

# **Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux**

(ISBN-10: 2-9599724-1-4  
ISBN-13: 978-2-9599724-1-6)

**Première mise à jour (Septembre 2007)**

## **de la Partie I.- Commentaire de la Constitution luxembourgeoise article par article**

La présente mise à jour du commentaire édité pour la première fois en 2006 continue à être un travail collectif qui, fruit d'une concertation poussée entre l'équipe de ses auteurs, ne représente pas une position officielle du Conseil d'Etat et ne saurait partant lier celui-ci ni pour le présent ni pour l'avenir.

L'équipe des auteurs a réuni:

- *Monsieur Claude Bicheler, vice-président honoraire du Conseil d'Etat,*
- *Madame Viviane Ecker, conseillère d'Etat,*
- *Monsieur Nico Edon, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Albert Hansen, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Pierre Mores, président du Conseil d'Etat,*
- *Monsieur Georges Pierret, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Albert Rodesch, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Paul Schmit, conseiller d'Etat,*
- *Monsieur Georges Schroeder, conseiller d'Etat,*
- *Madame Annette Schwall-Lacroix, conseillère d'Etat honoraire,*
- *Monsieur Georges Wivenes, conseiller d'Etat.*

Monsieur le conseiller Paul Schmit et Monsieur Manou Servais ont assuré respectivement la coordination et le secrétariat des travaux.

A noter encore que la présente mise à jour ne se rapporte à ce stade pas aux différents répertoires annexés au Commentaire des articles visé.

A l'origine, le Chapitre II était intitulé "*Des Luxembourgeois et de leurs droits*". Si ce libellé respectait une cohérence certaine dans les Constitutions de 1848, 1856 et 1868, il prêtait à confusion depuis que les articles 24, 25 et 26, révisés le 2 juin 1999, ne réservent plus les libertés et droits aux seuls Luxembourgeois, mais visent également les étrangers.<sup>3</sup> L'intitulé actuel du Chapitre II est le résultat d'un compromis laborieux entre la position de la commission parlementaire des Institutions et de la Révision constitutionnelle et celle du Conseil d'Etat. Dans le cadre du projet qui a abouti à la loi du 2 juin 1999 et qui a eu pour objet unique de modifier l'intitulé du présent chapitre, la commission parlementaire avait souhaité scinder le Chapitre II pour ne laisser subsister sous l'intitulé "*Des Luxembourgeois et de leurs droits*" que les articles 9, 10 et 10*bis* et regrouper les articles 11 à 28 sous un chapitre nouveau intitulé "*Des libertés publiques*". Cette proposition fut rejetée par le Conseil d'Etat qui fit remarquer que la subdivision envisagée pourrait faire admettre que le principe d'égalité devant la loi, inséré dans le nouvel article 10*bis*, paragraphe 1<sup>er</sup>, ne s'appliquerait pas aux étrangers. Il exprima par ailleurs sa préférence de voir remplacer l'expression "*Libertés publiques*" par "*Droits fondamentaux*" alors que les dispositions afférentes de la Constitution visaient encore d'autres droits que les libertés publiques. La commission s'efforça toutefois de souligner la distinction entre les libertés publiques qui correspondent à l'Etat légal, c'est-à-dire au règne de la loi, d'une part, et les libertés ou droits fondamentaux qui renvoient à l'Etat de droit et à la suprématie des normes supra-légales, d'autre part. La commission s'était notamment fondée sur l'ouvrage de droit constitutionnel de Louis Favoreu (Dalloz 1998). Tout en admettant que la majorité des libertés publiques sont devenues des droits fondamentaux, la Commission a maintenu l'intitulé plaçant les libertés publiques devant les droits fondamentaux. Existe-t-il réellement une différence claire et nette entre les deux notions? De nombreux auteurs se sont penchés sur la question sans réussir à distiller une analyse qui aurait fait l'unanimité. Aussi peut-on considérer que les droits fondamentaux sont ceux qui protègent l'individu tant contre d'éventuels abus du pouvoir exécutif que contre les excès du pouvoir législatif, alors que les libertés publiques proclamées par la Constitution constituent une protection contre une emprise excessive de l'exécutif. Les droits fondamentaux nécessitent dès lors également une protection par un juge constitutionnel ou international.

