existant entre elles soit objective, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que l'estimation selon la valeur de rendement agricole au jour du partage qui est d'après les travaux préparatoires de la susdite loi inférieure à la valeur vénale, à savoir «approximativement la moitié de la valeur vénale» et «une valeur notablement inférieure à trois quarts de la valeur réelle» (doc. parl. n° 1264: rapport de la commission spéciale, p.4 ; avis du Conseil d'Etat, p.4), combiné à la possibilité d'un partage supplémentaire, telle que prévue à l'article 832-4 du code civil, crée une disparité entre les bénéficiaires de l'attribution préférentielle et les copartageants non attributaires;

Considérant que l'objectivité de la disparité réside dans le fait que les copartageants bénéficiaires de l'attribution préférentielle doivent remplir les conditions légales énoncées à l'article 832-1 sub) 3 et 7 du code civil, c'est-à-dire participer ou avoir participé effectivement et personnellement ou par leur conjoint en cas de succession à la mise en valeur de l'exploitation agricole et être les plus aptes à la gérer et à s'y maintenir;

Considérant que l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole à un ou plusieurs copartageants introduite par la loi du 9 juillet 1969 ayant pour objet de modifier et compléter les articles 815, 832, 866, 2103 (3) et 2109 du code civil a pour but d'éviter que les exploitations agricoles ne soient morcelées à l'occasion des partages en les préservant comme unités de production viables et de permettre à ceux qui les reprennent de les acquérir à des prix économiquement justifiés dans l'intérêt général de l'agriculture et de sa compétitivité au sein du marché commun;

Considérant que l'évaluation des biens faisant l'objet de l'attribution préférentielle à une valeur moindre que la valeur du marché combinée avec la faculté de procéder à un partage supplémentaire en cas de situation nouvelle répond en principe au but recherché et est rationnellement justifiée;

Considérant cependant que l'estimation des biens alloués à leur valeur de rendement agricole au jour du partage, telle qu'exposée ci-dessus, ensemble la limitation de la faculté de procéder à un partage supplémentaire dans les délais déterminés par la loi au seul cas de la vente des immeubles sans prendre en considération toute autre hypothèse d'aliénation ou de désaffectation, crée une disproportion entre les bénéficiaires de l'attribution agricole et leurs copartageants;

Considérant dès lors que l'inégalité instaurée par l'article 832-1 (8) à (11) du code civil, en combinaison avec l'article 832-4 du même code, se heurte aux dispositions de l'article 10 bis de la Constitution;

**Par ces motifs:**

déclare irrecevable la question préjudicielle posée directement à la Cour Constitutionnelle par Léon et Nicolas GUTH;

dit que l'article 832-1 (8) à (11) du code civil, en combinaison avec l'article 832-4 du même code, n'est pas conforme à l'article 10 bis de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 17e section, siégeant en matière civile, dont émanait la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 41/07 du 14 décembre 2007

(MEMORIAL A n° 1, 11 janvier 2008, pp. 2 à 4)

*« Loi du 25 avril 2005, procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires des P&T – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité*

*Articles 9, 10 et 47 de la loi du 16 avril 1979 modifiée fixant le statut général des fonctionnaires – Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines – Conformité »*

(...)

### La Cour

Vu le jugement rendu le 7 mai 2007 par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg transmis au greffe de la Cour le 11 mai 2007;

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours de Monsieur X... contre une décision du comité de direction de l'EPT du 29 juin 2006 lui ayant infligé une sanction disciplinaire, a soumis les questions suivantes à la Cour Constitutionnelle:

1. «Est-ce que le fait que la loi du 25 avril 2005 en ce qu'elle institue une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires employés auprès de l'Entreprise des Postes et Télécommunications et différente par rapport à celle applicable aux fonctionnaires attachés aux autres administrations constitue une inégalité de traitement par rapport aux autres fonctionnaires et une violation du principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10 bis (1) de la Constitution?»

2. «Les articles 9 et 10, alinéa 1er de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, sont-ils conformes à l'article 14 de la Constitution?» et dans l'affirmative «L'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»

#### **Sur la première question:**

Considérant que l'article 10 bis (1) de la Constitution énonce que «Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi»;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée;

Considérant que la situation des agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat et celle des autres fonctionnaires de l'Etat, tous tenus aux devoirs du fonctionnaire prévus au statut général des fonctionnaires de l'Etat fixé par la loi modifiée du 16 avril 1979 sous peine d'application des mêmes sanctions disciplinaires, est comparable;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que la procédure disciplinaire applicable aux agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat, instaurée par la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications, diffère de celle prévue par la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée par la loi du 19 mai 2003 applicable aux autres fonctionnaires d'Etat; qu'ainsi notamment l'instruction disciplinaire poursuivie contre l'agent de l'EPT appartient à l'inspection centrale de l'entreprise instaurée par l'article 19 de la loi du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes ainsi que, le cas échéant, à la commission disciplinaire de l'entreprise, composée de deux juristes dont un interne et un externe, d'un membre du service du personnel, d'un membre des services d'exploitation de l'entreprise, d'un représentant à proposer par la chambre des fonctionnaires et employés publics et d'un membre externe choisi en raison de ses compétences personnelles; que le comité d'entreprise est investi du pouvoir disciplinaire sur les agents de l'entreprise; que l'instruction disciplinaire poursuivie contre le fonctionnaire d'Etat ne relevant pas de l'EPT appartient au commissaire de Gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire et au Conseil de discipline composé de deux magistrats de l'ordre judiciaire, d'un délégué du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme administrative, d'un délégué du ministre d'Etat et d'un représentant à désigner par la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics; qu'à l'exception des peines mineures, aucune sanction disciplinaire ne peut être appliquée sans qu'il y ait eu décision du Conseil de discipline; que l'autorité de nomination est tenue d'appliquer la sanction disciplinaire conformément à la décision du Conseil de discipline;

Considérant que la disparité entre les fonctionnaires d'Etat soumis au régime disciplinaire de la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 et les autres fonctionnaires d'Etat est objective, les premiers étant affectés au service de l'EPT tandis que les seconds sont affectés à des institutions publiques poursuivant des finalités différentes;

Considérant que selon les travaux préparatoires de la loi du 25 avril 2005 l'objectif du législateur était de doter les services des postes, des télécommunications et les services financiers postaux, placés dans un environnement compétitif, des moyens nécessaires à la gestion efficace et flexible de leurs ressources humaines; que le législateur a considéré que l'application de la loi du 19 mai 2003 ayant modifié la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat en introduisant des exceptions à l'exécution interne du statut public du personnel, ne permet pas à l'EPT, responsable de la rentabilité et de la gestion de l'entreprise, d'assumer ses responsabilités en matière notamment de recrutement, de formation et de discipline du personnel dans un environnement commercial hautement compétitif;

Considérant que l'introduction pour les agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat d'un régime disciplinaire partiellement dérogatoire au régime des fonctionnaires d'Etat permet l'exécution interne de la procédure disciplinaire et dès lors une gestion plus flexible des ressources humaines;

Considérant que la loi modificative du 25 avril 2005 accorde à l'agent de l'EPT faisant l'objet d'une instruction disciplinaire des garanties procédurales moindres que celles offertes aux autres fonctionnaires d'Etat mais néanmoins substantielles; qu'ainsi l'agent a le droit dès le début de la procédure de prendre inspection du dossier, de présenter ses observations et de demander un complément d'instruction conformément à l'article 56, paragraphe 4, de la loi modifiée du 16 avril 1979, que le comité, avant de prononcer une sanction disciplinaire grave doit prendre l'avis de la commission disciplinaire et que la décision qui inflige une sanction disciplinaire est motivée et communiquée à l'agent avec l'avis de la commission disciplinaire, s'il y a lieu;

Qu'avant tout cette loi maintient le droit pour l'agent frappé d'une sanction disciplinaire de recourir au tribunal administratif qui statue comme juge du fond;

Qu'il résulte de ces considérations que la différence instituée par la susdite loi entre la procédure disciplinaire des agents de l'EPT relevant du statut des fonctionnaires d'Etat et celle des autres fonctionnaires d'Etat est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

D'où il suit que la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications, en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique aux fonctionnaires de l'EPT, n'est pas contraire à l'article 10 bis (1) de la Constitution.

#### **Sur la deuxième question:**

Considérant que l'article 14 de la Constitution énonce que: «Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi».

Considérant qu'il résulte de l'examen de la cause que la première partie de la deuxième question formulée par le tribunal administratif dans son arrêt du 7 mai 2007 ne concerne, outre l'article 10.1. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires, que le point 1. de l'article 9 de cette même loi;

Considérant que les articles 9.1. et 10.1. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat disposent:

Article 9.1.:

«Le fonctionnaire est tenu de se conformer consciencieusement aux lois et règlements qui déterminent les devoirs que l'exercice de ses fonctions lui impose. Il doit de même se conformer aux instructions du gouvernement qui ont pour objet l'accomplissement régulier de ses devoirs ainsi qu'aux ordres de service de ses supérieurs».

Article 10.1.:

«Le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions où à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public. Il est tenu de se comporter avec dignité et civilité tant dans ses rapports de service avec ses supérieurs, collègues et subordonnés que dans ses rapports avec les usagers de son service qu'il doit traiter avec compréhension, prévenance et sans aucune discrimination».

Considérant qu'il y a lieu de mettre les articles 9.1. et 10.1. du statut général des fonctionnaires en rapport avec l'article 44 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, article qui énonce:

«Tout manquement à ses devoirs au sens du présent statut expose le fonctionnaire à une sanction disciplinaire, sans préjudice de l'application éventuelle d'une sanction pénale».

Considérant que le principe de la légalité des peines entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés; que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une certaine marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite incriminée;

Considérant que le principe de la légalité des peines ne fait pas obstacle à ce qu'en matière disciplinaire les infractions soient définies par référence aux obligations légales et réglementaires auxquelles est soumise une personne en raison des fonctions qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève;

Considérant que le chapitre 5 sur les devoirs du fonctionnaire de la loi modifiée du 16 avril 1974 ensemble d'autres textes légaux correspondants fournissent à l'article 44 de la même loi les éléments d'incrimination suffisants requis par l'article 14 de la Constitution; que les articles 9.1. et 10.1. de loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ne sont dès lors pas contraires à l'article 14 de la Constitution;

Considérant que l'article 47 de la susdite loi modifiée du 16 avril 1979 prévoit les sanctions disciplinaires allant de l'avertissement à la révocation applicables au fonctionnaire ayant commis une faute disciplinaire;

Considérant que le principe de la légalité des peines implique que les sanctions disciplinaires soient prévues et énumérées par un texte légal;

Considérant que l'article 47 du statut des fonctionnaires détermine limitativement les sanctions disciplinaires applicables;

Considérant que les sanctions disciplinaires doivent être raisonnablement évaluables quant à leur niveau de sévérité;

Considérant que l'objection que l'éventail très large de celles-ci ne permet pas l'exercice efficace des droits de la défense se trouve valablement contredite par l'article 53 du statut général qui prescrit que l'application des sanctions se détermine notamment par la gravité de la faute commise, la nature et le grade des fonctions et les antécédents du fonctionnaire inculpé, règle qui range dans la marge d'appréciation admise dans toute poursuite pénale ou disciplinaire;

Que dès lors l'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires telle que modifiée n'est pas contraire à l'article 14 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires employés auprès de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ne viole pas le principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10 bis (1) de la Constitution;

dit que les articles 9.1., 10.1., et 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires telle qu'elle a été modifiée ne sont pas contraires à l'article 14 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de Monsieur X... lors de la publication de l'arrêt au Mémorial;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 42/07 du 14 décembre 2007

(MEMORIAL A n° 1, 11 janvier 2008, pp. 4 à 7)

*« Loi du 25 avril 2005, procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires des P&T – Article 10 bis de la Constitution, égalité des Luxembourgeois devant la loi – Conformité*

*Articles 9, 10 et 47 de la loi du 16 avril 1979 modifiée fixant le statut général des fonctionnaires – Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines – Conformité »*

(...)

### La Cour

Vu le jugement rendu le 7 mai 2007 par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg transmis au greffe de la Cour le 11 mai 2007;

Considérant que le tribunal administratif, saisi d'un recours de Monsieur X... contre une décision du comité de direction de l'EPT du 29 juin 2006 lui ayant infligé une sanction disciplinaire, a soumis les questions suivantes à la Cour Constitutionnelle:

1. «Est-ce que le fait que la loi du 25 avril 2005 en ce qu'elle institue une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires employés auprès de l'Entreprise des Postes et Télécommunications et différente par rapport à celle applicable aux fonctionnaires attachés aux autres administrations constitue une inégalité de traitement par rapport aux autres fonctionnaires et une violation du principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10 bis (1) de la Constitution?»

2. «Les articles 9 et 10, alinéa 1er de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, sont-ils conformes à l'article 14 de la Constitution?» et dans l'affirmative «L'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»

#### **Sur la première question:**

Considérant que l'article 10 bis (1) de la Constitution énonce que «Les Luxembourgeois» sont égaux devant la loi;

Considérant que la mise en œuvre de la règle constitutionnelle d'égalité suppose que les catégories de personnes entre lesquelles une discrimination est alléguée se trouvent dans une situation comparable au regard de la mesure alléguée;

Considérant que la situation des agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat et celle des autres fonctionnaires de l'Etat, tous tenus aux devoirs du fonctionnaire prévus au statut général des fonctionnaires de l'Etat fixé par la loi modifiée du 16 avril 1979 sous peine d'application des mêmes sanctions disciplinaires, est comparable;

Considérant que le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

Considérant que la procédure disciplinaire applicable aux agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat, instaurée par la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications, diffère de celle prévue par la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée par la loi du 19 mai 2003 applicable aux autres fonctionnaires d'Etat; qu'ainsi notamment l'instruction disciplinaire poursuivie contre l'agent de l'EPT appartient à l'inspection centrale de l'entreprise instaurée par l'article 19 de la loi du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes ainsi que, le cas échéant, à la commission disciplinaire de l'entreprise, composée de deux juristes dont un interne et un externe, d'un membre du service du personnel, d'un membre des services d'exploitation de l'entreprise, d'un représentant à proposer par la chambre des fonctionnaires et employés publics et d'un membre externe choisi en raison de ses compétences personnelles; que le comité d'entreprise est investi du pouvoir disciplinaire sur les agents de l'entreprise; que l'instruction disciplinaire poursuivie contre le fonctionnaire d'Etat ne relevant pas de l'EPT appartient au commissaire de Gouvernement chargé de l'instruction disciplinaire et au Conseil de discipline composé de deux

magistrats de l'ordre judiciaire, d'un délégué du ministre de la Fonction Publique et de la Réforme administrative, d'un délégué du ministre d'Etat et d'un représentant à désigner par la Chambre des Fonctionnaires et Employés publics; qu'à l'exception des peines mineures, aucune sanction disciplinaire ne peut être appliquée sans qu'il y ait eu décision du Conseil de discipline; que l'autorité de nomination est tenue d'appliquer la sanction disciplinaire conformément à la décision du Conseil de discipline;

Considérant que la disparité entre les fonctionnaires d'Etat soumis au régime disciplinaire de la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 et les autres fonctionnaires d'Etat est objective, les premiers étant affectés au service de l'EPT tandis que les seconds sont affectés à des institutions publiques poursuivant des finalités différentes;

Considérant que selon les travaux préparatoires de la loi du 25 avril 2005 l'objectif du législateur était de doter les services des postes, des télécommunications et les services financiers postaux, placés dans un environnement compétitif, des moyens nécessaires à la gestion efficace et flexible de leurs ressources humaines; que le législateur a considéré que l'application de la loi du 19 mai 2003 ayant modifié la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat en introduisant des exceptions à l'exécution interne du statut public du personnel, ne permet pas à l'EPT, responsable de la rentabilité et de la gestion de l'entreprise, d'assumer ses responsabilités en matière notamment de recrutement, de formation et de discipline du personnel dans un environnement commercial hautement compétitif;

Considérant que l'introduction pour les agents de l'EPT relevant du statut général des fonctionnaires de l'Etat d'un régime disciplinaire partiellement dérogatoire au régime des fonctionnaires d'Etat permet l'exécution interne de la procédure disciplinaire et dès lors une gestion plus flexible des ressources humaines;

Considérant que la loi modificative du 25 avril 2005 accorde à l'agent de l'EPT faisant l'objet d'une instruction disciplinaire des garanties procédurales moindres que celles offertes aux autres fonctionnaires d'Etat mais néanmoins substantielles; qu'ainsi l'agent a le droit, dès le début de la procédure, de prendre inspection du dossier, de présenter ses observations et de demander un complément d'instruction conformément à l'article 56, paragraphe 4, de la loi modifiée du 16 avril 1979, que le comité, avant de prononcer une sanction disciplinaire grave doit prendre l'avis de la commission disciplinaire et que la décision qui inflige une sanction disciplinaire est motivée et communiquée à l'agent avec l'avis de la commission disciplinaire, s'il y a lieu;

Qu'avant tout cette loi modificative maintient le droit pour l'agent frappé d'une sanction disciplinaire de recourir au tribunal administratif qui statue comme juge du fond;

Qu'il résulte de ces considérations que la différence instituée par la susdite loi entre la procédure disciplinaire des agents de l'EPT relevant du statut des fonctionnaires d'Etat et celle des autres fonctionnaires d'Etat est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but;

D'où il suit que la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications, en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique aux fonctionnaires de l'EPT, n'est pas contraire à l'article 10 bis (1) de la Constitution.

#### **Sur la deuxième question:**

Considérant que l'article 14 de la Constitution énonce que: «Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi».

Considérant qu'il résulte de l'examen de la cause que la première partie de la deuxième question formulée par le tribunal administratif dans son arrêt du 7 mai 2007 ne concerne, outre l'article 10.1. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires, que le point 1. de l'article 9 de cette même loi;

Considérant que les articles 9.1. et 10.1. de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat disposent:

Article 9.1.:

«Le fonctionnaire est tenu de se conformer consciencieusement aux lois et règlements qui déterminent les devoirs que l'exercice de ses fonctions lui impose. Il doit de même se conformer aux instructions du gouvernement qui ont pour objet l'accomplissement régulier de ses devoirs ainsi qu'aux ordres de service de ses supérieurs».

Article 10.1.:

«Le fonctionnaire doit, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions où à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public. Il est tenu de se comporter avec dignité et civilité tant dans ses rapports de service avec ses supérieurs, collègues et subordonnés que dans ses rapports avec les usagers de son service qu'il doit traiter avec compréhension, prévenance et sans aucune discrimination».

Considérant qu'il y a lieu de mettre les articles 9.1. et 10.1. du statut général des fonctionnaires en rapport avec l'article 44 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, article qui énonce: «Tout manquement à ses devoirs au sens du présent statut expose le fonctionnaire à une sanction disciplinaire, sans préjudice de l'application éventuelle d'une sanction pénale».

Considérant que le principe de la légalité des peines entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés; que le principe de la spécification de l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une certaine marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté si des critères logiques, techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite incriminée;

Considérant que le principe de la légalité des peines ne fait pas obstacle à ce qu'en matière disciplinaire les infractions soient définies par référence aux obligations légales et réglementaires auxquelles est soumise une personne en raison des fonctions qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève;

Considérant que le chapitre 5 sur les devoirs du fonctionnaire de la loi modifiée du 16 avril 1974 ensemble d'autres textes légaux correspondants fournissent à l'article 44 de la même loi les éléments d'incrimination suffisants requis par l'article 14 de la Constitution; que les articles 9.1. et 10.1. de loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ne

sont dès lors pas contraires à l'article 14 de la Constitution;

Considérant que l'article 47 de la susdite loi modifiée du 16 avril 1979 prévoit les sanctions disciplinaires allant de l'avertissement à la révocation applicables au fonctionnaire ayant commis une faute disciplinaire;

Considérant que le principe de la légalité des peines implique que les sanctions disciplinaires soient prévues et énumérées par un texte légal;

Considérant que l'article 47 du statut des fonctionnaires détermine limitativement les sanctions disciplinaires applicables;

Considérant que les sanctions disciplinaires doivent être raisonnablement évaluables quant à leur niveau de sévérité;

Considérant que l'objection que l'éventail très large de celles-ci ne permet pas l'exercice efficace des droits de la défense se trouve valablement contredite par l'article 53 du statut général qui prescrit que l'application des sanctions se détermine notamment par la gravité de la faute commise, la nature et le grade des fonctions et les antécédents du fonctionnaire inculpé, règle qui range dans la marge d'appréciation admise dans toute poursuite pénale ou disciplinaire;

Que dès lors l'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires telle que modifiée n'est pas contraire à l'article 14 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que la loi du 25 avril 2005 modifiant certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1992 portant création de l'entreprise des postes et télécommunications en ce qu'elle instaure une procédure disciplinaire spécifique à l'égard des fonctionnaires employés auprès de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ne viole pas le principe de l'égalité devant la loi consacré par l'article 10 bis (1) de la Constitution;

dit que les articles 9.1., 10.1., et 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires telle qu'elle a été modifiée ne sont pas contraires à l'article 14 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation;

ordonne qu'il soit fait abstraction des nom et prénom de Monsieur X...lors de la publication de l'arrêt au Mémorial;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

## Arrêt 43/07 du 14 décembre 2007

(MEMORIAL A n° 1, 11 janvier 2008, pp. 7 à 8)

*« Articles 10 et 47 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires – Article 14 de la Constitution, légalité des délits et des peines – Conformité »*

(...)

### La Cour

Considérant que le tribunal administratif, saisi par le commis adjoint à l'administration des Ponts et Chaussées Monsieur X... d'un recours en réformation d'une décision de rétrogradation prise par le Conseil de discipline de la Fonction publique, a soumis à la Cour Constitutionnelle la question préjudicielle suivante: «L'article 10, alinéa 1er de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?» et dans l'affirmative «L'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée, est-il conforme à l'article 14 de la Constitution?»

Considérant que l'article 14 de la Constitution dispose que «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi»;

Considérant que l'article 10.1. de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée est de la teneur suivante: «1. Le fonctionnaire doit, dans l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité de ces fonctions ou à sa capacité de les exercer, donner lieu à scandale ou compromettre les intérêts du service public. Il est tenu de se comporter avec dignité et civilité tant dans ses rapports de service avec ses supérieurs, collègues et subordonnés que dans ses rapports avec les usagers de son service qu'il doit traiter avec compréhension, prévenance et sans aucune discrimination.»

Considérant que cette disposition légale ne saurait être directement affectée par l'article 14 de la Constitution en ce qu'elle se limite à circonscrire le comportement imposé au fonctionnaire dans et en dehors de l'exercice de sa tâche sans être répressive par elle-même ; qu'ainsi pris isolément, comme formulé dans la question préjudicielle, l'article 10.1. de la loi précitée n'est pas contraire au texte constitutionnel invoqué;

Considérant que l'article 47 de la même loi formule les sanctions disciplinaires allant progressivement de l'avertissement jusqu'à la révocation du fonctionnaire concerné;

Considérant que le principe de la légalité de la peine entraîne en premier lieu la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnés ; que le principe de la spécification de

l'incrimination est partant le corollaire de celui de la légalité de la peine consacrée par l'article 14 de la Constitution;

Considérant que sur ce fondement il y a lieu de se reporter à l'article 44 de la susdite loi modifiée du 16 avril 1979 énonçant que «Tout manquement à ses devoirs au sens du présent statut (i.e. le statut général des fonctionnaires de l'Etat) expose le fonctionnaire à une sanction disciplinaire, sans préjudice de l'application d'une sanction pénale»;

Considérant que le droit disciplinaire tolère dans la formulation des comportements illicites une marge d'indétermination sans que le principe de la spécification de l'incrimination n'en soit affecté, si des critères logiques techniques et d'expérience professionnelle permettent de prévoir avec une sûreté suffisante la conduite à sanctionner;

Considérant que le chapitre 5 sur les devoirs du fonctionnaire de la loi modifiée du 16 avril 1974 ensemble d'autres textes légaux correspondants sont à mettre en rapport avec l'article 44 de la même loi et lui fournissent les éléments d'incrimination suffisants requis par l'article 14 de la Constitution;

Considérant qu'en second lieu les sanctions doivent être raisonnablement évaluables quant à leur niveau de sévérité;

Considérant que l'objection que l'éventail très large de celles-ci ne permet pas l'exercice efficace des droits de la défense se trouve valablement contredite par l'article 53 du statut général qui prescrit que l'application des sanctions se détermine notamment par la gravité de la faute commise, la nature et le grade des fonctions et les antécédents du fonctionnaire inculpé, règle qui range dans la marge d'appréciation admise dans toute poursuite pénale ou disciplinaire;

Qu'il suit de ce qui précède que l'article 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires telle que modifiée n'est à son tour pas contraire à l'article 14 de la Constitution;

**Par ces motifs:**

dit que les articles 10.1.et 47 de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat telle qu'elle a été modifiée ne sont pas contraires à l'article 14 de la Constitution;

ordonne que dans les trente jours de son prononcé l'arrêt soit publié au Mémorial, Recueil de législation, sans indication des nom et prénom de Monsieur X...;

ordonne que l'expédition du présent arrêt soit envoyée par le greffe de la Cour Constitutionnelle au tribunal administratif dont émane la saisine et qu'une copie certifiée conforme soit envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.



## **TEXTES OFFICIELS**



**Article 95 ter.**  
**(Révision du 12 juillet 1996)**

(1) La Cour constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

(2) La Cour constitutionnelle est saisie, à titre préjudiciel, suivant les modalités à déterminer par la loi, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.

(3) La Cour constitutionnelle est composée du président de la Cour supérieure de justice, du président de la Cour administrative, de deux conseillers à la Cour de cassation et de cinq magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. La Cour constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats.

(4) L'organisation de la Cour constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi.

**Avis du Conseil d'Etat (28 mars 1997)  
sur la Proposition de loi relative  
à la Cour Constitutionnelle  
(Avis n° 42.870, doc.parl. n° 4218)**

Par dépêche du 29 octobre 1996 le Premier Ministre a soumis aux délibérations du Conseil d'Etat une proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle. Cette proposition de loi a été déposée le 15 octobre 1996 à la Chambre des députés par le député Luc Frieden.

Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Par dépêches des 4 février et 11 mars 1997 le ministre aux Relations avec le Parlement a fait parvenir au Conseil d'Etat l'avis du ministre de la Justice, l'avis de la Cour supérieure de justice ainsi que les avis du Parquet général et des tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch relatifs à la proposition de loi.

La révision constitutionnelle du 12 juillet 1996 a introduit dans la Constitution luxembourgeoise un article 95ter relatif à une Cour Constitutionnelle.

Le texte de la Constitution retient le principe du contrôle a posteriori de la conformité des lois à la Constitution par voie de questions préjudicielles et fixe la composition de la Cour Constitutionnelle.

Conformément au paragraphe (4) de l'article 95ter de la Constitution, il convient de régler par voie d'une loi ordinaire l'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions. C'est à cet objectif que répond la proposition de loi sous examen.

La proposition de loi est donc une nécessité afin de traduire dans la pratique le texte constitutionnel. Aussi le Conseil d'Etat peut-il marquer son accord avec l'approche fondamentale de l'auteur de la proposition de loi qui a trait à une matière particulièrement importante, délicate et difficile, sous réserve des observations qui sont formulées lors de l'examen des textes.

**Examen des textes**

**Quant à l'intitulé**

Pour des raisons rédactionnelles le Conseil d'Etat propose d'intituler la proposition de loi "proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle" étant donné qu'il semble préférable que l'on puisse faire, suite au vote de la proposition de loi, référence à la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle plutôt qu'à une loi relative à la Cour Constitutionnelle.

## **Quant à l'agencement de la proposition de loi**

Le Conseil d'Etat propose d'agencer la proposition de loi différemment. Il semble en effet indiqué de retirer du chapitre 3 (Composition) les sections 2 à 6 (réception et prestation du serment, rang et préséance, empêchements et remplacements, absences et congés et discipline), qui ne sont pas en relation avec la composition de la Cour Constitutionnelle, et de les faire figurer après le chapitre 4 (Saisine et fonctionnement de la Cour) sous un chapitre 5 nouveau à intituler "De l'organisation".

Par ailleurs, il paraît indiqué d'intégrer les "dispositions diverses" figurant au chapitre 5 actuel de la proposition de loi dans différents autres chapitres avec lesquels elles ont une relation directe.

Le Conseil d'Etat propose donc de structurer la proposition de loi comme suit:

- Chapitre 1er - De l'institution et du siège
- Chapitre 2 - Des attributions
- Chapitre 3 - De la composition
- Chapitre 4 - De la saisine et du fonctionnement
- Chapitre 5 - De l'organisation
  - Section 1re - De la réception et de la prestation du serment
  - Section 2 - Du rang et de la préséance
  - Section 3 - Des empêchements et des remplacements
  - Section 4- De la discipline
  - Section 5 - Du greffe et du règlement d'ordre intérieur.

### **Article 1er.**

Le Conseil d'Etat propose pour des raisons de rédaction de libeller l'alinéa premier de cet article comme suit:

"La présente loi porte organisation de la Cour Constitutionnelle."

Il est proposé par ailleurs de préciser à l'alinéa 2 que le siège de la Cour Constitutionnelle est à Luxembourg au palais de justice de la Cour supérieure de justice.

Il paraît en effet certain que la Cour Constitutionnelle ne siègera pas, du moins dans un premier temps, dans un siège nouveau. En raison du fait que la Cour supérieure de justice est non seulement la juridiction la plus ancienne mais encore l'émanation la plus élevée des juridictions en place du pouvoir judiciaire au regard notamment des articles 85 et 95 deuxième phrase de la Constitution, il semble indiqué de préciser dans le texte même que le siège de la Cour se trouve au palais de justice où siège la Cour supérieure de justice.

Dans un ordre d'idées plus général, le Conseil d'Etat propose d'un point de vue rédactionnel de s'en tenir quant à la question s'il y a lieu d'écrire la première lettre des mots désignant les différents corps judiciaires avec majuscule ou minuscule, à

l'orthographe utilisée par la Constitution dans les textes instituant les différents corps. C'est ainsi que le Conseil d'Etat propose en référence à l'article 87 d'écrire "Cour supérieure de justice", en référence à l'article 95bis "Cour administrative" et en référence à l'article 95ter "Cour Constitutionnelle".

L'alinéa 2 serait dès lors à libeller comme suit:

"Le siège de la Cour Constitutionnelle est à Luxembourg au palais de justice de la Cour supérieure de justice".

### **Article 2.**

Cet article qui reprend les principes retenus aux paragraphes (1) et (2) de l'article 95ter de la Constitution ne donne pas lieu à observation. Il ne paraît pas indispensable de reprendre à cet endroit la disposition constitutionnelle suivant laquelle la Cour Constitutionnelle statue par voie d'arrêt, cette disposition figurant à l'article 24 de la proposition de loi (13 selon le Conseil d'Etat).

### **Article 3.**

Le paragraphe (1) ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat propose de reprendre au paragraphe (2) les dispositions contenues au paragraphe (3) de l'article 95ter de la Constitution pour autant que ce texte énumère les magistrats qui sont de droit membres de la Cour Constitutionnelle. Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation ne seront donc pas à nommer membres de la Cour Constitutionnelle par le Grand-Duc puisque de par la Constitution ils sont membres de cette Cour à partir du jour de leur nomination aux fonctions visées dans leurs corps judiciaires respectifs.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition figurant au paragraphe (2) de la proposition de loi d'après laquelle "les cinq autres conseillers sont nommés parmi les conseillers en exercice auprès de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative ...".

En effet, aux termes de l'article 95ter, paragraphe (3) la Cour Constitutionnelle est composée "... de cinq magistrats nommés par le Grand-Duc ...".

La Constitution prévoit donc que les cinq membres de la Cour Constitutionnelle qui ne le sont pas de droit doivent être choisis parmi les magistrats sans préciser les juridictions dont ils doivent faire partie. En restreignant le choix des magistrats en question aux seuls membres de la Cour supérieure de justice ou de la Cour administrative, le texte proposé n'est pas conforme à la disposition constitutionnelle visée.

Le Conseil d'Etat estime encore indiqué de prévoir dans le texte même que l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative aux fins de désigner les cinq membres de la Cour Constitutionnelle est convoquée par le président de la Cour supérieure de justice.

Compte tenu de l'ensemble de ces considérations le Conseil d'Etat propose de libeller les paragraphes (2) et (3) nouveaux comme suit:

"(2) Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation sont de droit membres de la Cour Constitutionnelle.

(3) Les cinq autres membres de la Cour Constitutionnelle, qui doivent avoir la qualité de magistrat, sont nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. Aux fins de rendre cet avis la Cour supérieure de justice et la Cour administrative se réunissent en assemblée générale conjointe, convoquée par le président de la Cour supérieure de justice."

En ce qui concerne la présidence de la Cour Constitutionnelle, le Conseil d'Etat estime indiqué de prévoir dans le texte de loi que celle-ci revient de droit au président de la Cour supérieure de justice et que la vice-présidence de la Cour Constitutionnelle revient au président de la Cour administrative. Cette proposition tient compte de la préséance entre les deux juridictions et a l'avantage d'éviter toute difficulté pouvant surgir d'un autre mode de désignation des postes en question.

Aussi le Conseil d'Etat propose-t-il d'insérer un paragraphe (4) nouveau libellé comme suit:

"(4) Le président de la Cour supérieure de justice est président de la Cour Constitutionnelle. Il est chargé de surveiller la bonne marche des affaires et d'assurer le fonctionnement de la juridiction.

Le président de la Cour administrative est vice-président de la Cour Constitutionnelle. "

Quant au paragraphe (3) de l'article 3 sous examen, il semble superfétatoire de prévoir que les membres de la Cour Constitutionnelle cessent leurs fonctions à l'âge de 65 ans si l'on précise à la phrase suivante que leurs fonctions prennent fin s'ils cessent d'être magistrats, les magistrats devant de toute façon prendre leur retraite à 65 ans.

Par ailleurs, il convient de faire une distinction entre les membres de droit et les membres nommés par le Grand-Duc.

En effet, à supposer qu'un des membres de droit soit nommé à d'autres fonctions judiciaires (par exemple un conseiller à la Cour de cassation qui est nommé aux fonctions de procureur général d'Etat), il doit être évident que le nouveau membre de droit sera le nouveau conseiller à la Cour de cassation, sans que son prédécesseur à ce poste n'ait perdu la qualité de magistrat.

Les membres de la Cour Constitutionnelle visés au paragraphe (2) de l'article 3, dans la version proposée par le Conseil d'Etat, cessent leur fonction à la Cour Constitutionnelle s'ils ne remplissent plus les fonctions en vertu desquelles ils sont membres de droit de la Cour Constitutionnelle.

Les membres de la Cour Constitutionnelle visés au paragraphe (3) dudit article 3, tel que proposé par le Conseil d'Etat, cessent leur fonction à la Cour Constitutionnelle s'ils cessent leurs activités en tant que magistrats.

Il est dès lors proposé de libeller le paragraphe (5), comme suit:

"(5) La cessation des fonctions des membres de droit de la Cour Constitutionnelle et la cessation définitive de la fonction de magistrat entraînent celle des fonctions à la Cour Constitutionnelle."

Le texte ainsi proposé est assez précis pour refuser l'exercice de la fonction de membre de la Cour constitutionnelle à tous les magistrats qui ne sont plus en activité auprès de leur corps d'origine. Par rapport au texte de la proposition de loi la notion de cessation "temporaire" a été omise afin d'éviter des difficultés inextricables.

#### **Article 4.**

Il y a lieu de supprimer la deuxième phrase de cet article qui n'a pas sa place dans le chapitre relatif à la composition de la Cour. Le Conseil d'Etat propose de reprendre cette disposition à l'article 23 (12 selon le Conseil d'Etat)

#### **Article 5.**

Le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit en l'occurrence d'un devoir professionnel évident de la part d'un membre de la Cour Constitutionnelle et qu'il ne s'agit que d'une illustration du principe plus général figurant à l'article 12 (21 selon le Conseil d'Etat). S'agissant de la juridiction suprême du pays, le Conseil d'Etat estime surabondant de rappeler ce principe dans la loi organique. Il semble dès lors opportun de supprimer cet article. D'ailleurs, la proposition de loi qui ne comporte qu'une trentaine d'articles ne devrait pas tendre à régler des questions déontologiques évidentes.

#### **Articles 6 et 7 (5 et 17 selon le Conseil d'Etat).**

Sans observation.

#### **Article 8 (18 selon le Conseil d'Etat).**

Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de supprimer le dernier alinéa. En effet, d'une part, en ce qui concerne les membres de droit de la Cour Constitutionnelle, on ne saurait prévoir un remplacement quelconque. Par ailleurs, ces membres ne bénéficient pas d'une nomination à ce poste ainsi qu'il a été développé ci-avant. En ce qui concerne les autres membres, il ne faut pas oublier qu'ils s'étaient portés candidats à ce poste, de sorte qu'il n'y aura certainement aucune difficulté pour la prestation de serment. Il semble donc préférable d'abandonner cet alinéa.

#### **Article 9 (19 selon le Conseil d'Etat).**

Il se recommande de libeller cet article comme suit:

"Il est tenu une liste de rang sur laquelle les membres de la Cour sont inscrits dans l'ordre qui suit: Le président, le vice-président, les conseillers à la Cour de cassation dans l'ordre de leur nomination.

Les conseillers sont portés sur cette liste dans l'ordre que suivent les arrêtés de nomination, ou dans celui de leur inscription dans l'arrêté de nomination simultanée.

La liste détermine le rang des membres dans les cérémonies et aux audiences de la Cour."

**Article 10** (20 selon le Conseil d'Etat).

Sans observation.

**Article 11.**

Pour les raisons développées lors de l'examen de l'article 5 il y a lieu de supprimer cet article.

**Article 12** (21 selon le Conseil d'Etat).

Le paragraphe (3) de l'article 95ter de la Constitution contenant un renvoi à l'article 91 de la Constitution, le Conseil d'Etat estime que c'est à bon droit que le texte sous examen tend à prévoir un régime disciplinaire propre pour les membres de la Cour Constitutionnelle. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'il s'agit d'une juridiction indépendante par rapport aux corps dont ses membres proviennent. Il en résulte que les membres de la Cour Constitutionnelle doivent relever d'un régime disciplinaire distinct de celui applicable dans leur corps d'origine. En pratique, les sanctions éventuellement encourues dans le cadre d'une des fonctions exercées risquent évidemment de ne pas être sans conséquences sur les autres fonctions assumées.

Le libellé de l'article sous examen ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Le Conseil estime cependant utile de compléter cet article par un deuxième alinéa attribuant compétence au président de la Cour Constitutionnelle d'initier, d'instruire et de poursuivre toute affaire disciplinaire. Il s'agit en effet d'éviter toute discussion en la matière sur la question "du juge et partie" qui fait qu'on peut considérer une juridiction comme partielle. Il y a donc lieu de prévoir expressément que le président de la Cour Constitutionnelle fait office de partie poursuivante en l'espèce, ce qui entraîne évidemment qu'il ne participe pas aux délibérations et décisions en la matière. Le Conseil d'Etat propose d'amender l'article 14 (23 selon le Conseil d'Etat) en ce sens. L'article 12 (21 selon le Conseil d'Etat) serait dès lors à libeller comme suit:

"Art. 21.- Les membres de la Cour qui ont manqué à la dignité de leurs fonctions ou aux devoirs de leur état peuvent faire l'objet d'une peine disciplinaire.

Toute affaire disciplinaire est initiée, instruite et poursuivie par le président de la Cour Constitutionnelle."

**Article 13** (22 selon le Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat estime en ce qui concerne les peines disciplinaires qu'il y a lieu de faire abstraction de la peine d'amende qui ne semble pas adéquate en l'espèce. Il en est de même pour la peine de la mise à la retraite, peine qui entraînerait d'ailleurs des problèmes d'application pour les membres de droit de la Cour Constitutionnelle, si le membre en question n'était pas sanctionné de la même manière dans son corps d'origine.