Les Constitutions de 1848, 1856 et 1868 ne contenaient que des droits "libertés", encore qualifiés de droits de la première génération, hérités de la philosophie des Lumières et consacrés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ces droits imposent à l'Etat une obligation de ne pas intervenir dans la sphère d'action du citoyen, sauf à le protéger contre une atteinte émanant d'autres particuliers. L'article 11, qui dans sa formulation initiale établissait le principe de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi, relevait de cette catégorie de droits.

La révision constitutionnelle du 21 mai 1948 a inséré, dans l'article 11, une série de droits nouveaux, qualifiés de "droits créance", encore appelés "droits économiques et sociaux" ou droits de la deuxième génération. Les droits classiques, aussi appelés "droits de" furent ainsi

---

<sup>1</sup> Le Chapitre II de la Constitution comprend les articles 9 à 31.

<sup>2</sup> Le Chapitre II de la Constitution comprend les articles 9 à 31.

<sup>3</sup> Pour la distinction entre les "droits politiques" et les "droits civils", évoqués aux articles 84 et 85 de la Constitution, il est renvoyé au commentaire figurant sous ces articles.

complétés par des "droits à" (droits à l'éducation, à la culture, à la protection sociale, etc.). Ces droits imposent à l'Etat une obligation de faire, qui se traduit concrètement par une obligation d'assurer aux citoyens, sinon à tous les résidents, certaines prestations dont la collectivité garantit le financement. Il s'agit certes de droits subjectifs, mais le caractère souvent imprécis de la formulation de ces droits laisse à l'Etat une large marge d'appréciation et affecte, à l'évidence, le caractère justiciable de ces droits.

Le droit à un environnement sain de même que la protection des animaux relèvent d'une nouvelle ou troisième génération des droits de l'homme. A la différence des droits fondamentaux traditionnels, le titulaire n'est pas tellement l'individu vivant actuellement, mais la collectivité des êtres humains. Cette collectivité dépasse d'ailleurs le cadre strictement étatique, de même qu'elle transcende les générations actuelles pour englober les générations à venir, ce qui explique et justifie les qualificatifs de droits collectifs et de droits pour l'avenir. Plus encore que les droits dits de la deuxième génération, cette nouvelle catégorie de droits met l'accent sur les obligations assumées par les pouvoirs publics, en particulier par le législateur à qui incombe la mise en œuvre de ces nouveaux droits.

Le Conseil d'Etat a tenté de mettre en évidence la différence entre les droits fondamentaux ("Grundrechte") et les objectifs de valeur constitutionnelle ("Staatsaufträge") dans un avis du 14 février 2006: "L'objectif de valeur constitutionnelle s'impose au législateur mais il n'est pas considéré comme directement justiciable... Les objectifs de valeur constitutionnelle, s'ils constituent une obligation d'agir, ne créent cependant pas, en eux-mêmes, des droits entre les citoyens, ni au bénéfice de ceux-ci face à l'administration. Ils ne sont donc pas directement applicables et invocables par les citoyens devant le juge."<sup>4</sup>

La délimitation entre droits fondamentaux et objectifs de valeur constitutionnelle est toutefois souvent difficile à tracer, que ce soit au niveau de la détermination du titulaire des droits (individu ou collectivité) et de sa position juridique (droits justiciables ou non justiciables), ou que ce soit au niveau des obligations assumées par l'Etat. Ainsi, certains droits sociaux introduits à l'article 11, dès 1948, tels le droit au travail ou la protection de la santé, peuvent également être qualifiés d'objectifs constitutionnels, dans la mesure où l'individu ne dispose pas d'un droit subjectif dont il pourrait revendiquer le respect devant le juge. Il en va, ainsi, *a fortiori*, de la lutte contre la pauvreté et de l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap dont l'insertion dans l'article 11 en 2007 n'a plus soulevé les mêmes interrogations.<sup>5</sup>

Le Conseil constitutionnel français a de même qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la protection de la santé publique (325DC du 13 avril 1993) ou encore la possibilité pour toute personne humaine de disposer d'un logement décent (436 DC du 7 décembre 2000, 455 DC du 12 janvier 2002, 503 DC du 12 août 2004).