En ce qui concerne la peine d'exclusion temporaire il s'impose de la prévoir étant donné que l'article 91 de la Constitution auquel l'article 95ter (3) se réfère prévoit parmi les peines expressément la peine de la suspension. Le Conseil d'Etat propose

toutefois de faire abstraction de la privation de la rémunération pendant cette période. De même, la dernière phrase est à supprimer pour la simple raison qu'aucun texte de loi ne prévoit de majorations biennales ou de pensions pouvant revenir aux membres de la Cour Constitutionnelle.

En ce qui concerne la peine de la révocation, il y a lieu de supprimer la deuxième phrase. Il est en effet évident que la révocation emporte la perte de la fonction et du titre. En ce qui concerne la pension, il est renvoyé aux développements qui précèdent à ce sujet.

L'article 13 (22 selon le Conseil d'Etat) serait à libeller comme suit:

"Art. 22.- Les peines disciplinaires sont:

1. l'avertissement;
2. la réprimande;
3. la suspension des fonctions pour une durée qui ne peut dépasser 6 mois;
4. la révocation."

**Article 14** (23 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose que toutes les peines disciplinaires soient prononcées par la Cour Constitutionnelle siégeant en assemblée générale. Suite aux observations faites lors de l'examen de l'article 12 (21 selon le Conseil d'Etat) il est proposé de libeller cet article comme suit:

"Art. 23.- Les peines disciplinaires sont infligées par la Cour Constitutionnelle siégeant en assemblée générale et statuant en chambre du conseil.

Le président de la Cour Constitutionnelle ne participe pas aux délibérations et décisions en la matière."

**Articles 15, 16 et 17** (24, 25 et 26 selon le Conseil d'Etat)

Sans observation, sauf qu'à l'article 15 (24 selon le Conseil d'Etat) il y a lieu de préciser que la notification a lieu par la voie du greffe.

**Article 18** (6 selon le Conseil d'Etat).

Pour la rédaction de cet article l'auteur de la proposition de loi s'est inspiré largement de l'article 177 du Traité CEE relatif aux questions préjudicielles à poser à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Le Conseil d'Etat approuve en principe cette démarche sous réserve évidemment qu'elle ne soit pas contraire aux dispositions de l'article 95ter de la Constitution.

Aux termes du paragraphe (1) de l'article sous examen les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire, autres que la Cour de cassation et la Cour administrative, auraient la faculté ("la juridiction peut") de demander à la Cour Constitutionnelle de statuer sur la conformité d'une loi à la Constitution. Par contre, d'après le paragraphe (2) la Cour de cassation et la Cour administrative auraient l'obligation de poser ces questions.

Le Conseil d'Etat estime que le système proposé laissant la faculté aux juridictions de fond de saisir ou de ne pas saisir la Cour constitutionnelle est contraire à l'article 95ter de la Constitution et il doit dès lors s'y opposer formellement.

En effet, aux termes de l'article 95ter de la Constitution il revient à la Cour Constitutionnelle et à elle seule de statuer sur la conformité des lois à la Constitution. Ce principe découle non seulement du texte clair de la Constitution mais encore de l'ensemble des travaux préparatoires ayant précédé l'article 95ter de la Constitution et du commentaire de l'article 2 de la proposition de loi.

On ne saurait dès lors laisser la faculté à une juridiction ordinaire quelconque de se prononcer, sur la conformité d'une loi à une disposition constitutionnelle.

Il est d'ailleurs dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le problème de la constitutionnalité soit soumis dans la mesure du possible dès la première instance à la Cour Constitutionnelle afin de ne pas perdre de temps, le jugement ayant mal interprété les textes visés étant réformé par la suite et, le cas échéant, l'affaire même renvoyée en première instance.

Par ailleurs, en raison de la composition de la Cour Constitutionnelle, il est préférable que le renvoi ait lieu avant que l'affaire ne soit pendante devant la Cour de cassation, des difficultés de composition pouvant surgir en raison des trois membres de droit de la Cour Constitutionnelle venant de la Cour de cassation.

Il serait d'ailleurs inexact de soutenir que dans ces affaires il y aurait de toute façon toujours recours en cassation ou appel devant la Cour administrative, étant donné que tel n'est pas nécessairement le cas alors que l'intérêt réel des parties n'est pas toujours de faire appel ou d'introduire un recours en cassation.

En dehors de ces raisons pratiques, des raisons de constitutionnalité imposent de prévoir l'obligation pour toute juridiction de saisir la Cour Constitutionnelle de toutes questions de conformité d'une loi à la Constitution.

On ne saurait invoquer en l'espèce le paragraphe (2) de l'article 95ter de la Constitution, qui prévoit que la Cour Constitutionnelle est saisie "suivant les modalités à déterminer par la loi", pour faire admettre que toutes les juridictions ne seraient pas obligées de soumettre la question de la constitutionnalité d'une loi à la Cour Constitutionnelle, étant donné que ce pouvoir revient à la seule Cour Constitutionnelle.

Le Conseil d'Etat marque par contre son accord avec les modalités prévues par l'auteur de la proposition de loi qui doivent être fixées afin d'empêcher que des questions dénuées de tout fondement, sans relation avec le problème soumis au juge, fassent l'objet d'un renvoi devant la Cour Constitutionnelle. Il en doit être de même si cette Cour a déjà statué sur le même objet. Il faut en effet éviter que la Cour Constitutionnelle ne soit saisie indistinctement de toutes sortes d'affaires où la saisine repose davantage sur la détermination d'une des parties de faire durer un procès aussi longtemps que possible plutôt que sur une question de constitutionnalité sérieuse. Il importe en effet que les délais des procès ne soient pas abusivement prolongés.

En ce qui concerne le paragraphe (4) il convient de le libeller différemment eu égard au principe du contradictoire qui doit être respecté par les juridictions au cas où elles soulèvent un moyen d'office. Le Conseil d'Etat renvoie à ce sujet à son avis relatif au projet de loi modifiant certaines dispositions du code de procédure civile ainsi que d'autres dispositions légales (doc. parl. n° 4081/4). Dans le même contexte il convient de relever l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1997 dans l'affaire M.P./K où le non-respect du principe du contradictoire a été jugé comme étant contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Pour l'ensemble des considérations qui précèdent le Conseil d'Etat propose de libeller l'article sous examen comme suit:

"Art. 6.- Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle.

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que:

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement;
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;
- c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations."

Le Conseil d'Etat estime que le libellé proposé permet à une juridiction, un certain temps après que la Cour Constitutionnelle a statué sur une question et qu'une évolution de sa jurisprudence ne paraît pas exclue, de poser à nouveau cette question, bien que le texte proposé retienne le principe de ne pas saisir la Cour Constitutionnelle deux fois de la même question.

**Article 19** (7 selon le Conseil d'Etat)

L'alinéa premier de cet article ne donne pas lieu à observation.

Le Conseil d'Etat ne peut cependant marquer son accord avec l'alinéa deux pour autant qu'il y est prévu que la juridiction qui décide de saisir la Cour Constitutionnelle prononce la rupture du délibéré. Il y a lieu d'observer en premier lieu que la rupture du délibéré n'est prévue, à la connaissance du Conseil d'Etat, par aucun code ou loi procédurale. Les juges rendent des jugements motivés. En l'espèce ils doivent également répondre aux moyens de recevabilité et de compétence qui sont soulevés. La décision de saisine doit par ailleurs également être un jugement puisque cette décision doit être motivée comme tout jugement. En l'espèce il s'agit d'un jugement d'avant dire droit. A moins qu'on ne lui fournisse des explications plus étendues, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition sous

examen, pour autant qu'on entend imposer aux juges de poser une question préjudicielle par voie de rupture du délibéré, qui est dans la pratique judiciaire une demande de renseignements matériels non autrement motivée que le juge adresse sous forme écrite aux parties.

En l'espèce le juge est saisi d'un litige qu'il doit trancher par voie d'un jugement motivé au sens de l'article 89 de la Constitution. Le Conseil d'Etat ne peut accepter une dérogation quelconque à cette disposition constitutionnelle. Le cas échéant, le juge doit d'ailleurs s'expliquer pour quelles raisons il estime devoir renvoyer l'affaire devant la Cour Constitutionnelle alors qu'une des parties soutient qu'on se trouve dans une des situations visées à l'article 18, alinéa 2 (6, alinéa 2 selon le Conseil d'Etat) où un renvoi n'est pas obligatoire.

Le fait est d'ailleurs que tant la Cour Benelux que la Cour de Justice des Communautés Européennes, qui connaissent le système des recours préjudiciels, sont toujours saisies par voie de jugements.

Pour les raisons qu'il exposera lors de l'examen de l'article 22 (10 selon le Conseil d'Etat), le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord à ce que la décision de renvoi préjudiciel soit notifiée au Président de la Chambre des députés et au Premier Ministre. Par contre, il suggère que la décision soit notifiée pour information au Premier Ministre. Il paraît en effet indiqué que le Premier Ministre en tant que Ministre d'Etat soit au courant de toutes les affaires où la conformité d'une loi à la Constitution est mise en doute.

Il est proposé de libeller cet article comme suit:

"Art. 7.- La décision de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle suspend la procédure et tous délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle.

Cette décision, contre laquelle aucun recours n'est possible, est notifiée par courrier recommandé par les soins du greffe de la Cour aux parties en cause, et, le cas échéant, à leurs mandataires. Elle est encore notifiée pour information au Premier Ministre."

**Article 20** (8 selon le Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat ayant développé ci-avant les raisons pour lesquelles la juridiction qui pose la question préjudicielle doit le faire sous forme de jugement, il en découle nécessairement que tous les éléments de droit et de fait du litige sont à la connaissance de la Cour Constitutionnelle. Pour cette raison, il est proposé de supprimer la dernière phrase de l'article sous rubrique.

La transmission du greffe de la juridiction qui pose la question étant postérieure à la décision de saisine, il convient de modifier l'agencement de ce texte comme suit:

"La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte.

Le greffe de la juridiction qui pose la question préjudicielle transmet la décision de saisine au greffe de la Cour Constitutionnelle."

**Article 21** (9 selon le Conseil d'Etat).

Pour des raisons rédactionnelles il semble préférable de libeller cet article comme suit:

"Art. 9.- Le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire et désigne un conseiller-rapporteur."

**Article 22** (10 selon le Conseil d'Etat).

Cet article tend à régler la procédure devant la Cour Constitutionnelle. Le Conseil d'Etat ne peut que saluer la démarche proposée par l'auteur de la proposition de loi qui tend à imposer certains délais aux parties tout en ne tâchant pas de régler toute la procédure dans le moindre détail. L'expérience devra montrer si ce système de procédure fait ses preuves ou s'il y a lieu de l'amender.

Il est proposé à la deuxième phrase du premier alinéa que tant le président de la Chambre des députés que le Premier Ministre auxquels, d'après l'auteur de la proposition de loi, la décision de saisine de la Cour Constitutionnelle est notifiée (art. 19 de la proposition de loi) peuvent également déposer des conclusions.

Le Conseil d'Etat est extrêmement réservé quant à l'opportunité de voir intervenir dans ces affaires le Président de la Chambre des députés et le Premier Ministre. Par ces interventions on risque en effet de donner inéluctablement une tournure politique à ces affaires qui sont déjà assez délicates en soi, et dont il y a lieu de tenir éloignées des considérations d'ordre politique. Dans ce contexte il convient en effet de ne pas perdre de vue que tant le Premier Ministre que le Président de la Chambre seraient en fait dans l'obligation - politique - , s'ils concluent, de conclure à la conformité de la loi à la Constitution.

Le Conseil d'Etat n'ignore pas que la disposition sous examen figure par exemple dans la loi belge instituant la Cour d'arbitrage. Or, il ne faut pas oublier que cette Cour a pour mission principale - non exclusive il est vrai - de veiller à ce que les pouvoirs des différentes régions ou communautés soient respectés en Belgique, ce qui intéresse et concerne directement les organes qui ont pris les mesures en question.

Un autre fait est que tant la Cour d'arbitrage belge, que les cours constitutionnelles d'autres pays voisins sont composées essentiellement de personnalités publiques (hommes politiques, professeurs de facultés, juristes de renom) provenant d'autres milieux que la magistrature. Il se trouve que chez nous, aux termes de l'article 95ter de la Constitution, la Cour Constitutionnelle est composée exclusivement de magistrats des ordres judiciaire et administratif. Le risque existe qu'en cas de décision de non-conformité d'une loi à la Constitution le tout prenne l'allure - sans qu'on le veuille - d'une sanction donnée par la Cour Constitutionnelle, voire le troisième pouvoir, tant au Président de la Chambre des députés qu'au Premier Ministre. Ainsi, les relations normales entre les différents pouvoirs risquent d'en pâtir, ce que du point de vue institutionnel il faut éviter à tout prix.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Conseil d'Etat doit s'opposer plus que fermement à la disposition sous examen.

Il est certes exact qu'on pourrait concevoir qu'une instance joue dans les affaires relevant de la Cour Constitutionnelle le rôle d'"amicus curiae", rôle qui est dévolu tant auprès de la Cour de Justice Benelux qu'auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes à un avocat général. Il y a lieu de noter toutefois que ces magistrats font partie intégrante de ces juridictions, selon leur statut. Or, force est de constater que l'article 95ter de la Constitution énumère limitativement les membres de la Cour Constitutionnelle, parmi lesquels ne figure aucun membre qui pourrait assumer les fonctions d'"amicus curiae".

Un tel avis émanant d'une personne ou institution indépendante aurait certes l'avantage pour la Cour Constitutionnelle de se faire exposer sous un éclairage neutre le problème.

Le Conseil d'Etat a cependant des hésitations à voir ce rôle confié au Procureur Général d'Etat. En effet, dans les affaires pénales le ministère public a vocation de toute façon de figurer dans la procédure, non en tant qu'"amicus curiae" mais en tant que partie poursuivante. Or, il est évident qu'on ne peut pas jouer les deux rôles à la fois. Dans d'autres procédures, civiles ou commerciales, il risque de figurer comme partie jointe par application de l'article 83 du code de procédure civile, soit parce que l'affaire est communicable au ministère public, soit parce que l'ordre public est en jeu, ce qu'on pourrait de toute façon concevoir dans ces affaires.

Dans les affaires administratives il pourrait par contre être considéré comme quelque peu surprenant de voir le Procureur Général prendre des conclusions différentes de celles du délégué du Gouvernement. La question des relations entre le ministre de la Justice et le Procureur Général d'Etat risque d'être posée sur un terrain difficile: le fait que le Procureur Général exerce en droit ses pouvoirs sous l'autorité du ministre de la Justice selon l'article 70 de la loi sur l'organisation judiciaire, ne risque-t-il pas de mettre en fait dans l'embarras un Procureur Général d'Etat tenté de conclure à la non-conformité d'une loi à la Constitution, loi que le ministre de la Justice a, le cas échéant, fait élaborer? Cet embarras ne se trouve pas écarté même si le ministre s'abstient de lui faire connaître de quelque manière que ce soit sa manière de voir le problème.

Pour l'ensemble de ces considérations le Conseil d'Etat est très réservé quant à l'opportunité d'associer le Procureur Général d'Etat aux débats devant la Cour Constitutionnelle.

Quant au texte, il se recommande de supprimer à l'alinéa 1er le mot "réputées" dans le texte et de libeller cet article comme suit:

"Dans un délai de soixante jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle."

En effet, il n'y a pas à proprement parler de litige devant la Cour Constitutionnelle. On ne saurait donc pas non plus concevoir une opposition contre un arrêt de la Cour Constitutionnelle par l'une des parties au litige initial n'ayant pas été partie à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Dans les alinéas 2 et 3, il s'entend que les parties devant la Cour Constitutionnelle sont celles qui ont satisfait aux conditions de l'alinéa 1er. Il s'ensuit qu'il y a lieu d'omettre au 2e alinéa le mot "autres".

Il y a encore lieu de supprimer le dernier alinéa qui est le droit commun en la matière depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne de Bâle sur la computation des délais.

Compte tenu de toutes ces observations, le Conseil d'Etat propose de libeller le texte de l'article sous examen comme suit:

"Art. 10.- Dans un délai de soixante jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles.

Dans les soixante jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. La date de cette audience est fixée par la Cour, hors présence des parties; elle est communiquée par courrier recommandé aux parties, au moins quinze jours à l'avance, par le greffe de la Cour."

**Article 23** (12 selon le Conseil d'Etat)

Cet article ne donne pas lieu à observation sauf que le Conseil d'Etat propose d'y faire figurer la deuxième phrase de l'article 4 de la proposition de loi. La disposition afférente s'insère en effet mieux à l'article et au chapitre sous examen qu'au chapitre relatif à la composition de la Cour Constitutionnelle.

Cet article est donc à libeller comme suit:

"Art. 12.- La Cour Constitutionnelle prend l'affaire en délibéré. Les délibérations de la Cour sont secrètes. Les décisions sont prises à la majorité des voix."

**Article 24** (13 selon le Conseil d'Etat).

Aux termes de cet article la Cour, qui statue par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution "n'a pas égard aux faits de la cause. Elle se prononce de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déférées".

Le Conseil d'Etat ne peut marquer son accord avec cette disposition. En effet, en premier lieu il convient d'observer qu'en spécifiant ce à quoi la Cour Constitutionnelle doit avoir égard en statuant, le texte sous examen ajoute à la Constitution qui se

borne à dire au paragraphe (1) de l'article 95ter que la "Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution".

Le Constituant n'ayant pas précisé, ou limité, le cadre et les éléments à prendre en considération, le législateur ne saurait le faire. Pour cette raison, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à la disposition sous examen.

Par ailleurs, il y a lieu d'observer que le système de l'analyse abstraite de la conformité d'une loi à la Constitution se conçoit dans un système de contrôle a priori de la Constitution mais pas forcément dans un contrôle de système a posteriori.

Il est ainsi évident qu'on ne manquera pas d'invoquer - et les cas s'annoncent déjà - qu'une interprétation donnée d'une disposition légale est contraire à la Constitution. On peut d'ailleurs concevoir parfaitement que des plaideurs considèrent des interprétations jurisprudentielles comme étant contraires à la Constitution. En l'espèce, il s'agit donc de l'application d'une loi et le juge constitutionnel sera amené à dire si le sens donné à un texte est conforme ou non à la Constitution, ou en quel sens il convient d'interpréter un texte pour que celui-ci soit conforme à la Constitution.

De même, le cadre factuel peut avoir son incidence pour dire en quelles hypothèses un texte de loi peut être considéré comme étant conforme ou non à la Constitution.

La Cour de Justice des Communautés Européennes a d'ailleurs rappelé de manière constante que la nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'inscrivent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées (voir entre autres arrêt du 26 janvier 1993 dans l'affaire Telemarsicabruzzo E.A.).

Ceci étant, le Conseil d'Etat est toutefois bien conscient du fait que très probablement, dans la plupart des affaires, la Cour Constitutionnelle sera amenée à se prononcer de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déférées.

Pour l'ensemble des considérations qui précèdent le Conseil d'Etat propose de supprimer la deuxième et la troisième phrases du premier alinéa de l'article sous examen.

Quant au deuxième alinéa le Conseil d'Etat estime le délai de six mois dans lequel les arrêts doivent être prononcés comme trop long. En effet, les membres de la Cour sont dès le dépôt de la question préjudicielle au courant du problème qui se pose et peuvent se préparer à y répondre, leur approche du problème pouvant encore s'affiner au fur et à mesure que les conclusions sont déposées. Il convient de ne pas perdre de vue que le contrôle de la constitutionnalité des lois ne devra pas allonger outre mesure la durée des procès. Pour l'ensemble de ces considérations le Conseil d'Etat propose de limiter à trois mois le délai dans lequel les arrêts doivent être prononcés.

Le Conseil d'Etat propose le libellé suivant pour l'article sous examen:

"Art. 13.- La Cour statue par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution.

Les arrêts sont rendus dans les trois mois à compter de la clôture des débats. Les arrêts de la Cour sont motivés."

**Article 25** (14 selon le Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat propose que l'arrêt soit publié en entier au Mémorial en raison de l'importance des décisions et afin de permettre à tous les intéressés de prendre connaissance non seulement du dispositif de la décision mais encore des motifs qui sont le soutien du dispositif.

Il y a toutefois lieu de prendre en considération l'aspect de protection de la vie privée que la publication d'une décision de justice peut présenter. Si la Cour décide de faire abstraction des données à caractère personnel lors de la publication de sa décision, le greffier transmettra un extrait dépersonnalisé au Service central de législation. Il doit être entendu que la décision de ne pas publier les données à caractère personnel des parties en cause n'a pas à figurer au dispositif de l'arrêt.

Il se recommande de libeller cet article comme suit:

"Art. 14.- L'arrêt est lu en audience publique par le président ou par un autre membre de la Cour, délégué à cette fin, sans que la présence des autres membres de la Cour ne soit requise. L'arrêt est publié au Mémorial, Recueil de législation, dans les trente jours de son prononcé.

La Cour Constitutionnelle peut décider de faire abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause."

**Article 26** (15 selon le Conseil d'Etat).

Il y a lieu de préciser que c'est l'expédition de l'arrêt qui est envoyée par le greffe de la Cour à la juridiction dont émanait la question ainsi qu'une copie certifiée conforme aux parties.

Compte tenu d'autres modifications d'ordre rédactionnel, il est proposé de libeller cet article comme suit:

"Art. 15.- L'expédition de l'arrêt est envoyée par le greffe de la Cour à la juridiction dont émanait la saisine et une copie certifiée conforme est envoyée aux parties en cause devant cette juridiction et, le cas échéant, à leurs mandataires.

La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour."

**Article 27.**

Le Conseil d'Etat propose d'insérer cette disposition comme deuxième phrase de l'article 3, paragraphe 4.

**Article 28** (11 selon le Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat ne voit pas pour quelle raison il y a lieu d'imposer à l'occasion de la procédure devant la Cour Constitutionnelle aux parties le recours à un avocat. Il s'agit en effet d'un incident de procédure par lequel une juridiction demande à une juridiction supérieure de dire le droit sur un point important et bien particulier. Peut-on

par ailleurs forcer des parties qui, suivant la matière pendante devant le juge du fond, n'ont pas eu recours à un avocat à y avoir recours pour la procédure devant la Cour Constitutionnelle?

Le texte proposé donne encore lieu à observation en ce qu'il tend à obliger les ministères publics à charger un avocat avec la mission d'exposer leur point de vue à la Cour Constitutionnelle. De même, en matière administrative les délégués du Gouvernement ne pourraient pas représenter l'Etat dans les affaires dans lesquelles l'Etat est partie. Ceci ne semble pas indiqué.

Pour l'ensemble de ces considérations il est proposé de libeller cet article comme suit:

"Art. 11.- Les parties sont admises à conclure et à plaider devant la Cour Constitutionnelle soit en personne, soit par le ministère d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats.

En cas de saisine de la Cour Constitutionnelle par une juridiction de l'ordre administratif dans une affaire où l'Etat est partie, celui-ci peut se faire représenter par un délégué ou un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats."

#### **Article 29.**

L'article 95ter de la Constitution précise que les dispositions de l'article 92 sont applicables aux membres de la Cour Constitutionnelle. Cet article prévoyant que les traitements des membres de l'ordre judiciaire sont fixés par la loi, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'article sous examen pour autant qu'il prévoit que les indemnités des membres de la Cour Constitutionnelle sont fixées par règlement grand-ducal.

#### **Article 30** (27 selon le Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat propose que le greffe de la Cour supérieure de justice figure comme greffe de la Cour Constitutionnelle. Cette solution se dégage du fait que la Cour Constitutionnelle siège, d'après le Conseil d'Etat, au palais de justice de la Cour supérieure de justice. Le Conseil propose encore de préciser dans cet article que le greffier assiste aux audiences publiques de la Cour et aux assemblées générales ainsi qu'à l'instruction des affaires disciplinaires.

Il est dès lors proposé de rédiger cet article comme suit:

"Art. 27.- Le greffe de la Cour supérieure de justice fait fonction de greffe de la Cour Constitutionnelle. Le greffier assiste aux audiences publiques de la Cour, aux assemblées générales ainsi qu'à l'instruction des affaires disciplinaires."

#### **Article 31** (28 selon le Conseil d'Etat).

Sans observation.

#### **Article 32** (16 selon le Conseil d'Etat).

Le Conseil d'Etat marque son accord à ce que la procédure devant la Cour Constitutionnelle soit gratuite. Il propose toutefois de préciser que les arrêts de la Cour Constitutionnelle ne donnent pas lieu à la liquidation de frais et dépens.

Cet article serait dès lors à libeller comme suit:

"Art. 16.- La procédure devant la Cour est gratuite. Les arrêts de la Cour ne donnent pas lieu à la liquidation de frais et dépens."

#### **Article 33.**

Cet article est à supprimer comme étant surabondant. Il semble aller de soi que les crédits de l'instance judiciaire suprême soient à charge de l'Etat. A la connaissance du Conseil d'Etat aucune disposition analogue ne figure dans la loi organique d'une autre juridiction.

#### **Article 34.**

Cet article est également à supprimer aux yeux du Conseil d'Etat. En effet, outre que la date proposée n'est plus d'actualité, il ne semble pas indiqué de fixer une date précise pour l'entrée en vigueur de la loi. Celle-ci devrait, selon le Conseil d'Etat, entrer en vigueur comme toute loi ordinaire. Par ailleurs, ce n'est certainement qu'après la mise en vigueur, qui doit être aussi rapprochée que possible, que le Président de la Cour supérieure de justice convoquera l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative prévue par l'article 3(2) de la proposition de loi (article 3(4) selon le Conseil d'Etat).

Suit le texte proposé par le Conseil d'Etat.

### **Proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle.**

#### *Chapitre 1er - De l'institution et du siège*

**Art. 1er.-** La présente loi porte organisation de la Cour Constitutionnelle. Le siège de la Cour Constitutionnelle est à Luxembourg au palais de justice de la Cour supérieure de justice.

#### *Chapitre 2 - Des attributions*

**Art. 2.-** La Cour Constitutionnelle statue, suivant les modalités déterminées par la présente loi, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles qui portent approbation de traités.

#### *Chapitre 3 - De la composition*

**Art. 3.-** (1) La Cour Constitutionnelle est composée de neuf membres, à savoir d'un président, d'un vice-président et de sept conseillers.

(2) Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation sont de droit membres de la Cour Constitutionnelle.

(3) Les cinq autres membres de la Cour Constitutionnelle, qui doivent avoir la qualité de magistrat, sont nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

Aux fins de rendre cet avis la Cour supérieure de justice et la Cour administrative se réunissent en assemblée générale conjointe, convoquée par le président de la Cour supérieure de justice.

(4) Le président de la Cour supérieure de justice est président de la Cour Constitutionnelle. Il est chargé de surveiller la bonne marche des affaires et d'assurer le fonctionnement de la juridiction.

Le président de la Cour administrative est vice-président de la Cour Constitutionnelle.

(5) La cessation des fonctions des membres de droit de la Cour Constitutionnelle et la cessation définitive de la fonction de magistrat entraînent celle des fonctions à la Cour Constitutionnelle.

**Art. 4.-** La Cour siège, délibère et rend ses arrêts en formation de cinq membres.

**Art. 5.-** Les membres de la Cour ne peuvent délibérer, siéger ou décider dans aucune affaire dans laquelle soit eux-mêmes, soit leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement ont un intérêt personnel.

Les membres de la Cour ne peuvent siéger, décider ou prendre part aux délibérations sur les affaires dont ils ont déjà connu dans une qualité autre que celle de membre de la Cour Constitutionnelle.

Les membres de la Cour peuvent en outre être récusés pour les causes et selon les modalités indiquées aux dispositions afférentes du Code de procédure civile.

#### *Chapitre 4 - De la saisine et du fonctionnement*

**Art. 6.-** Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle.

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que:

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement;
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;
- c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle

doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations.

**Art. 7.-** La décision de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle suspend la procédure et tous délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle.

Cette décision, contre laquelle aucun recours n'est possible, est notifiée par courrier recommandé par les soins du greffe de la Cour aux parties en cause et, le cas échéant, à leurs mandataires. Elle est encore notifiée pour information au Premier Ministre.

**Art. 8.-** La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte.

Le greffe de la juridiction qui pose la question préjudicielle transmet la décision de saisine au greffe de la Cour Constitutionnelle.

**Art. 9.-** Le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire et désigne un conseiller-rapporteur.

**Art. 10.-** Dans un délai de soixante jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles.

Dans les soixante jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. La date de cette audience est fixée par la Cour, hors présence des parties; elle est communiquée par courrier recommandé aux parties, au moins quinze jours à l'avance, par le greffe de la Cour.

**Art. 11.-** Les parties sont admises à conclure et à plaider devant la Cour Constitutionnelle soit en personne, soit par le ministère d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats.

En cas de saisine de la Cour Constitutionnelle par une juridiction de l'ordre administratif dans une affaire où l'Etat est partie, celui-ci peut se faire représenter par un délégué ou un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats.

**Art. 12.-** La Cour Constitutionnelle prend l'affaire en délibéré. Les délibérations de la Cour sont secrètes. Les décisions sont prises à la majorité des voix.

**Art. 13.-** La Cour statue par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution.

Les arrêts sont rendus dans les trois mois à compter de la clôture des débats. Les arrêts de la Cour sont motivés.

**Art. 14.-** L'arrêt est lu en audience publique par le président ou par un autre membre de la Cour, délégué à cette fin, sans que la présence des autres membres de la Cour soit requise. L'arrêt est publié au Mémorial, Recueil de législation, dans les trente jours de son prononcé.

La Cour Constitutionnelle peut décider de faire abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause.

**Art. 15.-** L'expédition de l'arrêt est envoyée par le greffe de la Cour à la juridiction dont émanait la saisine et une copie certifiée conforme est envoyée aux parties en cause devant cette juridiction et, le cas échéant, à leurs mandataires.

La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour.

**Art. 16.-** La procédure devant la Cour est gratuite. Les arrêts de la Cour ne donnent pas lieu à la liquidation de frais et dépens.

#### *Chapitre 5 - De l'organisation*

##### *Section 1re - De la réception et de la prestation du serment*

**Art. 17.-** La réception des membres de la Cour se fait à l'audience publique de la Cour Constitutionnelle.

Les membres de la Cour prêtent serment entre les mains du Grand-Duc ou de la personne désignée par Lui.

**Art. 18.-** Avant d'entrer en fonctions, les membres de la Cour prêtent le serment suivant:

"Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité."

##### *Section 2 - Du rang et de la préséance*

**Art. 19.-** Il est tenu une liste de rang sur laquelle les membres de la Cour sont inscrits dans l'ordre qui suit:

Le président, le vice-président, les conseillers à la Cour de cassation dans l'ordre de leur nomination.

Les conseillers sont portés sur cette liste dans l'ordre que suivent les arrêtés de nomination, ou dans celui de leur inscription dans l'arrêté de nomination simultanée.

La liste détermine le rang des membres dans les cérémonies et aux audiences de la Cour.

##### *Section 3 - Des empêchements et des remplacements*

**Art. 20.-** Le président de la Cour Constitutionnelle est, en cas d'absence, d'empêchement ou de vacance de poste, remplacé par le vice-président ou, à défaut de celui-ci, par le membre le plus élevé en rang, dans l'ordre de la liste prévue par l'article 19.

##### *Section 4 - De la discipline*

**Art. 21.-** Les membres de la Cour qui ont manqué à la dignité de leurs fonctions ou aux devoirs de leur état peuvent faire l'objet d'une peine disciplinaire.

Toute affaire disciplinaire est initiée, instruite et poursuivie par le président de la Cour Constitutionnelle.

**Art. 22.-** Les peines disciplinaires sont:

1. l'avertissement;
2. la réprimande;
3. la suspension des fonctions pour une durée qui ne peut dépasser 6 mois;
4. la révocation.

**Art. 23.-** Les peines disciplinaires sont infligées par la Cour Constitutionnelle siégeant en assemblée générale et statuant en chambre du conseil.

Le président de la Cour Constitutionnelle ne participe pas aux délibérations et décisions en la matière.

**Art. 24.-** Aucune peine ne peut être infligée sans que le membre mis en cause ait été entendu ou dûment appelé. S'il ne comparait pas en la chambre du conseil, il peut se pourvoir, en cas de condamnation, par voie d'opposition, dans les cinq jours de la notification par la voie du greffe.

**Art. 25.-** La Cour Constitutionnelle peut prononcer la suspension provisoire de tout membre poursuivi judiciairement ou administrativement pendant tout le cours de la procédure jusqu'à la décision définitive.

**Art. 26.-** L'action disciplinaire est indépendante de toutes poursuites judiciaires et peut être cumulée avec elles.

#### *Section 5 - Du greffe et du règlement d'ordre intérieur*

**Art. 27.-** Le greffe de la Cour supérieure de justice fait fonction de greffe de la Cour Constitutionnelle. Le greffier assiste aux audiences publiques de la Cour et aux assemblées générales ainsi qu'à l'instruction des affaires disciplinaires à charge des membres de la Cour.

**Art. 28.-** La Cour arrête son règlement d'ordre intérieur. Celui-ci est publié au Mémorial.

Ainsi délibéré en séance plénière le 28 mars 1997.

**Avis complémentaire du Conseil d'Etat (10 juin 1997)  
sur la Proposition de loi portant organisation  
de la Cour Constitutionnelle  
(Avis n°42.870, doc. parl. n°4218 )**

Par dépêche du 21 mai 1997 le Président de la Chambre des députés a soumis aux délibérations du Conseil d'Etat des remarques et propositions d'amendements relatives à la proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

Les amendements qui ont été élaborés par la Commission des Institutions et de la Révision Constitutionnelle de la Chambre des députés étaient accompagnés d'un commentaire des articles. Le Conseil d'Etat a encore pris connaissance d'un avis de la Cour administrative daté au 26 mai 1997 et d'une prise de position de la Cour supérieure de justice du 5 juin 1997.

Le Conseil d'Etat formule ses observations relatives aux différentes remarques et propositions d'amendements en suivant le texte arrêté par la Commission des Institutions et de la Révision Constitutionnelle (ci-après "la commission").

**Quant à la remarque formulée sous la lettre A**

Si les auteurs des amendements proposent l'adoption de la première phrase de cet article dans la version proposée par le Conseil d'Etat, ils entendent maintenir la deuxième phrase dans la version originale de la proposition de loi. En fait, on propose de supprimer la précision que le Conseil d'Etat entendait apporter quant au siège de la Cour Constitutionnelle, de sorte que la loi ne fixerait pas le siège de la Cour Constitutionnelle. Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le texte proposé, étant entendu que la Cour Constitutionnelle devra bien siéger quelque part. Le Conseil part de l'idée que la juridiction suprême arrêtera dans les conditions données elle-même son siège dans son règlement d'ordre intérieur, la loi étant muette à ce sujet. On peut en effet considérer à bon droit que l'organe judiciaire suprême chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et composé des plus hauts magistrats du pays détermine elle-même son siège. Il va sans dire que cette juridiction devra comporter un siège fixe, ce qui est le propre de toute juridiction. Cette solution a l'avantage de souligner l'autonomie de la Cour suprême par rapport à la Cour supérieure de justice et à la Cour administrative en lui confiant le soin de déterminer elle-même son siège. Son siège ne sera en effet pas au bâtiment affecté à telle ou telle juridiction mais là où la Cour Constitutionnelle décide de l'établir, ce qui est fondamentalement différent. Le Conseil d'Etat renvoie encore à ses observations figurant à l'examen de la proposition d'amendement formulée sous la lettre L.

**Quant aux propositions d'amendements formulées sous la lettre B**

Les amendements en question portent sur l'article 3 de la proposition de loi.

Il est proposé en premier lieu (sous le point 1) que le Grand-Duc nomme tous les membres de la Cour Constitutionnelle et non seulement ceux qui ne le sont pas de droit, ainsi que le Conseil d'Etat l'avait proposé.

Le Conseil d'Etat se doit de rendre attentif au fait que le texte proposé ne correspond pas à celui du paragraphe (3) de l'article 95ter de la Constitution où les mots "nommés par le Grand-Duc" se rattachent manifestement aux seuls "cinq magistrats", mots qui précèdent immédiatement la référence à la nomination par le Grand-Duc.

Eu égard à la clarté du texte constitutionnel sur ce point, le Conseil d'Etat ne saurait marquer son accord au texte proposé, lequel a d'ailleurs uniquement trait à la désignation des membres de la Cour Constitutionnelle sans avoir référence à la répartition des tâches au sein de la Cour.

Le Conseil d'Etat ne saisit en tout état de cause pas très bien pour quelle raison le fait que la Cour Constitutionnelle est une juridiction indépendante doit avoir pour conséquence que tous ses membres doivent être nommés par le Grand-Duc, celui-ci devant de toute façon observer les dispositions de l'article 95ter de la Constitution.

Au cas où un magistrat est membre de la Cour Constitutionnelle, sans qu'il soit de ceux qui sont membres de droit, et qu'ultérieurement il est nommé dans son corps d'origine à une fonction où il est de droit membre de la Cour Constitutionnelle, on ne saurait concevoir la nécessité d'une nomination à un poste qu'il occupe déjà.

Par ailleurs, le Conseil renvoie dans ce contexte à ses développements à l'égard de l'article 18 de la proposition de loi contenus dans le présent avis. Dans les conditions données, le Conseil d'Etat propose d'adopter la disposition sous examen dans la version proposée par lui dans son avis du 28 mars 1997.

Le Conseil d'Etat marque par contre son accord avec l'ajout proposé au paragraphe (4) qui tend à prévoir que pour chaque place vacante l'assemblée générale conjointe de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative présente trois candidats et que la présentation de chaque candidat a lieu séparément. Les auteurs de cet amendement s'inspirent en l'occurrence de l'article 43 de la loi sur l'organisation judiciaire qui prévoit le même système. Il y a lieu de noter que la loi portant organisation des juridictions administratives ne prévoit pas une telle modalité lorsque la Cour administrative est appelée à émettre son avis pour les postes énumérés à l'article 95bis de la Constitution.

L'article 95ter de la Constitution indique que les cinq magistrats sont nommés sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative. L'amendement sous examen ayant trait au mode d'élaboration et de présentation de l'avis prévu à la Constitution, et n'établissant pas de règle de laquelle il découlerait que le choix du Grand-Duc serait limité, la constitutionnalité de la disposition en question semble donnée et le Conseil d'Etat peut se rallier à cette proposition.

Le point 2 des amendements regroupés sous la lettre B a trait à la question de savoir selon quel critère il convient de déterminer à qui reviennent la présidence et la vice-présidence de la Cour Constitutionnelle. Si cette question a certainement son

importance qu'il ne faut en aucun cas méconnaître, il faut veiller à ce que d'autres points réglés par la loi ne passent pas au second plan, surtout si l'on considère les questions juridiques, plus qu'épineuses, que pose la mise en oeuvre du système de contrôle de la constitutionnalité des lois par la Cour Constitutionnelle.

Pour la désignation des président et vice-président plusieurs systèmes sont concevables. Ceux que le Conseil d'Etat analyse ci-après ne sont certainement pas les seuls qui entrent en ligne de compte.

Un premier système possible est celui prévu par la proposition de loi qui dans sa version originale prévoit que le président et le vice-président seront nommés par le Grand-Duc. A première vue ce système a l'avantage de la simplicité, mais en réservant ce droit au pouvoir exécutif sans fixer de critères de nomination ni de durée de mandat et à défaut de prévoir une consultation de la Cour Constitutionnelle, il ne ferait que déplacer les problèmes vers le pouvoir exécutif, ce qui ne serait certainement pas indiqué pour la plus haute juridiction du pays et ceci d'autant moins que ce système ne serait pas en concordance avec les règles de consultation prévues en la matière par les différentes lois portant organisation des juridictions. Pour ces raisons il paraît difficile, voire impossible, de retenir ce système.