L'expression "droit fondamental" peut également prêter à confusion. A partir de quel degré d'intensité un droit devient-il "fondamental"? A l'instar de plusieurs Constitutions européennes (Allemagne, Espagne, Portugal, Italie), le Luxembourg connaît une liste des

---

<sup>4</sup> 4<sup>ème</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 2006 relatif à la proposition de révision n° 3923B de l'article 11 de la Constitution; doc. parl. n° 3923B<sup>9</sup>, p. 3.

<sup>5</sup> Le Conseil d'Etat relève dans son quatrième avis complémentaire susmentionné que la doctrine constitutionnelle allemande considère que: "Staatszielbestimmungen sind den Programmsätzen der Verfassung verwandt, die eigentlich nur richtungsgebenden Charakter haben. Sie verbürgen also keine individuellen Ansprüche, wie etwa die Grundrechte. Zu den Staatszielbestimmungen gehören zum Beispiel das Sozialstaatsprinzip, der Umweltschutz, Art. 20a GG, aber auch trotz der auf ein Grundrecht hindeutenden Formulierung ein „Recht auf Arbeit“ oder „Recht auf angemessene Wohnung“"; doc. parl. n° 3923B<sup>9</sup>, p. 3.

libertés ou principes fondamentaux définis expressément comme tels. Ces droits sont dès lors fondamentaux parce que la Constitution les qualifie ainsi. Leur caractère essentiel et "fondamental" justifie voire exige leur inscription dans la Constitution.<sup>6</sup> La notion de liberté publique a par contre un contenu plus large: elle englobe à la fois les droits de l'homme à valeur constitutionnelle et ceux à valeur législative.

Manifestement, tous les droits mentionnés au Chapitre II ne méritent pas l'attribut de "fondamental". Il en est ainsi par exemple du droit des organes des professions libérales, dotés de la personnalité civile, de pouvoir prendre des règlements (article 11(6)).

Dans son avis complémentaire du 27 avril 1999 relatif au projet de révision n° 3923B, visant à réformer l'article 11 de la Constitution, le Conseil d'Etat estima que "les valeurs fondamentales figurant dans une Constitution doivent dès lors être libellées de manière telle que le juge constitutionnel y trouve des concepts juridiques aussi clairs et cohérents que possible. Il ne s'agit pas seulement d'inscrire dans la Constitution des idées, encore faut-il que ces idées qui ont obtenu un consensus politique soient exprimées de manière à correspondre à des concepts juridiques suffisamment précis pour être adoptés par le Constituant" et de continuer: "On peut *a posteriori* regretter que le Constituant n'ait pas procédé à une reformulation des droits fondamentaux avant de munir la Constitution d'une Cour constitutionnelle."<sup>7</sup>

Pour le Conseil d'Etat, il y a lieu de distinguer entre les droits fondamentaux formulés de manière expresse dans un texte de loi et les "droits fondamentaux naturels". Il a rangé notamment le droit à l'intégrité physique ou encore le droit à avoir accès à une juridiction en cas de litige "parmi beaucoup d'autres" dans cette dernière catégorie.<sup>8</sup>

Une Constitution moderne doit contenir des concepts clairs permettant à la Cour constitutionnelle d'en contrôler l'application sans être tenue d'y apporter elle-même une définition. Le Constituant devra dès lors veiller à adopter un énoncé des droits et des libertés se rapprochant de celui figurant dans les normes supranationales telles que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 dans le cadre du Traité de Nice.

\*

La forme rédactionnelle des dispositions du Chapitre II mérite par conséquent aussi quelques commentaires.

Le libellé de nombre des articles formant ce chapitre remonte à la Constitution de 1848 et a pour partie été repris de la Constitution belge de 1831. La majorité des dispositions en question ont été maintenues dans leur version initiale, sans subir le moindre toilettage rédactionnel qui aurait permis de les adapter à la manière d'expression d'aujourd'hui. Ainsi, les nombreuses références faites aux cultes mériteraient sans doute une formulation seyant davantage aux réalités du XXI<sup>e</sup> siècle. L'article 23 relatif à l'éducation apparaît comme un ensemble rapiécé de dispositions reflétant des réponses aux questions du moment de leur

---

<sup>6</sup> Voir B. Genevois, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux*, RFD adm., 1990, p. 317.