Un deuxième système consiste à prévoir que le président et le vice-président sont nommés par le Grand-Duc sur avis de la Cour Constitutionnelle. Ce système est celui de droit commun en ce sens que tant le président de la Cour supérieure de justice que le président de la Cour administrative sont nommés sur avis des assemblées générales respectives. Un tel système aurait en outre l'avantage - que l'on peut parfaitement considérer comme étant décisif - de marquer une rupture entre les juridictions d'origine des différents membres de la Cour Constitutionnelle et celle-ci dont le caractère autonome serait souligné. L'article 95ter réglant le mode de désignation des membres de la Cour Constitutionnelle mais non celui des président et vice-président, aucune règle constitutionnelle ne s'y oppose. De même, toute discussion relative à la prééminence d'une des juridictions par rapport à l'autre serait bannie. Si le Conseil d'Etat n'a pas proposé un tel système dans son avis du 28 mars 1997, c'est pour la simple raison qu'il estimait indiqué de prévoir dans le texte que les présidents des deux Cours figurent à la tête de la Cour Constitutionnelle, option qui n'est pas assurée si les président et vice-président sont nommés sur avis de la Cour constitutionnelle.

Le Conseil d'Etat pourrait toutefois se rallier sans difficultés au système décrit ci-avant qui ne réserve pas les fonctions de président et de vice-président de la Cour Constitutionnelle à des magistrats déterminés à l'avance. Si la Chambre des députés devait préférer ce mode de désignation, il y aurait lieu d'inscrire au paragraphe (4) un alinéa nouveau à insérer entre le premier et le deuxième alinéa et qui serait libellé comme suit:

"Le président et le vice-président de la Cour Constitutionnelle sont nommés par le Grand-Duc sur l'avis de la Cour Constitutionnelle."

Le paragraphe (5) se limiterait dans ce cas à la dernière phrase du texte proposé par la commission.

Un troisième système pour la désignation des président et vice-président est de déterminer des fonctions qui, si on les exerce, font qu'on est de droit président ou vice-président de la Cour Constitutionnelle. C'est le système préconisé par le Conseil d'Etat dans son avis du 28 mars 1997.

Le Conseil d'Etat partant du fait, incontestable, que la Constitution réserve le règlement des conflits d'attribution à la Cour supérieure de justice et que, selon la même Constitution, la compétence des juridictions administratives est une compétence d'attribution, cantonnée au domaine des décisions administratives, par rapport à la compétence générale des juridictions de l'ordre judiciaire, avait proposé que la présidence de la Cour Constitutionnelle revienne de droit au président de la Cour supérieure de justice et la vice-présidence au président de la Cour administrative. Cette situation n'a pas changé avec le vote des nouveaux textes constitutionnels et législatifs relatifs aux juridictions administratives, la situation de prééminence ayant été sur le plan constitutionnel certainement la même lorsque le Comité du Contentieux du Conseil d'Etat était la juridiction suprême en matière administrative. Toute comparaison avec des pays ayant en l'espèce sur le plan constitutionnel, institutionnel et législatif une situation juridique différente est évidemment irrelevante.

Il y a d'ailleurs lieu d'observer que la commission semble partager cette analyse étant donné qu'elle reprend le texte proposé par le Conseil d'Etat à l'endroit du deuxième alinéa du quatrième paragraphe de l'article 3, selon lequel c'est le président de la Cour supérieure de justice qui convoque l'assemblée générale conjointe des deux cours aux fins de rendre l'avis relatif à la nomination des membres de la Cour Constitutionnelle qui ne le sont pas de droit.

Le Conseil d'Etat continue à avoir une très nette préférence pour le système préconisé par lui, lequel a en outre l'avantage non négligeable que la présidence revient au corps dont proviendra probablement la majorité des membres, eu égard au mode de désignation arrêté par le Constituant encore que le Conseil d'Etat estime évident que lors de l'émission de l'avis de l'assemblée générale de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative en vue de proposer les membres de la Cour Constitutionnelle qui ne le sont pas de droit, le corps d'origine des différents magistrats ne constituera pas pour l'ensemble des plus hauts magistrats du pays pas un critère de sélection.

Un quatrième système pour la désignation des président et vice-président consiste à prévoir un système de rotation pour ces postes entre les présidents des Cours de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Ce système mettrait en fait les deux juridictions sur un pied d'égalité, alors que suivant les règles constitutionnelles existantes, il n'y a pas d'égalité stricte entre les Cours suprêmes des deux ordres. On part donc de prémisses inexactes pour aboutir à une égalité. Il en résulte qu'on peut se poser la question si un tel système de rotation correspond bien à la Constitution au regard de la cohérence des dispositions constitutionnelles prises dans leur ensemble. Il serait pour le moins navrant qu'une question de constitutionnalité puisse seulement être évoquée à propos de la loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle.

Pour l'ensemble de ces raisons le Conseil d'Etat est opposé par principe à un système de rotation.

Le Conseil d'Etat s'oppose de toute façon formellement au texte proposé, selon lequel la présidence et la vice-présidence sont exercées par le président de la Cour supérieure de justice et par le président de la Cour administrative et qui prévoit qu'en cas de vacance de poste du président, le vice-président est nommé président de la Cour Constitutionnelle.

Il s'agit en réalité d'une égalité seulement apparente. En effet, il résulte de la structure même de la Cour supérieure de justice, qui compte à l'heure actuelle 32 membres et de celle de la Cour administrative qui en compte 5, qu'en règle générale le mandat des présidents de la Cour administrative sera bien plus long que celui des présidents de la Cour supérieure de justice dont les mandats sont précisément, en raison de la structure prédécrite, relativement courts. Il en résulte qu'en fait le système proposé, loin de mettre les deux présidents sur un pied d'égalité, aboutit à ce que pendant la majeure partie du temps la présidence sera assumée par le président de la Cour administrative.

Le système proposé par les auteurs de l'amendement comporte d'ailleurs encore deux autres désavantages. Le premier est le fait que les présidents des deux Cours ne seront pas traités de manière égale chacun dans son ordre de juridiction. Tel président d'une des deux Cours sera président de la Cour Constitutionnelle, tel autre ne le sera pas. Plus grave est la situation décrite ci-après qui ne manquera pas de se présenter. A supposer que les présidents des deux Cours aient sensiblement le même âge, l'un serait donc président de la Cour Constitutionnelle, le cas échéant pendant une durée assez longue, l'autre assurant la vice-présidence. Celui qui assume la présidence part à la retraite de sorte que le vice-président est nommé président. Eu égard au fait qu'il part à son tour à la retraite - peut-être seulement quelques mois après son prédécesseur à la Cour Constitutionnelle - la présidence de la Cour Constitutionnelle revient de nouveau au corps d'origine de son prédécesseur. Si l'on rapproche cette situation du fait que les présidences longues sont assurées en principe à la Cour administrative et les courtes présidences en principe à la Cour supérieure de justice, le système proposé n'est pas acceptable parce qu'inéquilibré. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement au système proposé étant donné qu'il n'assure pas ce à quoi il tend en la forme, à savoir une égalité entre les présidents des deux juridictions, bien au contraire.

Le Conseil d'Etat se prononce en conséquence, sur la base des développements qui précèdent, en faveur de l'adoption de la disposition sous rubrique dans la teneur proposée dans son avis du 28 mars 1997, sinon dans la teneur proposée dans le cadre du présent avis prévoyant la nomination des président et vice-président par le Grand-Duc sur l'avis de la Cour Constitutionnelle.

Toutefois au cas où la Commission voudrait maintenir son idée d'une rotation à la tête de la Cour Constitutionnelle, le Conseil d'Etat formule à titre tout à fait subsidiaire une autre proposition, bien qu'il se rende parfaitement compte de tous les désavantages d'un tel système qui ont été développés ci-avant. Aussi le Conseil d'Etat ne voudrait-il pas que cette proposition soit considérée comme un abandon de

sa position de principe ou même comme une atténuation quelconque de sa position. S'il formule une proposition alternative, c'est uniquement qu'il n'entend pas voir focaliser et s'enliser le débat sur la question sous examen et partant sur l'ensemble de la proposition de loi, alors qu'il est obligé de constater que les positions de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative sont pour le moins bien arrêtées.

Cette proposition alternative consisterait à prévoir que la présidence est assurée à tour de rôle par chaque président pour une période déterminée. Elle s'inspire de l'article 54 de la loi belge sur la Cour d'arbitrage qui prévoit une telle rotation à sa présidence entre les présidents des groupes linguistiques français et néerlandais.

Le Conseil d'Etat propose toutefois de ne pas limiter cette période à un an, à l'instar de la loi belge, eu égard au fait que la présidence de la Cour Constitutionnelle nécessite une certaine continuité. Le Conseil d'Etat propose dès lors une période de 3 ans. Il pourrait cependant également marquer son accord avec un mandat moins long.

Le paragraphe 5 de l'article sous examen pourrait être libellé comme suit:

"(5) La présidence et la vice-présidence de la Cour Constitutionnelle sont exercées à tour de rôle par le président de la Cour supérieure de justice et par le président de la Cour administrative pour une période de trois ans. Chaque période triennale débute le 16 septembre. Lors de sa première composition, le président de la Cour supérieure de justice est nommé président de la Cour Constitutionnelle et le président de la Cour administrative est nommé vice-président.

Le président de la Cour Constitutionnelle est chargé de surveiller la bonne marche des affaires et d'assurer le fonctionnement de la juridiction."

Le système proposé soulève, outre les désavantages développés ci-avant, la question de savoir ce qui advient en cas de départ du président ou du vice-président en cours de mandat. A cette objection on peut avancer, d'une part, l'argument - uniquement d'autorité il est vrai - que le texte belge ne prévoit pas davantage ce cas sans que cela ne semble avoir posé des difficultés particulières. Par ailleurs, et plus sérieusement, il y a lieu de renvoyer à l'article 20 de la proposition de loi sous examen selon lequel en cas de vacance de poste du président celui-ci est remplacé par le vice-président ou à défaut de celui-ci par le membre le plus ancien en rang. Cette objection est donc à relativiser fortement.

Au cas où la Commission devrait estimer utile de préciser qu'en cas de cessation des fonctions de magistrat des président et vice-président, respectivement la présidence et la vice-présidence de la Cour constitutionnelle reviennent de droit aux successeurs dans les corps d'origine, qui terminent les mandats, il y aurait lieu d'ajouter au paragraphe sous examen, après les deux premières phrases, le nouveau texte suivant:

"En cas de cessation des fonctions de magistrat du président ou du vice-président durant cette période, leur successeur dans le corps d'origine achève le mandat respectif."

Il ne semble pas nécessaire au Conseil d'Etat de prévoir une assermentation spéciale des président et vice-président, ceux-ci prêtant uniquement le serment comme membre de la Cour. Ceci pourrait souligner le caractère collégial entre tous les membres de la Cour.

Si le Conseil d'Etat propose le 16 septembre comme date à laquelle la rotation se fait, c'est pour la simple raison qu'il est proposé de faire correspondre cette date avec la date de la rentrée judiciaire, celle des deux ordres de juridictions étant fixée à la même date. Sur ce point, le Conseil d'Etat s'est encore inspiré de la loi belge, la rentrée judiciaire ayant lieu le 1er septembre en Belgique.

Le système proposé ci-avant présente outre ses inconvénients évidents plusieurs avantages, plus ou moins importants, selon le point de vue:

- le mandat des présidents est relativement court, ce qui sur le plan institutionnel pourrait se recommander;
- l'égalité de la durée des présidences apparaît - dans cet ordre d'idées, à tort ou à raison - comme étant parfaite;
- le caractère autonome de la Cour Constitutionnelle ressort plus clairement.

Au point 3 des amendements regroupés sous la lettre B il est proposé de compléter le paragraphe 6 par une phrase prévoyant que les membres de la Cour continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine. Le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de faire abstraction de cet amendement étant donné qu'il est superfétatoire. Il résulte en effet clairement de la version proposée par le Conseil d'Etat du paragraphe en question que la cessation des fonctions de magistrat entraîne celle des fonctions à la Cour Constitutionnelle, ce qui rend de manière fort claire exactement la même idée.

Au regard des explications fournies, le Conseil d'Etat marque son accord quant à l'ajout du mot "temporaire" au texte proposé par lui.

#### **Remarque sous la lettre C.**

Cette remarque ne donne pas lieu à observation.

#### **Propositions d'amendements regroupés sous la lettre D.**

En premier lieu la commission propose de biffer à l'article 7, deuxième alinéa, première phrase du texte proposé par le Conseil, le bout de phrase selon lequel les décisions posant une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle seraient également à notifier, le cas échéant, aux mandataires des parties.

Le Conseil d'Etat n'insiste pas outre mesure au texte proposé par lui. Il tient cependant à éviter un malentendu. En effet, aux termes du commentaire, l'amendement est motivé par le fait que "dans la pratique judiciaire les décisions judiciaires sont toujours notifiées aux avocats, s'ils sont intervenus dans la procédure". Cette observation n'est pas tout à fait exacte. Dans la pratique judiciaire

les copies des jugements sont certes toujours remises aux avocats. Elles ne leur sont cependant pas notifiées au sens juridique du terme - sauf peut-être dans des matières spéciales -, mais les décisions sont remises dans les différentes cases des avocats auprès des juridictions, ce qui est bien plus modeste et n'a pas les effets juridiques d'une notification. La notification au mandataire a dès lors l'avantage d'assurer que le mandataire est en temps utile en possession de la décision ce qui n'est pas assuré si on se limite à une simple notification à partie, surtout si on considère que celle-ci peut pour des raisons diverses ne pas remettre la décision à son mandataire en temps utile ce qui serait pour le moins fâcheux au regard des règles procédurales valant devant la Cour Constitutionnelle.

En second lieu la commission propose de biffer la proposition du Conseil d'Etat de voir notifier la décision pour information au Premier Ministre. Le Conseil d'Etat marque son accord avec la modification de texte proposée tout en faisant remarquer qu'il ne saisit pas très bien la relation logique qui existerait entre le fait de s'opposer à ce que le Premier Ministre et le Président de la Chambre puissent figurer comme parties devant la Cour Constitutionnelle et le fait neutre de proposer d'informer le Premier Ministre de l'existence d'une question préjudicielle adressée à la Cour Constitutionnelle.

#### **Proposition d'amendement figurant sous la lettre E.**

Cette proposition a trait à l'article relatif à la composition de la Cour Constitutionnelle pour connaître des affaires dont elle sera saisie. Les auteurs de l'amendement proposent que la composition soit effectuée par tirage au sort, afin dit-on " de protéger la Cour Constitutionnelle contre l'argument que son président pourrait composer une chambre de façon à influencer la décision à rendre."

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cet amendement alors qu'il ne peut admettre qu'on mette en doute de la sorte l'impartialité des plus hauts magistrats du pays. Le fait de rendre la justice est une tâche éminemment importante mais de nos jours également souvent bien ingrate. Le Conseil d'Etat ne peut accepter à ce que le législateur contribue, de manière indirecte, à mettre en doute, a priori, l'impartialité, qualité essentielle de tout magistrat. Le risque existe que les jugements ou arrêts ne seraient plus perçus comme décisions de Justice, mais comme l'attitude personnelle d'un ou de plusieurs magistrats et leur légitimité serait mise en doute.

Si l'on admet le système préconisé par l'amendement, il ne faut d'ailleurs pas s'arrêter à mi-chemin. Il faudrait également prévoir les modalités de ce tirage au sort, en assurer le caractère public et dresser le procès-verbal à faire signer par les parties dûment appelées. Il ne suffit dans l'esprit du texte certainement pas que le Président déclare qu'il a procédé au tirage au sort et fait connaître le résultat.

Le Conseil d'Etat peut par contre marquer son accord avec la proposition que le président et vice-président peuvent siéger dans chaque affaire s'ils en expriment le désir, mais que lors de la désignation des autres membres de la composition il doit y avoir une rotation en suivant au fil des affaires le rang utile prévu à l'article Si un membre en rang ne peut siéger dans une affaire pour une raison ou une autre, il est

évident que le Président le nommera dans la composition de l'affaire suivante de sorte que tous les membres soient sur un pied d'égalité, ce qui est probablement un autre but que celui que les auteurs de l'amendement voulaient atteindre.

Il doit être évident que l'article 9 de la proposition de loi doit être lu, et ce point est essentiel, au regard du contenu de l'article 5 de la proposition de loi dont le respect doit être assuré dans tous les cas.

Compte tenu de l'ensemble de ces considérations le Conseil d'Etat propose de libeller l'article 9 comme suit:

"Le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire et désigne un conseiller rapporteur.

Toutefois le président et le vice-président peuvent à leur demande siéger dans chaque affaire.

Lors de la désignation des conseillers et du conseiller-rapporteur pour les affaires successives le président procède suivant la liste de rang arrêtée à l'article 19 de manière à garantir une rotation régulière entre les différents membres de la Cour."

#### **Quant à la proposition d'amendement figurant sous la lettre F.**

La commission propose deux modifications du texte du Conseil d'Etat pour le libellé de l'article 10.

La première tend à reprendre la disposition relative à la computation des délais, au motif que l'insertion des dispositions afférentes évite des recherches sur la computation des délais. Sur ce point, qui n'est pas essentiel, le Conseil d'Etat fait deux observations.

En premier lieu le texte de la proposition de loi est un texte souple, un de ses grands mérites, ce qui fait qu'il n'y a pas lieu de l'alourdir par des rappels de règles générales. Si une énumération détaillée de tous les actes procéduraux avait été la démarche générale de l'auteur de la proposition de loi, on se trouverait en présence d'une loi infiniment plus complexe. Le rappel des règles générales sur la computation des délais ne cadre donc pas avec la conception générale du texte. Ce rappel semble encore plus inutile si la Chambre des députés devait maintenir sa position quant à l'obligation des parties de recourir au ministère d'un avocat pour conclure et plaider devant la Cour Constitutionnelle.

La seconde modification que la Commission de la Chambre entend apporter au texte du Conseil d'Etat tend à abrégier deux des trois délais prévus à cet article. Le Conseil d'Etat approuve pleinement le sens de la démarche des auteurs de l'amendement étant donné qu'il tend à éviter que la procédure devant la Cour Constitutionnelle ne retarde l'affaire qui a donné lieu au renvoi.

En ce qui concerne la réduction des délais, il faut tout de même veiller à éviter certains écueils.

Un délai de 30 jours prévu pour le dépôt de conclusions écrites à partir de la notification aux parties de la question préjudicielle est-il réellement suffisant? Quid si

la décision par laquelle la question préjudicielle est posée est rendue dans la première moitié du mois de juillet, période à laquelle de nombreuses décisions sont rendues? Est-ce que la partie à ce procès sera présente pour recevoir la notification de la décision posant la question préjudicielle? Pourra-t-elle immédiatement entrer en contact avec son mandataire? Si la personne en question ne s'est pas fait représenter devant la juridiction mais y a comparu en personne elle devra bien se mettre à la recherche d'un avocat. Quid si l'assistance judiciaire est sollicitée? Le délai n'est-il pas trop court pour permettre aux plaideurs de présenter à la Cour des conclusions complètes étayées dans la mesure du possible par des recherches jurisprudentielles et doctrinales? Toutes ces raisons font que le Conseil d'Etat, tout en approuvant le sens de la démarche tendant à abrégé le délai, a de grandes réticences pour marquer son accord avec la diminution du délai en question.

La réduction du délai prévu pour faire rapport ne devrait pas en soi poser de grands problèmes, le délai de 60 jours étant en principe certainement trop long. Le Conseil d'Etat voudrait toutefois rendre la Chambre des députés attentive au fait qu'avec le système de délais relativement courts et contraignants, la Cour risque de devoir siéger en plein milieu des vacances, ceci étant fonction de la date de la décision posant la question préjudicielle et de la date des différents corps de conclusions. Il n'y a pas lieu d'ouvrir en l'occurrence un débat sur le bien-fondé des vacances judiciaires; le problème est différent et consiste à savoir s'il est bien raisonnable d'obliger une institution à siéger à une époque de l'année où la vie sociale est au ralenti. Le problème se pose d'ailleurs pour les mandataires et greffiers exactement dans les mêmes termes.