<sup>7</sup> Doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

<sup>8</sup> Avis du 27 avril 1999 précité.

insertion dans la Constitution plutôt que de représenter un concept cohérent et moderne du droit à l'éducation. Plusieurs initiatives destinées à étendre la protection du secret des lettres de l'article 28 aux différentes formes électroniques et de télécommunication de la correspondance moderne, prises depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, n'ont pas abouti...

Les hésitations mises par le Constituant pour désigner les sujets des libertés et droits identifiés au Chapitre II documentent aussi ce manque de cohérence rédactionnelle. Tout comme l'intitulé du chapitre, ses articles 9 et 10<sup>bis</sup> s'adressent aux "*Luxembourgeois*". Les deux articles préfèrent parler, le premier depuis sa révision du 23 décembre 1994, le second depuis son insertion dans la Constitution le 29 avril 1999, par opposition aux "*Luxembourgeois*", plutôt des "*non-Luxembourgeois*" que des "*étrangers*", bien que cette dernière notion continue à être employée à l'article 111. L'article 11 garantit au "*citoyen*" l'exercice du droit au travail et délègue à la loi le soin de régler l'intégration sociale des "*citoyens atteints d'un handicap*", sans que ce terme soit défini nulle part avec plus de précision. L'article 12 évoque à son tour de façon très neutre le droit de "*toute personne*" d' "*être informée sans délai des moyens légaux dont elle dispose pour recouvrer sa liberté*". L'option pour un terme neutre prévaut aussi à l'article 27 ("*Chacun a le droit d'adresser aux autorités publiques des pétitions...*") ainsi qu'au dernier alinéa de l'article 23 ("*Chacun est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et...*"), alors que selon son alinéa premier ce dernier article garantit à "*toute personne habitant le Grand-Duché*" l'accès à l'instruction primaire.

La rédaction hybride qui en résulte est due surtout à la coexistence dans notre Constitution d'anciens textes du XIX<sup>e</sup> siècle et de dispositions de facture plus récente qui ont notamment été ajoutées à partir de la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Or, il faut se rendre à l'évidence que les modifications apportées au Chapitre II au rythme des révisions constitutionnelles intervenues depuis lors manquent elles aussi, de façon singulière, de la cohérence rédactionnelle souhaitable. En effet, leur libellé ne permet par exemple pas d'identifier les droits de la première, de la deuxième et de la troisième générations ou de distinguer entre les droits et libertés fondamentaux classiques et les objectifs de valeur constitutionnelle.

Les Constitutions successives du XIX<sup>e</sup> siècle avaient depuis 1848, dans les grandes lignes, fait preuve d'une rédaction cohérente en ce que les libertés d'agir du citoyen et la protection de ses droits contre des ingérences injustifiées de la part d'autrui et notamment de la part des pouvoirs publics étaient exprimées de sorte à faire émaner ces garanties et protections directement de la Constitution (art. 11: "*Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi*"; art. 12: "*La liberté individuelle est garantie*"; art. 15: "*Le domicile est inviolable*"; art. 20: "*Nul ne peut être contraint de concourir d'une manière quelconque aux actes et cérémonies d'un culte ni d'en observer les jours de repos*"; art. 23: "*Tout Luxembourgeois ("Chacun") est libre de faire ses études dans le Grand-Duché ou à l'étranger et de fréquenter les universités de son choix*"; art. 28: "*Le secret des lettres est inviolable*").

Certains des articles considérés réservent en outre à la loi la possibilité de mettre en œuvre le principe constitutionnel prévu, voire d'en restreindre l'exercice (art. 9: "*La qualité de Luxembourgeois s'acquiert, se conserve et se perd d'après les règles déterminées par la loi civile*"; art. 12: "*Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit*"; art. 14: "*Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu d'une loi*"; art. 15: "*Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par loi et dans la forme qu'elle prescrit*"; art. 23: "*La loi détermine les moyens de subvenir à*

*l'instruction publique;... elle règle pour le surplus tout ce qui est relatif à l'enseignement"; art. 28: "La loi réglera la garantie à donner au secret des télégrammes").*

En ce qui concerne les restrictions érigées en réserves légales, il est intéressant de noter que celles s'appliquant à la liberté des cultes, à la liberté de manifester ses opinions religieuses ou autres ainsi qu'à la liberté de la presse sont limitées à "*la répression de délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés*" (cf. art. 19 et 24). Ce n'est donc pas à la loi générale, mais à la loi pénale que la Constitution fait référence, tout en restreignant clairement la possibilité d'intervention du législateur. Cette intervention n'est permise que pour assurer la répression des délits commis à l'occasion de l'usage abusif de ces libertés, voire pour en empêcher ou entraver l'exercice.

Enfin, depuis l'adoption de notre première Constitution, deux dispositions rendent l'Etat en tant que tel compétent pour mettre en œuvre leur contenu. C'est le cas de l'article 22 qui prévoit depuis la Constitution du 9 juillet 1848 (où il portait le numéro 23) l'intervention de l'Etat dans les rapports de l'Eglise avec l'Etat, dont notamment le mode de nomination et l'installation des chefs et ministres des cultes et la publication des actes des cultes. C'est encore le cas de l'article 23 (24 dans la Constitution du 9 juillet 1848) qui désigne l'Etat comme investi de la responsabilité de veiller à l'organisation de l'instruction primaire, obligatoire, gratuite et accessible à tout habitant du Grand-Duché<sup>9</sup>, et de créer des établissements d'instruction moyenne ainsi que les cours d'enseignement supérieur nécessaires.

Or, avec l'inscription à partir de la révision constitutionnelle de 1948 des droits fondamentaux dits de la deuxième génération dans notre Loi fondamentale, la relative discipline rédactionnelle ayant prévalu jusqu'ici commence à fléchir.

Le libellé des droits nouvellement inscrits dans la Constitution tient certainement pour partie au fait que plusieurs de ces droits constituent bien plus des objectifs de valeur constitutionnelle que des droits et libertés fondamentaux au sens classique du terme. En effet, comme ces objectifs se distinguent tant par leur nature que par leur portée des droits et libertés constitutionnels de la première génération, les critères de rédaction de ceux-ci ne s'appliquent que difficilement aux règles introduites depuis 1948.

Ainsi, les dispositions ajoutées à l'article 11 lors de la révision du 21 mai 1948, en particulier celles relatives au droit au travail, au droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé ou à la liberté syndicale, mais aussi celles qui concernent la liberté du commerce et de l'industrie et la garantie de l'exercice de la profession libérale ou du travail agricole présentent ces droits, protections et libertés comme ne trouvant pas leur source dans la Constitution même, mais comme relevant de la responsabilité de l'Etat ("*L'Etat veille à promouvoir ...*", "*L'Etat garantit ...*") ou comme étant l'œuvre de la loi ordinaire ("*La loi garantit ...*", "*La loi organise ...*").

A leur tour, les articles 25 et 26 qui garantissent respectivement le droit de s'assembler et le droit d'association comportent, dans la version qui résulte de la révision du 2 juin 1999, un libellé inédit qui s'écarte de celui des autres règles faisant l'objet du chapitre II, en ce qu'il dispose que c'est "*La Constitution [qui] garantit [ces droits]*".

---

<sup>9</sup> Texte modifié lors de la révision du 2 juin 1999.

La révision du 27 mars 2007 qui a profondément modifié l'article 11 de la Constitution et ajouté un article 11*bis* est une autre illustration du manque de cohésion rédactionnelle du chapitre II.

Au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11, c'est l'Etat qui garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.

Par contre, d'après le libellé du paragraphe 2, le principe de l'égalité entre femmes et hommes a sa source directe dans la Constitution, même si c'est de nouveau l'Etat qui doit veiller à l'élimination des entraves pouvant subsister en la matière.