Afin de tenir compte du fait évoqué tout en maintenant l'esprit de l'amendement, le Conseil d'Etat propose de libeller l'alinéa trois de l'article sous examen comme suit:

"Dans les trente jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. Ce délai peut être prorogé à titre exceptionnel par la Cour au regard des circonstances pour une période ne dépassant pas trente jours. Cette décision ainsi que celle portant fixation de la date de l'audience sont prises par la Cour, hors présence des parties; elles sont communiquées par courrier recommandé aux parties par le greffe de la Cour. La décision portant fixation de l'audience est communiquée au moins quinze jours à l'avance."

Le Conseil d'Etat pourrait encore marquer son accord avec une modification consistant à introduire entre les deux premières phrases de l'alinéa 3 de l'article sous examen une phrase ayant le libellé suivant:

"Le délai prévu ci-avant est suspendu entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année."

Dans ce cas les autres dispositions de cet alinéa seraient à adopter dans la version proposée par la commission.

Au cas où la Chambre devrait retenir que le recours au ministère d'avocat est obligatoire en la matière, il paraît indiqué de remplacer à l'avant-dernière phrase les mots "aux parties" par ceux "aux avocats" étant donné qu'il ne paraît pas utile et

encore moins essentiel d'informer les parties qui n'ont pas droit à la parole devant la Cour dans l'hypothèse en discussion mais uniquement les avocats. Le Conseil d'Etat marque en tout état de cause d'ores et déjà son accord avec une modification en ce sens et ceci évidemment également si la Chambre devait estimer préférable de voter l'alinéa dans la version proposée par la commission.

Le Conseil d'Etat estime toutefois encore utile de prévoir une disposition selon laquelle les délais prévus à l'article sous examen ne donnent pas lieu à augmentation en raison des distances, toujours dans l'optique de ne pas retarder inutilement les délais dans l'affaire ayant donné lieu à renvoi.

Le quatrième alinéa, et selon le Conseil d'Etat l'alinéa final de cet article serait à libeller comme suit:

"Les délais prévus au présent article ne donnent pas lieu à une augmentation à raison des distances."

### **Quant aux propositions d'amendements figurant sous la lettre G.**

Le Conseil d'Etat maintient son point de vue quant à l'obligation d'un recours à un avocat. Il ne conçoit pas très bien qu'on puisse forcer une partie à avoir recours à un avocat, ce qui n'était, le cas échéant, pas le cas dans l'instance ayant donné lieu à la question préjudicielle, où certainement également une ou plusieurs questions de droit étaient en discussion. L'obligation pour les parties de recourir à un avocat prévue par différentes lois donnera de toute façon lieu tôt ou tard à un débat de fond où l'on ne manquera pas de souligner que le droit de se défendre soi-même devant la justice, ou d'y exposer son affaire, est un droit élémentaire ou naturel qu'on ne saurait être forcé d'abandonner par le recours obligatoire à un avocat. Au cas où un justiciable devrait considérer ce droit comme un droit naturel, protégé par la Constitution, il ne pourrait pas exposer sa thèse devant la Cour Constitutionnelle à moins d'admettre d'y faire plaider sa cause par ... un avocat.

Le deuxième amendement a trait à la représentation des ministères publics devant la Cour Constitutionnelle. Il est tout à fait exact que des affaires pénales peuvent donner lieu à des questions préjudicielles. Le texte proposé par le Conseil d'Etat en avait d'ailleurs tenu compte en ce que, ainsi que le Conseil l'avait indiqué expressément à l'examen de l'article 28 (qui est dans la version actuellement en discussion l'article 11) par la référence aux mots "en personne", les affaires pénales se mouvant d'après les règles du code d'instruction criminelle entre les procureurs d'Etat ou le procureur général d'Etat et la partie contre laquelle la procédure est dirigée, même s'il est vrai que les premiers se font représenter à l'audience en règle générale par leurs substituts, pour reprendre le terme générique employé par le code d'instruction criminelle.

Mais l'amendement proposé est de l'avis du Conseil d'Etat de toute façon à maintenir du moins en son principe, puisqu'il pose la règle que le ministère public est représenté devant la Cour Constitutionnelle par le procureur général d'Etat. En effet, d'après le texte proposé par le Conseil d'Etat le ministère public aurait été représenté

devant la Cour Constitutionnelle par le procureur d'Etat concerné en cas de renvoi d'une question préjudicielle par une juridiction du premier degré (et du deuxième en matière de contraventions). Or, il paraît s'imposer que devant la plus haute juridiction du pays le ministère public y soit représenté par son chef hiérarchique, le procureur général d'Etat, dont le parquet semble par ailleurs nettement mieux outillé pour conclure dans les affaires en question.

Le texte de l'amendement doit toutefois être modifié sur plusieurs points.

En premier lieu, la règle énoncée ne sera pas seulement applicable dans les affaires pénales, mais dans toutes les matières où le ministère public est partie. Il ne faut en effet pas perdre de vue que le ministère public n'est pas seulement partie principale en matière pénale mais encore en diverses autres matières (entre autres en matière de protection de la jeunesse, faillites, liquidation de sociétés, diverses matières civiles). De même le procureur général d'Etat devrait avoir vocation à conclure si le ministère public figure en tant que partie jointe dans une affaire, à condition, il est vrai, que la Cour Constitutionnelle considère le ministère public figurant comme partie jointe comme une partie à la procédure devant elle, la proposition de loi ne contenant pas de disposition à ce sujet.

En deuxième lieu les mots "ou son délégué" sont à remplacer par ceux "ou un membre de son parquet" étant donné qu'on ne saurait concevoir que le procureur général d'Etat délègue ses pouvoirs à une personne autre qu'un membre de son parquet, c'est-à-dire du parquet général.

Finalement il y a lieu d'éviter de mettre ce texte en contradiction avec l'alinéa 1er de l'article 11 d'après lequel on ne devient partie à la procédure devant la Cour Constitutionnelle qu'avec le dépôt de conclusions écrites dans le délai imparti. Or d'après le texte sous examen le procureur général d'Etat aurait en matière pénale toujours le droit d'intervenir en tant que partie.

Compte tenu de l'ensemble des considérations qui précèdent le Conseil d'Etat propose de libeller l'alinéa final de l'article 11 comme suit:

"En cas de saisine de la Cour par une juridiction de l'ordre judiciaire d'une décision à laquelle est partie le ministère public, celui-ci est représenté par le procureur général d'Etat ou un membre de son parquet par lui désigné, lequel peut intervenir en tant que partie devant la Cour Constitutionnelle."

#### **Quant à l'amendement proposé sous la lettre H.**

Le Conseil d'Etat marque son accord avec cet amendement qui tend également à raccourcir les délais. De tels délais existent d'ailleurs pour de nombreuses autres Cours Constitutionnelles.

#### **Quant à la remarque formulée sous la lettre I.**

En l'espèce il s'agit de l'envoi de la décision et non d'une notification. Le Conseil d'Etat n'entend pas formuler d'autre observation.

### **Quant aux remarques formulées sous la lettre J.**

La formulation proposée pour l'article 18 ne risque-t-elle pas d'être interprétée en ce sens qu'un membre de droit peut refuser la fonction lui dévolue par la Constitution? On ne pourra certainement pas pourvoir au remplacement d'un membre de droit d'après la Constitution, ce que le texte admet. A défaut d'explications satisfaisantes le Conseil d'Etat s'oppose formellement à un texte permettant et le refus d'accepter ses fonctions par un membre de droit de la Cour et la faculté de le remplacer. Eu égard aux règles proposées par la commission pour la présidence de la Cour Constitutionnelle et eu égard à la durée inégale des mandats le texte sous examen peut permettre d'envisager les situations les plus extravagantes.

Les modifications proposées à la version de l'article 21 ne donnent pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat sauf qu'il maintient son point de vue exposé antérieurement à ce sujet.

### **Quant à la proposition d'amendement formulée sous la lettre K.**

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement proposé à l'article 23.

### **Quant à la proposition d'amendement formulée sous la lettre L.**

Le Conseil d'Etat n'a pas d'idée arrêtée quant au lieu précis où le greffe de la Cour Constitutionnelle sera établi à condition qu'il s'agisse d'un endroit offrant les conditions fondamentales requises pour accueillir le greffe d'une juridiction. Il estime toutefois indispensable que tant le siège que le greffe de la Cour soient fixés de manière permanente. Il ne saurait donc y avoir ni de siège ni de greffe changeant. Le propre de chaque greffe est d'assurer une certaine pérennité, et il est essentiel que les différents devoirs soient toujours accomplis de la même manière sur une période prolongée. Le Conseil d'Etat n'a d'ailleurs pas connaissance d'une juridiction indigène ou étrangère qui serait sans domicile fixe et aurait un greffe ambulante.

De nos jours où des copies des dossiers entiers sont remises à chaque magistrat, il n'est certainement pas indispensable que le greffe soit situé au même endroit où les différents magistrats ont leur bureau bien que ceci constitue un avantage indéniable.

Au cas où la question de la présidence de la Cour pourrait trouver une solution satisfaisante, celle du greffe se posera peut-être avec moins d'acuité.

Le Conseil d'Etat ne marquera en aucun cas son accord à des textes prévoyant un siège ou un greffe en des lieux non fixes.

Partant du principe que le siège et le greffe d'une juridiction se trouvent au même endroit, ceci dans un souci évident de transparence, le Conseil d'Etat propose de libeller cet article comme suit, compte tenu des observations formulées dans le présent avis quant à la remarque de la commission formulée sous A:

"Le greffe de la Cour Constitutionnelle est établi au siège de la juridiction. Le greffier assiste aux audiences publiques de la Cour et aux assemblées générales ainsi qu'à l'instruction des affaires disciplinaires à charge des membres de la Cour."

Ce texte aurait l'avantage de souligner l'autonomie du greffe de la Cour Constitutionnelle et partant de la Cour par rapport aux différentes autres juridictions.

**Quant à la proposition d'amendement formulée sous la lettre M.**

Cet amendement ne donne pas lieu à observation sauf que le Conseil d'Etat aurait préféré voir intégrer cette disposition dans la loi relative aux traitements des fonctionnaires de l'Etat et ce pour des raisons de présentation.

**Quant à la proposition d'amendement formulée sous la lettre N.**

Le Conseil maintient ses observations formulées à l'égard des articles visés. Au cas où la proposition tout à fait subsidiaire du Conseil d'Etat relative à la présidence de la Cour Constitutionnelle serait adoptée, il y aurait lieu d'écrire à l'article 31 que "La présente loi entre en vigueur le 16 septembre 1997" et non le 1er octobre 1997.

Ainsi délibéré en séance plénière le 10 juin 1997.

# Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle

(Mémorial A n° 58, 13 août 1997, p. 1724)

Nous JEAN, par la grâce de Dieu, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau;

Notre Conseil d'Etat entendu;

De l'assentiment de la Chambre des députés;

Vu la décision de la Chambre des députés du 1er juillet 1997 et celle du Conseil d'Etat du 4 juillet 1997 portant qu'il n'y a pas lieu à second vote;

Avons ordonné et ordonnons:

## Chapitre 1er. – De l'institution et du siège

**Art. 1er.** La présente loi porte organisation de la Cour Constitutionnelle.

Le siège de la Cour est à Luxembourg.

## Chapitre 2. – Des attributions

**Art. 2.** La Cour Constitutionnelle statue, suivant les modalités déterminées par la présente loi, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles qui portent approbation de traités.

## Chapitre 3. – De la composition

**Art. 3.** (1) La Cour Constitutionnelle est composée de neuf membres, à savoir d'un président, d'un vice-président et de sept conseillers.

(2) Le Grand-Duc nomme le président, le vice-président et les sept conseillers.

(3) Le président de la Cour supérieure de justice, le président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation sont de droit membres de la Cour Constitutionnelle.

(4) Les cinq autres membres de la Cour Constitutionnelle, qui doivent avoir la qualité de magistrat, sont nommés par le Grand-Duc sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

Aux fins de rendre cet avis la Cour supérieure de justice et la Cour administrative se réunissent en assemblée générale conjointe, convoquée par le président de la Cour supérieure de justice.

Pour chaque place vacante, l'assemblée générale conjointe présente trois candidats; la présentation de chaque candidat a lieu séparément.

(5) Le président de la Cour supérieure de justice est président de la Cour Constitutionnelle. Il est chargé de surveiller la bonne marche des affaires et d'assurer le fonctionnement de la juridiction.

Le président de la Cour administrative est vice-président de la Cour Constitutionnelle.

(6) Les membres de la Cour continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine. La cessation des fonctions des membres de droit de la Cour Constitutionnelle et la cessation temporaire ou définitive de la fonction de magistrat entraînent celle des fonctions à la Cour Constitutionnelle.

**Art. 4.** La Cour siège, délibère et rend ses arrêts en formation de cinq membres.

**Art. 5.** Les membres de la Cour ne peuvent délibérer, siéger ou décider dans aucune affaire dans laquelle soit eux-mêmes, soit leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement ont un intérêt personnel.

Les membres de la Cour ne peuvent siéger, décider ou prendre part aux délibérations sur les affaires dont ils ont déjà connu dans une qualité autre que celle de membre de la Cour Constitutionnelle.

Les membres de la Cour peuvent en outre être récusés pour les causes et selon les modalités indiquées aux dispositions afférentes du Code de procédure civile.

#### Chapitre 4. – De la saisine et du fonctionnement

**Art. 6.** Lorsqu'une partie soulève une question relative à la conformité d'une loi à la Constitution devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, celle-ci est tenue de saisir la Cour Constitutionnelle.

Une juridiction est dispensée de saisir la Cour Constitutionnelle lorsqu'elle estime que:

- a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement;
- b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;
- c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Si une juridiction estime qu'une question de conformité d'une loi à la Constitution se pose et qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, elle doit la soulever d'office après avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations.

**Art. 7.** La décision de poser une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle suspend la procédure et tous délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle.

Cette décision, contre laquelle aucun recours n'est possible, est notifiée par courrier recommandé par les soins du greffe de la Cour aux parties en cause.

**Art. 8.** La question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte.

Le greffe de la juridiction qui pose la question préjudicielle transmet la décision de saisine au greffe de la Cour Constitutionnelle.

**Art. 9.** Le président de la Cour Constitutionnelle arrête la composition de la Cour pour chaque affaire et désigne un conseiller-rapporteur.

Toutefois, le président et le vice-président peuvent à leur demande siéger dans chaque affaire.

Lors de la désignation des conseillers et du conseiller-rapporteur pour les affaires successives, le président procède suivant la liste de rang arrêtée à l'article 19 de manière à garantir une rotation régulière entre les différents membres de la Cour.

**Art. 10.** Dans un délai de trente jours qui court à compter de la notification aux parties de la question préjudicielle, celles-ci ont le droit de déposer au greffe de la Cour des conclusions écrites; de ce fait elles sont parties à la procédure devant la Cour Constitutionnelle.

Le greffe transmet de suite aux parties copie des conclusions qui ont été déposées. Ces parties disposent alors de trente jours à dater du jour de la notification, pour adresser au greffe des conclusions additionnelles.

Dans les trente jours qui suivent l'expiration des délais indiqués aux alinéas précédents, la Cour entend, en audience publique, le rapport du conseiller-rapporteur et les parties en leurs plaidoiries. Le délai prévu ci-avant est suspendu entre le 15 juillet et le 16 septembre de chaque année. La date de cette audience est fixée par la Cour, hors présence des parties; elle est communiquée par courrier recommandé aux avocats, au moins quinze jours à l'avance, par le greffe de la Cour.

Les délais prévus au présent article ne donnent pas lieu à une augmentation à raison des distances.

La computation des délais se fait à partir de minuit du jour de la notification qui fait courir le délai. Le délai expire le dernier jour à minuit. Les jours fériés sont comptés dans les délais. Tout délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche, un jour férié légal ou un jour férié de rechange, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

**Art. 11.** Les parties sont admises à conclure et à plaider devant la Cour Constitutionnelle par le ministère d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats.

En cas de saisine de la Cour Constitutionnelle par une juridiction de l'ordre administratif dans une affaire où l'Etat est partie, celui-ci peut se faire représenter par un délégué ou un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés annuellement par les conseils des ordres des avocats.

En cas de saisine de la Cour par une juridiction de l'ordre judiciaire d'une décision à laquelle est partie le ministère public, celui-ci est représenté par le procureur général d'Etat ou un membre de son parquet par lui désigné, lequel peut intervenir en tant que partie devant la Cour Constitutionnelle.

**Art. 12.** La Cour Constitutionnelle prend l'affaire en délibéré. Les délibérations de la Cour sont secrètes. Les décisions sont prises à la majorité des voix.

**Art. 13.** La Cour statue par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution.

Les arrêts sont rendus dans les deux mois à compter de la clôture des débats. Les arrêts de la Cour sont motivés.

**Art. 14.** L'arrêt est lu en audience publique par le président ou par un autre membre de la Cour, délégué à cette fin, sans que la présence des autres membres de la Cour soit requise. L'arrêt est publié au Mémorial, Recueil de législation, dans les trente jours de son prononcé.

La Cour Constitutionnelle peut décider de faire abstraction, lors de la publication, des données à caractère personnel des parties en cause.

**Art. 15.** L'expédition de l'arrêt est envoyée par le greffe de la Cour à la juridiction dont émanait la saisine et une copie certifiée conforme est envoyée aux parties en cause devant cette juridiction.

La juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige dont elles sont saisies, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour.

**Art. 16.** La procédure devant la Cour est gratuite. Les arrêts de la Cour ne donnent pas lieu à la liquidation de frais et dépens.

## Chapitre 5. – **De l'organisation**

### Section 1re. – *De la réception et de la prestation du serment*

**Art. 17.** La réception des membres de la Cour se fait à l'audience publique de la Cour Constitutionnelle.

Les membres de la Cour prêtent serment entre les mains du Grand-Duc ou de la personne désignée par Lui.

**Art. 18.** Avant d'entrer en fonctions, les membres de la Cour prêtent le serment suivant:

«Je jure fidélité au Grand-Duc, obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat. Je promets de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité.»

### Section 2. – *Du rang et de la préséance*

**Art. 19.** Il est tenu une liste de rang sur laquelle les membres de la Cour sont inscrits dans l'ordre qui suit:

Le président, le vice-président, les conseillers à la Cour de cassation dans l'ordre de leur nomination.

Les conseillers sont portés sur cette liste dans l'ordre que suivent les arrêtés de nomination, ou dans celui de leur inscription dans l'arrêté de nomination simultanée.

La liste détermine le rang des membres dans les cérémonies et aux audiences de la Cour.

### Section 3. – *Des empêchements et des remplacements*

**Art. 20.** Le président de la Cour Constitutionnelle est, en cas d'absence, d'empêchement ou de vacance de poste, remplacé par le vice-président ou, à défaut de celui-ci, par le membre le plus élevé en rang, dans l'ordre de la liste prévue par l'article 19.

### Section 4. – *De la discipline*

**Art. 21.** (1) Les membres de la Cour ne peuvent, directement ou indirectement, avoir des entretiens particuliers avec les parties ou leurs avocats sur les contestations qui leur sont soumises.

(2) Aucun membre de la Cour ne peut s'absenter si le service doit souffrir de son absence.

(3) Les membres de la Cour qui ont manqué à la dignité de leurs fonctions ou aux devoirs de leur état peuvent faire l'objet d'une peine disciplinaire.

(4) Toute affaire disciplinaire est initiée, instruite et poursuivie par le président de la Cour Constitutionnelle.

**Art. 22.** Les peines disciplinaires sont:

1. l'avertissement;
2. la réprimande;
3. la suspension des fonctions pour une durée qui ne peut dépasser six mois;
4. la révocation.