En vertu du paragraphe 3 l'Etat garantit la protection de la vie privée, mais il revient à la loi de fixer les exceptions à apporter à cette garantie.

Au paragraphe 4, la garantie du droit au travail est assurée par la loi, tout comme la garantie des libertés syndicales. Il revient à l'Etat de veiller à l'exercice du droit au travail, mais c'est la loi qui organise le droit de grève.

Selon le paragraphe 5, c'est encore la loi qui règle la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes atteintes d'un handicap, mais elle le fait uniquement quant aux principes. Face au libellé des autres matières que la Constitution a érigées en réserves légales, il faut se demander si, à la suite de la modification de l'article 32 de la Constitution intervenue dans le cadre de la révision du 19 novembre 2004, l'utilité de la limitation de l'intervention du législateur "aux principes" des objectifs à valeur constitutionnelle y visés est encore donnée. En effet, la question du degré d'exclusivité de l'intervention du législateur dans la matière réservée n'a-t-elle pas trouvé une réponse grâce à la disposition générale de l'article 32(3) qui confère au Grand-Duc la prérogative de "*prendre des règlements et arrêtés [qu']aux fins, dans les conditions et suivant les modalités spécifiées par la loi*"? La formule restrictive accordant au pouvoir législatif l'autorité "*[de régler] quant à [leurs] principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap*" pourrait dès lors s'avérer superfétatoire, surtout qu'elle se différencie du libellé retenu pour énoncer les garanties et objectifs à valeur constitutionnelle valant pour d'autres matières réservées.

Contrairement à l'option prise au moment de l'ajout du paragraphe 6 à l'article 11 de la Constitution en 1948, le nouveau libellé de ce paragraphe en vigueur depuis 2007 fait de la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que de l'exercice de la profession libérale et du travail agricole une règle qui n'est dorénavant plus le fait de la loi ordinaire, mais qui prend sa source directement dans la Constitution, assimilant la protection de ces libertés à celle prévue pour les droits et libertés dits de première génération.

Selon ledit paragraphe 6, la loi peut établir des restrictions, tandis que le paragraphe 3 relatif à la protection de la vie privée parle à cet égard d'exceptions que la loi peut fixer.

Aux termes de l'article 11*bis*, l'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel et promeut la protection et le bien-être des animaux. Dans la mesure où les dispositions en question s'identifient clairement comme objectifs de valeur constitutionnelle, c'est à bon escient que le Constituant a confié à l'Etat l'obligation d'en garantir la protection.

Il reste néanmoins la nuance rédactionnelle entre le deuxième alinéa de l'article 11*bis* et le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article 11; alors que selon l'article 11, "*L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes*", et que l'article 11*bis* dispose que "*L'Etat promeut la protection et le bien-être des animaux*". La différence rédactionnelle, notée par ailleurs entre la disposition précitée de l'article 11 ("*L'Etat veille à promouvoir...*") et le premier alinéa de l'article 23 ("*L'Etat veille à l'organisation de l'instruction primaire...*"), est par contre justifiée comme prévoyant une mission publique inconditionnelle de l'Etat d'organiser l'enseignement primaire dans le second cas, et une obligation de moyens de l'Etat, aux contours moins clairement tracés, de contribuer à l'élimination de toutes formes d'inégalités entre femmes et hommes qui risquent de subsister, dans le premier cas.

## Article 10bis

(1) *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi.*<sup>10</sup>

(2) *Ils sont admissibles à tous les emplois publics, civils ou militaires; la loi détermine l'admissibilité des non-Luxembourgeois à ces emplois.*

L'article 10bis fut introduit dans la Constitution lors de la révision du 29 avril 1999. Il résulte d'une reformulation de l'ancien article 11(2) abrogé à la même occasion.<sup>11</sup> Le texte relatif à l'égalité ("*Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi*") n'a pas varié depuis 1848. A signaler que le Conseil d'Etat avait désapprouvé l'inclusion du principe d'égalité dans un article traitant par ailleurs exclusivement de l'accès à la fonction publique au motif que cet agencement aurait pu faire croire que le principe de l'égalité des citoyens ne devait s'appliquer que dans le seul contexte des emplois publics.<sup>12</sup>

La proclamation de l'égalité des citoyens devant la loi est déjà, en 1848, un principe largement admis dont les origines remontent bien au-delà de la Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens du 26 août 1789 en France. Citons, parmi les textes fondateurs, le Bill of Rights de 1689 en Grande-Bretagne, et, surtout, la Déclaration d'Indépendance des Etats-Unis d'Amérique adoptée le 4 juillet 1776, qui affirme que "tous les hommes sont créés égaux". La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen a également placé le principe d'égalité à la tête des droits.