**Art. 23.** Les peines disciplinaires sont infligées par la Cour Constitutionnelle siégeant en assemblée générale et statuant en chambre du conseil.

Le président de la Cour, ou le membre de la Cour qui a instruit l'affaire disciplinaire en cas d'empêchement du président, ne participe pas aux délibérations et décisions en la matière.

**Art. 24.** Aucune peine ne peut être infligée sans que le membre mis en cause ait été entendu ou dûment appelé. S'il ne comparait pas en la chambre du conseil, il peut se pourvoir, en cas de condamnation, par voie d'opposition, dans les cinq jours de la notification par la voie du greffe.

**Art. 25.** La Cour Constitutionnelle peut prononcer la suspension provisoire de tout membre poursuivi judiciairement ou administrativement pendant tout le cours de la procédure jusqu'à la décision définitive.

**Art. 26.** L'action disciplinaire est indépendante de toutes poursuites judiciaires et peut être cumulée avec elles.

### Section 5. – *Dispositions diverses*

**Art. 27.** Le greffe de la Cour supérieure de justice fait fonction de greffe de la Cour Constitutionnelle. Le greffier assiste aux audiences publiques de la Cour et aux assemblées générales ainsi qu'à l'instruction des affaires disciplinaires à charge des membres de la Cour.

**Art. 28.** La Cour arrête son règlement d'ordre intérieur. Celui-ci est publié au Mémorial.

**Art. 29.** Les membres de la Cour Constitutionnelle reçoivent une indemnité mensuelle équivalente à quarante points indiciaires. Le greffier de la Cour Constitutionnelle reçoit une indemnité mensuelle équivalente à vingt points indiciaires.

La valeur numérique des points indiciaires est déterminée conformément aux règles fixées par la législation en matière de traitements des fonctionnaires de l'Etat. Les indemnités des membres de la Cour et du greffier peuvent être cumulées avec toute autre rémunération.

**Art. 30.** Les crédits nécessaires au fonctionnement de la Cour sont inscrits au budget de l'Etat.

**Art. 31.** La présente loi entre en vigueur le 1er octobre 1997.

Mandons et ordonnons que la présente loi soit insérée au Mémorial pour être exécutée et observée par tous ceux que la chose concerne.

Doc. parl. N° 4218; sess. ord. 1996-1997.

**Règlement d'ordre intérieur  
de la Cour Constitutionnelle  
du 31 octobre 1997**

**(Mémorial A n° 89, 28 novembre 1997, p. 2696)**

La Cour Constitutionnelle a arrêté le 31 octobre 1997 le règlement d'ordre intérieur suivant:

Vu l'article 28 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle;

**Art. 1.** La Cour Constitutionnelle siège à Luxembourg, 12, Côte d'Eich.

La Cour tient audience le vendredi à 15 heures; elle peut fixer des audiences extraordinaires.

**Art. 2.** Le greffier en chef de la Cour supérieure de justice est le greffier de la Cour Constitutionnelle. En cas d'empêchement, le greffier est suppléé par le greffier de la Cour supérieure de justice qu'il désigne. S'il se trouve dans l'impossibilité de faire lui-même cette désignation, il y est pourvu par le président de la Cour Constitutionnelle.

**Art. 3.** Il est tenu au greffe de la Cour Constitutionnelle un rôle général, coté et paraphé par le président de la Cour, sur lequel sont inscrites toutes les causes dans l'ordre de leur présentation. L'inscription au rôle général détermine le rang d'après lequel les causes sont plaidées. La Cour peut, au vu de circonstances particulières, décider de faire juger une affaire par priorité.

Le greffier inscrit au rôle général la date des arrêts rendus et la date de leur publication au Mémorial.

**Art. 4.** Le présent règlement sera publié au Mémorial.

Luxembourg, le 31 octobre 1997.

Pour la Cour Constitutionnelle,

*Le Président,*

Guy REILAND

## **Cour Constitutionnelle (Premières nominations)**

### **Mémorial B-n° 47, 28 novembre 1997, p. 911**

Par arrêté grand-ducal du 24 octobre 1997,

- M. Guy *Reiland*, président de la Cour supérieure de justice, a été nommé président de la Cour Constitutionnelle
- M. Georges *Kill*, président de la Cour administrative, a été nommé vice-président de la Cour Constitutionnelle
- M. Marc *Thill*, conseiller à la Cour de cassation, a été nommé conseiller à la Cour Constitutionnelle
- M. Raoul *Gretsch*, conseiller à la Cour de cassation, a été nommé conseiller à la Cour Constitutionnelle
- M. Marc *Schlungs*, président de chambre à la Cour d'appel, a été nommé conseiller à la Cour Constitutionnelle
- Mme Marie-Paule *Engel*, président de chambre à la Cour d'appel, a été nommée conseiller à la Cour Constitutionnelle
- Mme Léa *Mousel*, président de chambre à la Cour d'appel, a été nommée conseiller à la Cour Constitutionnelle
- Mme Andrée *Wantz*, premier conseiller à la Cour d'appel, a été nommée conseiller à la Cour Constitutionnelle
- Mme Marion *Lanners*, vice-président de la Cour administrative, a été nommée conseiller à la Cour Constitutionnelle.

## **Cour Constitutionnelle (Composition à la date du 14 décembre 2007)**

- M. Marc *Schlungs*, Président de la Cour constitutionnelle
- Mme Marion *Lanners*, Vice-présidente de la Cour constitutionnelle
- M. Jean *Jentgen*, Conseiller à la Cour constitutionnelle
- Mme Marie-Paule *Engel*, Conseillère à la Cour constitutionnelle
- Mme Léa *Mousel*, Conseillère à la Cour constitutionnelle
- Mme Andrée *Wantz*, Conseillère à la Cour constitutionnelle
- M. Jean-Mathias *Goerens*, Conseiller à la Cour constitutionnelle
- Mme Marie-Jeanne *Have*, Conseillère à la Cour constitutionnelle
- M. Edmond *Gérard*, Conseiller à la Cour constitutionnelle
- Mme Lily *Wampach*, Greffier de la Cour constitutionnelle

## Bibliographie thématique

### « La Cour Constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des lois au Luxembourg »

#### Articles et contributions :

- **ARENDE Ernest**, « Le traité de l'Union européenne et la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg », *Annales du droit Luxembourgeois* 1992 n° 2, pp. 35 à 52
- **BEISSEL Simone**, « Garanties constitutionnelles, libertés publiques, objectifs d'ordre politique – La révision à petits pas de la Constitution luxembourgeoise » in *Mélanges en hommage à Francis DELPEREE – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles, 2007, pp. 147 à 158
- **BERMES Pierre**, « Contrôle de la constitutionnalité des lois et organisation judiciaire », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1979 n° 4, pp. 20 à 29
- **BONN Alex**, *Réflexions sur la révision de la Constitution*, Luxembourg, Imprimerie centrale, 1978, 51 p.
- **BONN Alex**, « Le contrôle de constitutionnalité des lois », *Pasicrisie luxembourgeoise*, 1973, pp. 1 à 23
- **Conférence Saint-Yves**, *Allons-nous vers le contrôle de la constitutionnalité des lois ?*, Compte-rendu du colloque organisé le 16 décembre 1978, Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves 1979 n° 44, pp. 7 à 37
- **Conseil d'État**, *Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux*, Luxembourg, 2006, 736 p.; Première mise à jour, Luxembourg 2007, <http://www.conseil-etat.public.lu/fr/actualites/2007/09/-miseajour/miseajour.pdf>
- **DELPREE Francis**, « Eléments d'une constitution moderne – Un point de vue non luxembourgeois sur la Constitution luxembourgeoise », in *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves*, 1989, n° 72, pp. 35 à 43
- **DELPREE Francis**, « La constitution belge, la constitution luxembourgeoise et le traité sur l'Union européenne », *Annales de Droit luxembourgeois* 1992 n° 2, p. 15 à 33
- **DELPREE Francis**, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg », *Annales de droit luxembourgeois* 1995 n° 5, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 11-38
- **DELPREE Francis, FREMAUT de CRAYENCOUR Céline**, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise », *Annales du droit luxembourgeois* 1998 n° 8, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 95-113

- **ENGEL Franck**, « L'inconstitutionnalité par tous les moyens », *Codex Online* 2 mars 2001, disponible à partir de <http://www.codex-online.com/codex/contents.nsf/WPrintArticles/683B79687A3EDF3A00256A00006553E3>
- **ENTRINGER Fernand**, « Comment contrôler la constitutionnalité des lois ? », *D'letzeburger Land*, 1<sup>er</sup> octobre 1993, pp. 17-18
- **ENTRINGER Fernand**, « Le partage agricole remis en question », *Luxemburger Wort*, 14 juillet 2007, p. 12
- **ERR Lydie, VANDERNACHT Pascale, HENGEN Jean-Marie, BODRY Alex**, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Cahiers socialistes européens n°6, Groupe socialiste au Parlement européen, J. BEFFORT, Luxembourg, 1993, 39 p.
  
- **FRIEDEN Luc**, *La Constitution luxembourgeoise à la veille de sa révision*, Banque internationale à Luxembourg, Luxembourg, 1987, 59 p.
- **FRIEDEN Luc**, « L'Union européenne et la constitution luxembourgeoise : une cohabitation nécessaire », *Annales du droit luxembourgeois* 1992 n° 2, pp. 53 à 63
  
- **GERGES Marc**, « Risque d'anomie – Le premier arrêt de la Cour constitutionnelle remet en question le pouvoir réglementaire au Luxembourg », *D'Land*, 30 octobre 1998, disponible sur [www.land.lu/html/dossiers/dossier\\_justice/anomie\\_301098.html](http://www.land.lu/html/dossiers/dossier_justice/anomie_301098.html)
- **GONNER Jean-Luc**, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1989 n° 72, pp. 25 à 33
  
- **HUSS Alphonse**, « Le contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg » in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Larcier, Bruxelles, 1973, pp. 145 à 160
- **HUSS Alphonse**, « L'interprétation par le juge des règles en droit constitutionnel luxembourgeois – Rapport luxembourgeois », in Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XXIX, 1978, pp. 221 à 224
- **HUSS Alphonse**, « Luxembourg », in Francis DELPEREE (dir.), *Referendums*, Centre de recherche et d'information socio-politiques, Bruxelles, 1985, 404 p., spéc. pp. 301 à 307
- **HUSS Alphonse**, « La constitution dans la perspective historique », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1989 n° 72, pp. 3 à 10
  
- **Institut Grand-Ducal, Section des sciences morales et politiques**, *Réflexions sur la réforme de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, avec les contributions d'Ernest ARENDT, Alex BONN, André ELVINGER, Carlo HEMMER, Alphonse HUSS, Joseph KAUFFMAN, Adrien RIES, Roger THIRY, Jean WALINE et Albert WEITZEL, Imprimerie centrale, Luxembourg, 1988, 131 p.
- **Institut Grand-Ducal, Section des sciences morales et politiques**, *Le traité de l'Union européenne et la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg*, avec les contributions d'Ernest ARENDT, Alex BONN, Henri ETIENNE, Colette FLESCH, Luc FRIEDEN, Robert SCHAACK, Imprimerie nationale, Luxembourg, 1993, 57 p.

- **KINSCH Patrick**, « La technique du contrôle de la constitutionnalité au Luxembourg : réalité et perspectives », Journée de réflexion du 16 mai 1998 : La technique du contrôle de constitutionnalité des lois, in *Feuille de liaison de la Conférence Saint Yves*, n° 91, Luxembourg, pp. 5-18, 1998
- **KUHN Nicole et ROUSSEAU Eric**, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise : dernière pierre à l'édifice des cours constitutionnelles en Europe occidentale », *Revue Internationale de Droit Comparé* 2001 n° 2 (vol. 53), pp. 453-482
  
- **LOESCH Alfred**, *Le contrôle juridictionnel des arrêtés-lois*, Etudes juridiques et économiques de l'Echo des industries, 1934, 35 p.
- **LOESCH Alfred**, « Le pouvoir réglementaire du Grand-Duc », *Pasicrisie luxembourgeoise* 1951, pp. 5 à 46
  
- **MAJERUS Pierre et MAJERUS Marcel**, *L'État luxembourgeois*, 6<sup>ème</sup> édition, Editpress, Esch-sur-Alzette, 1990, 435 p.
- **MARGUE Georges**, « La constitution : fiction et réalité », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1989 n° 72, pp. 3 à 10
- **MODERT Marc**, « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1979 n° 44, pp. 14 à 20
  
- **OLINGER Jean**, « Regards sur la période d'activité du Tribunal Administratif en matière d'impôts directs », *Pasicrisie luxembourgeoise* 1999, tome 31, pp. 1 à 26 (spéc. pp. 8 à 11)
  
- **PESCATORE Pierre**, « Paroles introductives », in *Conférence Saint-Yves, Allons-nous vers le contrôle de la constitutionnalité des lois ?*, Compte-rendu du colloque organisé le 16 décembre 1978, *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1979 n° 44, pp. 7-8
- **PESCATORE Pierre**, « La Constitution dans le cadre international », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves*, 1989 n° 72, pp. 45 à 50
  
- **RAVARANI Georges**, « Le pouvoir réglementaire des ministres après l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 6 mars 1998 », *Pasicrisie luxembourgeoise* 1998 n° 1, pp. 362 à 374
- **REILAND Guy et WIVENES Guy**, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé : rapport présenté à la rencontre des Cours à compétence constitutionnelle de l'Union européenne de septembre 1997 », *Pasicrisie luxembourgeoise* 1997 n° 2, pp. 31 à 41
  
- **SCHILTZ Louis**, « Atteintes actuelles ou possibles à l'ordre constitutionnel et aux droits fondamentaux », *Feuille de liaison de la Conférence Saint-Yves* 1979 n° 44, pp. 8 à 14
- **SCHOCKWEILER Fernand**, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », *D'Letzeburger Land*, 24 octobre 1993, Luxembourg
- **SPIELMANN Dean**, « Constitutional law – Constitutional Court », *Bulletin of Legal Developments*, 1997, p. 207

- **SPIELMANN Dean**, « Les garanties de la propriété », *Pasicrisie luxembourgeoise* 2002-2003, tome 32, pp. 23 à 44
  
- **THEWES Marc**, « La constitution luxembourgeoise et l'Europe », *Annales du droit luxembourgeois* 1992 n° 2, pp. 65 à 78
- **THEWES Marc**, « Le Conseil d'État luxembourgeois après l'arrêt 'Procola' de la Cour européenne des Droits de l'homme », *Revue belge de droit constitutionnel* 1996 n°1, pp. 69 à 85
- **THEWES Marc**, « Lussemburgo », in *Le Costituzioni dei paesi dell'Unione Europea* dirigé par E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA, M. COMBA, Padoue 1998, pp. 497 et s.
- **THEWES Marc**, « Le pouvoir réglementaire démembré : commentaire de la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 », *Annales du droit luxembourgeois* 2004 n° 14, pp. 91 à 120
- **THILL Marc**, « Der Verfassungsgerichtshof Des Großherzogtum Luxemburg », *Annales de droit luxembourgeois* 2003, pp. 53 à 60
  
- **VITUCCI Cristina**, « La première décision de la Cour constitutionnelle du Grand-Duché de Luxembourg », *Annales du droit luxembourgeois* 1999 n° 9, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 41 à 66
  
- **WELTER Félix**, « Le Conseil d'État, gardien de la Constitution » in *Le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg*, Livre jubilaire, Bourgo-Bourger, Luxembourg, 1957, pp. 33 à 76
- **WIVENES Georges**, « Le droit européen et les constitutions nationales – Rapport luxembourgeois », XXème congrès de la FIDE 2002, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/lux4.pdf>

**Documents officiels (par ordre chronologique) :**

- *Proposition de révision de l'article 95 de la Constitution, Proposition de loi relative à la création d'une Cour Constitutionnelle* (déposée par M. le Député Jean-Paul RIPPINGER le 19 octobre 1992), *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1992-1993, n° 3685 et 3686, 11 décembre 1992
  
- Conseil d'Etat, « Annexe : le contrôle de la constitutionnalité des lois », in *Note de réflexion sur une réforme du Conseil d'Etat*, 20 avril 1993
  
- *Projet de révision de l'article 95 de la Constitution*, déposé par M. Georges Margue, Président de la Commission des Institutions et de la révision constitutionnelle, 24 mars 1994, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1993-1994, n° 3914
  
- *Projet de révision de la Constitution*, Avis du Conseil d'Etat, 6 mai 1994, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1993-1994, n° 3895<sup>1</sup>-3913<sup>1</sup>, 3685<sup>1</sup>, 3686<sup>1</sup>, 3914<sup>1</sup>, 3922<sup>1</sup>-3925<sup>1</sup>

- *Rapport présenté à la Chambre des Députés par Francis Delpérée, Professeur de Droit constitutionnel, sur les modes d'insertion du contrôle de constitutionnalité des lois au Grand-Duché de Luxembourg*, septembre 1994, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1994-1995, n° 3914<sup>1A</sup>
- *Projet de révision de l'article 95 de la Constitution*, Prise de position de groupement des magistrats luxembourgeois (Dépêche du Président du Comité du groupement des magistrats luxembourgeois au Ministre de la Justice), 20 avril 1995, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1994-1995, n° 3914<sup>2</sup>
- *Projet de révision de l'article 95 de la Constitution*, Avis du Conseil d'Etat, 9 mai 1996, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1995-1996, n°4153<sup>1</sup>
- *Projet de révision de l'article 95 de la Constitution*, Avis complémentaire du Conseil d'Etat, 21 mai 1996, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1995-1996, n° 4153<sup>3</sup>
- *Projet de révision de l'article 95*, Rapport de la Commission des Institutions et de la révision constitutionnelle, 13 juin 1996, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1995-1996, n° 4153<sup>4</sup>
- *Projet de révision de l'article 83bis de la Constitution – Projet de révision de l'article 95 de la Constitution*, Amendement proposé par la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (Dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat) et Deuxième avis complémentaire du Conseil d'Etat, 21 et 25 juin 1996, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire 1995-1996, n° 4152<sup>3</sup> et 4153<sup>5</sup>
- *Loi du 12 juillet 1996 portant révision de l'article 95 de la Constitution*, Mémorial A-n°45 du 12 juillet 1996, p. 1318
- *Proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle* (déposée par M. le Député Luc Frieden le 15 octobre 1996), Chambre des députés, Session ordinaire 1996-1997, n° 4218, 30 octobre 1996
- *Proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle*, Avis du Conseil d'Etat, avis n° 42.870, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire, 1996-1997, n°4218, 28 mars 1997
- *Proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle*, Avis complémentaire du Conseil d'Etat, Avis n° 42.870, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire, 1996-1997, n°4218, 10 juin 1997
- *Proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle*, Avis complémentaire de la Cour Supérieure de Justice, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire, 1996-1997, n°4218<sup>7</sup>, 19 juin 1997
- *Proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle*, Rapport de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle, *Doc. parl.*, Chambre des Députés, Session ordinaire, 1996-1997, n°4218<sup>9</sup>, 20 juin 1997
- *Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle*, Mémorial A n° 58, 13 août 1997, pp. 1724 à 1726

- *Règlement d'ordre intérieur de la Cour Constitutionnelle* du 31 octobre 1997, Mémorial A n° 89, 28 novembre 1997, p. 2696
- *Premières nominations à la Cour constitutionnelle*, Mémorial B n° 47, 28 novembre 1997, p. 911

## Index / Stichwortverzeichnis

- Adoption, 69, 70  
    plénière, 97, 104, 111, 112  
    simple, 103, 111, 113
- Adoptivfamilie, 70
- Analogieverbot, 90
- Angemessenheit, 77
- Arrêtés-lois, 8, 60
- Beccaria*, 87, 89
- Bestimmtheitsgebot, 90, 92, 93
- Beurteilungsspielraum, 70, 71, 78
- Biens meubles, 31
- Bindungswirkung, 79
- Bundesverfassungsgericht, 67, 76, 82
- CEDH, 6, 15, 17, 98, 102  
    → EMRK
- Chambre des députés, 4, 17, 43  
    compétence, 44  
    organisation, 9  
    règlement, 9
- Code Civil  
    article 544, 30  
    article 545, 41, 42
- Code pénal français de 1810, 89
- Commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, 16, 18, 57, 58, 59, 60
- Conseil constitutionnel français, 6, 10, 11, 25, 51
- Conseil d'Etat, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 20, 68, 85, 98
- Constitution  
    allemande, 24, 30  
    belge, 24, 36, 103, 104, 106, 107  
    espagnole, 24  
    française, 11, 24  
    italienne, 24  
    néerlandaise, 24
- Constitution luxembourgeoise, 7, 9, 14, 15, 25, 29, 50, 98, 102, 103, 104, 106  
    article 10bis, 19, 95, 99, 103, 104, 105, 113  
    article 11(1), 69, 70, 73  
    article 11(2), 95  
    article 11(3), 14, 105  
    article 11(4), 73, 105  
    article 11(6), 53  
    article 12, 72  
    article 14, 12, 93  
    article 16, 25, 26, 29, 31, 32, 36, 37, 38, 39, 41, 72, 77  
    article 17, 29  
    article 19, 71  
    article 23, 71  
    article 32(1), 50  
    article 32(2), 61, 62  
    article 32(3), 60  
    article 32(4), 9, 60, 61, 62  
    article 36, 13, 50, 57, 62  
    article 36(3), 60  
    article 51(2), 9  
    article 51(7), 9

article 70, 9  
 article 76, 8  
 article 76(2), 58, 59, 64, 65  
 article 95, 9, 28  
 article 95ter, 3, 5, 6, 7, 16, 18, 67, 79, 83, 112  
 article 99, 53  
 articles 99, 100 et 101, 31  
 article 111, 18, 19, 74, 104, 105, 106, 107  
 article 114, 10  
 article 117, 62

Contrôle de constitutionnalité des lois  
   a posteriori, 3, 4, 5, 11, 14  
   a priori, 4, 5  
   contrôle abstrait, 18, 20, 112  
   contrôle concentré, 4  
   contrôle concret, 20, 112  
   effet relatif de la chose jugée, 20  
   recevabilité des questions préjudicielles, 16, 18, 19  
   renvoi préjudiciel, 14, 17, 19  
   rôle des parties, 16, 17, 18

Contrôle de conventionnalité, 5, 6, 7, 15, 28, 29, 98

Contrôle de proportionnalité, 28, 111

Cour Constitutionnelle, 67, 68, 73, 74, 77, 78, 82, 83  
   compétence, 4  
   compétence matérielle, 10  
   compétence rationae temporis, 13  
   composition, 5  
   Dogmatik, 73, 77

EMRK, 81  
   pouvoir d'interprétation, 13  
   saisine, 3, 4, 14, 16, 18, 38

Cour d'arbitrage belge, 17, 98, 101, 106, 107, 108

Cour de cassation belge, 17, 26, 62

Cour de Justice des Communautés Européennes, 4, 16, 27, 101

Cour Européenne des Droits de l'Homme, 15, 27, 40, 98, 99, 101, 107, 113  
   → Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 23, 25

Déclaration universelle des droits de l'homme, 27

Délégation, 48

Démembrement, 39

Discrimination, 98, 100 ss., 113, 220

Disziplinarrecht, 94

Domaine de la loi, 43, 56  
   enseignement, 52  
   impôts, 52

Domaine de la loi et du règlement, 44

Domaine du règlement, 43, 64

Droit au travail des étrangers, 106

Droit de propriété, 12, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 38, 40, 41, 42

Droit naturel, 14, 15, 69, 75

Droit(s)  
   acquis, 40  
   de chasse, 40  
   fondamental, 12, 23, 27, 29, 30, 34, 40, 41, 96, 97

Egalité, 12, 18, 95 ss.  
 Eigentum, 72  
 Eigentumsschutz, 67  
 Einschränkungende Auslegung, 75  
 Einzelfallentscheidung, 71  
 EMRK, 68, 70, 80, 81, 82, 84, 93  
     → CEDH  
 Entschädigung, 72  
 Envoi en possession, 25, 33, 36, 37  
 Erforderlichkeit, 77  
 Erziehungsauftrag, 71  
 Etrangers, 18, 103, 104, 105, 106, 107  
 Europäischer Gerichtshof für  
     Menschenrechte (EGMR), 69, 70,  
     80, 81, 85  
     → Cour Européenne des Droits de  
     l'Homme  
 Expropriation, 24  
  
 Familie, 69, 70  
 Familienrecht, 69  
     Ausgestaltung, 70  
*Feuerbach*, 87, 89  
 Fortune, 30  
 Französische Revolution, 89  
  
 Geeignetheit, 77  
 Gesetzesvorbehalt, 90  
 Gesetzlichkeitsprinzip, 91, 93  
 Glaubensfreiheit, 69, 71, 75  
 Glaubensüberzeugung, 71  
 Gleichheit, 72, 73, 77  
 Grand-Duc  
     compétences, 44  
     pouvoir réglementaire, 51, 52, 60  
 Grundrechte, 67, 74, 76  
     Ausgestaltung, 71, 75, 78  
     Beschränkungen, 72  
     Beschränkungen durch Dritte, 84  
     Eingriff, 77  
     klassische, 67  
     Kontrolldichte, 78  
     persönlicher Schutzbereich, 74  
     sachlicher Schutzbereich, 75  
     und EMRK, 81  
  
 Handlungsfreiheit, 73, 88  
*Hegel*, 87, 89  
 Hiérarchie des normes, 9, 14, 15, 64,  
     65  
  
 Immunité d'exécution, 42  
 Indemnité, 24 ss.  
 Interpretation  
     conforme, 15, 17  
     littérale, 12, 25, 33  
     systematique, 20  
     téléologique, 111  
  
 Jakobiner, 89  
 Jedermannrechte, 74  
 Judicial restraint, 15, 99  
 Juridiction (notion), 16  
  
*Kant*, 87, 88, 89  
 Kindeswohl, 70

Kompetenz, 67, 68, 79, 82, 83  
Kompetenz der Gerichte, 69  
Kultische Handlungen, 71, 75

Loi  
caractère rétroactif, 63  
de révision constitutionnelle, 10  
domaine minimum dans les  
matières réservées, 56, 59  
du 10 décembre 1998, 42  
du 12 juin 1937, 38  
du 15 mars 1979, 29, 32, 34, 35, 36,  
37, 39, 42  
du 19 juillet 2004, 38, 39, 40  
du 20 août 1967, 32, 42  
du 21 mai 1999, 39, 40  
du 24 octobre 2007, 37  
du 25 mai 1964, 32  
du 26 juillet 1962 (belge), 25  
du 7 novembre 1996, 33  
habilitante, 8, 62  
matière rigide ou réservée, 43, 47,  
52  
notion de, 7, 10, 11  
référendaire, 9  
sur l'impôt sur le revenu (L.I.R.), 30

Naturrecht, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 78

Normes de référence  
coutume constitutionnelle, 12, 13  
normes supra-constitutionnelles, 14  
principes constitutionnels, 12

NS-Diktatur, 90

Ordre juridique luxembourgeois, 97,  
104, 105

Patrimoine, 26, 29, 30, 31, 141

Persönliche Freiheit, 72

Positives Recht, 70

Pouvoir constituant, 7, 29, 50

Pouvoir législatif, 8, 10, 48, 53, 56, 61,  
98, 120

Pouvoir réglementaire, 43, 46, 49  
autonome, 63  
délégation, 58  
établissement public, 59, 64  
ordres professionnels, 64  
secrétaire d'Etat, 57  
titulaire, 51

Pouvoirs constitués, 51

Pouvoirs d'attribution, 49

Primauté  
de la CEDH, 17, 98  
du droit communautaire, 11  
du droit international, 10, 15

Principe de proportionnalité, 111

Protocole additionnel (CEDH), 27, 29,  
38, 40

Prüfungsdichte, 78, 79

Prüfungsfolge, 74

Question préjudicielle, 4, 112  
juridiction de renvoi, 16  
obligation, 17  
recevabilité, 18  
refus, 17, 41

Rechtfertigung, 72, 73, 74, 77  
 Rechtsfolgen, 79, 82  
 Référendum, 9, 10  
 Règlement  
     absence de domaine propre, 57  
     autonome, 45, 62  
     de police, 62  
     dérivé de la loi, 56  
     ministériel, 46, 49, 64, 65  
     obligation d'agir, 56  
     pouvoir d'action spontané, 56  
 Religion, 71, 75, 78  
 Remembrement, 32, 34, 35, 40  
 Révision de la Constitution, 10, 20  
 Rückwirkungsverbot, 90, 92, 93  
  
 Samstagsunterricht, 71, 72  
 Schulwesen, 71, 77  
 Schutzbereich, 70, 74, 75, 76, 79, 84  
     persönlicher, 74  
     sachlicher, 71, 73, 75  
 Schutzpflicht, 83  
 Servitude, 34, 38, 39, 40  
 Souveraineté, 44, 45, 50, 62  
     nationale, 9, 45, 60  
     populaire, 45  
 Spruchpraxis, 67, 80  
 Staatsbürgerrechte, 74  
 Strafgesetzhlichkeit, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94  
     EGMR, 90  
     EuGH, 91  
 Supreme Court, 67, 79  
  
 Traitement différencié, 101, 102, 106  
*Tribunal d'arrondissement*, 70  
  
 Übergangsregelungen, 83  
 Unfallversicherung, 72  
 Urbanisme, 38  
 Utilité publique, 24, 25, 26, 27, 29 ss.  
  
 Vereinigungsfreiheit, 73  
 Verfassungsbeschwerde, 84  
 Verhältnismäßigkeit, 77, 78  
 Vorlagepflicht, 68  
  
 Zone verte, 38  
 Zulässigkeit  
     von Vorlagefragen, 69  
 Zweck, legitimer, 77



# Table des Matières

<b>AVANT-PROPOS</b>	<b>III</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>V</b>
<b>LISTE DES AUTEURS / AUTORENVERZEICHNIS</b>	<b>VII</b>
<b>LISTE DES ABREVIATIONS</b>	<b>IX</b>
<b>COMMENTAIRES THEMATIQUES DE JURISPRUDENCE</b>	<b>1</b>
<b>Compétence et recevabilité des questions préjudicielles (Jörg GERKRATH)</b>	<b>3</b>
I. La compétence de la Cour	4
1. Une compétence d'attribution étroite	5
2. La compétence résiduelle des juridictions ordinaires	5
II. Les normes susceptibles d'être soumises à son contrôle	7
1. La signification des termes « les lois »	7
2. L'exclusion des lois d'approbation de traités	10
3. Le sort réservé aux lois de transposition de directives communautaires	11
III. Le cadre de référence	12
1. La Constitution	12
2. Quelle version textuelle rationae temporis ?	13
3. L'incidence de normes supra-constitutionnelles	14
4. L'impact éventuel du droit conventionnel international et européen	15
IV. La saisine de la Cour	16
1. Les juridictions habilitées à poser des questions préjudicielles	16
2. Le rôle des parties	17
3. Les conditions de recevabilité des questions	18
V. La nature du contrôle effectué	19
1. Un contrôle exercé de manière étroite pour ne pas dire pointue ?	19
2. Un contrôle abstrait à déclenchement concret ?	20
<b>Droit de propriété et expropriation (Georges RAVARANI)</b>	<b>23</b>
I. Les questions résolues	23
1. Les antécédents internationaux et nationaux	23
a) Les Constitutions étrangères	23
b) Les textes conventionnels	26
c) Les antécédents nationaux	28
2. Les solutions dégagées par la Cour Constitutionnelle	29
a) Le droit de propriété	29
b) L'expropriation pour cause d'utilité publique	31
1° L'utilité publique	32
2° Le caractère juste de l'indemnité	34

3° Le caractère préalable de l'indemnité	35
II. Les questions restant en suspens	38
1. La question des servitudes	38
2. L'incidence de l'article 545 du code civil	41
<b>Le domaine de la loi et du règlement (Alain STEICHEN)</b>	<b>43</b>
I. Le contexte des arrêts de la Cour Constitutionnelle	44
II. Le caractère attributif des compétences	48
1. Attribution par la loi de compétences réglementaires au ministre	49
2. Attribution par la loi de compétences réglementaires au Grand-Duc dans les matières réservées	52
III. La suite des arrêts de la Cour Constitutionnelle	57
1. La réaction du législateur	57
2. Les difficultés restantes	62
<b>Der Schutz der Grundrechte (Mark D. COLE)</b>	<b>67</b>
I. Allgemeines	67
II. Die Grundrechts-Rechtsprechung des Cour Constitutionnelle	68
1. Arrêt 2/98: Familienrecht und Adoption	69
2. Arrêt 3/98: Schulwesen und Glaubensfreiheit	71
3. Arrêt 20/04: Unfallversicherung und die persönliche Freiheit	72
4. Arrêt 21/04: Personalvertretung und Gleichheit	73
III. Die Dogmatik der Rechtsprechung	73
1. Zur Prüfungsfolge	74
a) Erwägungen zum Schutzbereich	74
b) Erwägungen zum Eingriff oder der Beschränkung	77
c) Erwägungen zur Rechtfertigung	77
2. Zur Prüfungsdichte	78
3. Zu den Rechtsfolgen	79
IV. Einfluss von und Vereinbarkeit mit internationalen Vorgaben aus der EMRK	80
V. Bewertung und Ausblick	81
<b>Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit (Stefan BRAUM)</b>	<b>87</b>
I. Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit – ein europäisches Rechtsprinzip	87
1. Ein Prinzip der Aufklärungsphilosophie – Kant, Hegel, Beccaria, Feuerbach	87
2. Ein historisch gebotenes Prinzip	89
3. Ein Prinzip der europäischen Rechtsprechung (EGMR)	90
4. Ein Prinzip der europäischen Rechtsprechung (EuGH)	91
5. Prämissen eines Prinzips	91
II. Die Rechtsprechung des „Cour Constitutionnelle du Luxembourg“ – Implementation eines europäischen Rechtsprinzips	92
1. Strafgesetzlichkeit und Bestimmtheitsgebot	93
2. Rückwirkungsverbot	93
3. Strafwürdigkeit: Die Abgrenzung des Strafrechts von anderen Rechtsgebieten	94

<b>L'égalité devant la loi (Patrick KINSCH)</b>	<b>95</b>
I. La nature et l'importance du contrôle de constitutionnalité par rapport au principe d'égalité	96
1. L'importance statistique du contrôle	96
2. Le principe d'égalité comme instrument de contrôle des catégories définies par le législateur	96
3. Une question actuellement non résolue : le droit à un traitement différencié des situations objectivement différentes	101
II. Le champ d'application du principe d'égalité	102
1. Champ d'application matériel	102
2. Champ d'application personnel : l'égalité et les étrangers	103
a) La jouissance du droit à l'égalité par les étrangers	104
b) Les discriminations en raison de la nationalité	105
III. La méthode du contrôle de constitutionnalité appliqué au principe d'égalité	108
1. Unicité ou pluralité des critères de constitutionnalité	108
2. Les deux étapes du contrôle	108
a) Contrôle préalable de la comparabilité des situations	108
b) Contrôle de la justification de la différenciation entre les situations	109
3. La détermination de l'objectif de la loi	111
4. Contrôle abstrait ou contrôle concret ?	112
IV. Les conséquences du constat d'une violation du principe d'égalité	113

<b>JURISPRUDENCE</b>	<b>117</b>
<b>Arrêt 1/98 du 6 mars 1998</b>	<b>119</b>
<b>Arrêt 2/98 du 13 novembre 1998</b>	<b>121</b>
<b>Arrêt 3/98 du 20 novembre 1998</b>	<b>124</b>
<b>Arrêt 4/98 du 18 décembre 1998</b>	<b>126</b>
<b>Arrêt 5/98 du 18 décembre 1998</b>	<b>128</b>
<b>Arrêt 6/98 du 18 décembre 1998</b>	<b>130</b>
<b>Arrêt 7/99 du 26 mars 1999</b>	<b>132</b>
<b>Arrêt 8/99 du 9 juillet 1999</b>	<b>135</b>
<b>Arrêt 9/00 du 5 mai 2000</b>	<b>137</b>
<b>Arrêt 10/00 du 8 décembre 2000</b>	<b>141</b>
<b>Arrêt 11/01 du 28 septembre 2001</b>	<b>143</b>

<b>Arrêt 12/02 du 22 mars 2002</b>	<b>146</b>
<b>Arrêt 13/02 du 17 mai 2002</b>	<b>150</b>
<b>Arrêt 14/02 du 6 décembre 2002</b>	<b>152</b>
<b>Arrêt 15/03 du 3 janvier 2003</b>	<b>154</b>
<b>Arrêt 16/03 du 7 février 2003</b>	<b>156</b>
<b>Arrêt 17/03 du 7 mars 2003</b>	<b>158</b>
<b>Arrêt 18/03 du 21 novembre 2003</b>	<b>160</b>
<b>Arrêt 19/04 du 30 janvier 2004</b>	<b>162</b>
<b>Arrêt 20/04 du 28 mai 2004</b>	<b>164</b>
<b>Arrêt 21/04 du 18 juin 2004</b>	<b>170</b>
<b>Arrêt 22/04 du 18 juin 2004</b>	<b>173</b>
<b>Arrêt 23/04 du 3 décembre 2004</b>	<b>176</b>
<b>Arrêt 24/04 du 3 décembre 2004</b>	<b>179</b>
<b>Arrêt 25/05 du 7 janvier 2005</b>	<b>182</b>
<b>Arrêt 26/05 du 8 juillet 2005</b>	<b>184</b>
<b>Arrêt 27/05 du 14 octobre 2005</b>	<b>188</b>
<b>Arrêt 28/05 du 23 décembre 2005</b>	<b>190</b>
<b>Arrêt 29/06 du 7 avril 2006</b>	<b>192</b>
<b>Arrêt 30/06 du 7 avril 2006</b>	<b>194</b>
<b>Arrêt 31/06 du 7 avril 2006</b>	<b>196</b>
<b>Arrêt 32/06 du 7 avril 2006</b>	<b>198</b>
<b>Arrêt 33/06 du 7 avril 2006</b>	<b>200</b>
<b>Arrêt 34/06 du 12 mai 2006</b>	<b>202</b>
<b>Arrêt 35/06 du 12 mai 2006</b>	<b>204</b>
<b>Arrêt 36/06 du 20 octobre 2006</b>	<b>206</b>
<b>Arrêt 37/06 du 17 novembre 2006</b>	<b>209</b>

<b>Arrêt 38/07 du 2 mars 2007</b>	<b>213</b>
<b>Arrêt 39/07 du 30 mars 2007</b>	<b>215</b>
<b>Arrêt 40/07 du 25 mai 2007</b>	<b>217</b>
<b>Arrêt 41/07 du 14 décembre 2007</b>	<b>220</b>
<b>Arrêt 42/07 du 14 décembre 2007</b>	<b>225</b>
<b>Arrêt 43/07 du 14 décembre 2007</b>	<b>230</b>
<b>TEXTES OFFICIELS</b>	<b>233</b>
<b>Article 95 ter. (Révision du 12 juillet 1996)</b>	<b>235</b>
<b>Avis du Conseil d'Etat (28 mars 1997) sur la Proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle (Avis n° 42.870, doc.parl. n° 4218)</b>	<b>236</b>
<b>Avis complémentaire du Conseil d'Etat (10 juin 1997) sur la Proposition de loi portant organisation de la Cour Constitutionnelle (Avis n°42.870, doc. parl. n°4218 )</b>	<b>257</b>
<b>Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle</b>	<b>271</b>
<b>Règlement d'ordre intérieur de la Cour Constitutionnelle du 31 octobre 1997</b>	<b>277</b>
<b>Cour Constitutionnelle (Premières nominations)</b>	<b>278</b>
<b>Cour Constitutionnelle (Composition à la date du 14 décembre 2007)</b>	<b>278</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE THEMATIQUE</b>	<b>279</b>
<b>INDEX / STICHWORTVERZEICHNIS</b>	<b>285</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b>	<b>291</b>