En 1848, le Constituant estimait que l'égalité devant la loi se produirait principalement de trois manières: par l'absence de toute distinction d'ordre, par l'admissibilité de tous les citoyens indistinctement aux emplois civils et militaires et par l'absence de tout privilège en matière d'imposition publique.<sup>13</sup> L'exigence d'égalité entendait ainsi garantir au citoyen une protection contre la partialité des agents du pouvoir. On était loin d'une conception garantissant au citoyen une protection contre un traitement arbitraire de la part du législateur ou une interdiction des discriminations dans la loi.

Dans son rapport de juin 1913 à la commission spéciale de Révision de la Constitution nommée le 12 juillet 1912, le député Michel Welter notait: "Lorsque la Constitution proclame que tous les citoyens sont égaux, elle n'a pas en vue la proclamation de l'égalité sociale et économique, mais elle proclame que tous les citoyens sont égaux devant la loi, que tous les citoyens jouissent de la même protection de la loi, qu'ils soient pauvres ou riches, forts ou faibles. C'est un idéal qui certainement dans l'état actuel de la société ne sera jamais atteint, mais la Constitution proclame le principe, aux hommes de le réaliser."<sup>14</sup>

<sup>10</sup> La proclamation de l'égalité entre les femmes et les hommes figure dorénavant à l'article 11(2) nouveau de la Constitution.

<sup>11</sup> L'article 11(2) était à l'époque, et jusqu'à la révision du 29 avril 1999, libellé comme suit:

"(2) *Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers.*"

Pour connaître l'origine historique de cette disposition, il est renvoyé à une contribution de Manou Servais: "Une petite généalogie de nos droits et libertés", publiée dans "Les Cahiers luxembourgeois", 1998/4, p. 14.

<sup>12</sup> Avis du Conseil d'Etat du 6 mai 1994; doc. parl. n<sup>os</sup> 3855<sup>1</sup> - 3913<sup>1</sup>; 3635<sup>1</sup>; 3686<sup>1</sup>; 3914<sup>1</sup>; 3922<sup>1</sup> - 3925<sup>1</sup>.

<sup>13</sup> Voir en ce sens: Gustave Beltjens, *La Constitution belge révisée*, 1894, p. 100-108.

<sup>14</sup> Michel Welter, Rapport de juin 1913 à la commission spéciale de Révision de la Constitution nommée le 12 juillet 1912; *La Révision de la Constitution*, Compte rendu de la Chambre des députés, sess. ord. 1912-1913, vol. 3, Annexes.

Le contexte historique se reflète dans l'agencement initial des dispositions constitutionnelles. L'interdiction des distinctions d'ordre (article 11(1)) précédait en effet l'énoncé du principe d'égalité.

Alors qu'il a été longtemps ignoré dans la jurisprudence, on s'aperçoit aujourd'hui qu'aucun autre texte de la Constitution n'est invoqué aussi souvent dans le cadre de recours judiciaires. Le souci de ne pas être discriminé constitue manifestement une préoccupation majeure du justiciable. Nos juridictions rappellent invariablement les mêmes principes: "Le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi, applicable à tout individu touché par la loi luxembourgeoise si les droits de la personnalité, et par extension des droits extra-patrimoniaux 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."<sup>15</sup> "Le principe d'égalité de traitement est compris comme interdisant le traitement de manière différente des situations similaires, à moins que la différenciation soit objectivement justifiée. Il appartient par conséquent aux pouvoirs publics, tant au niveau national qu'au niveau communal, de traiter de la même façon tous ceux qui se trouvent dans la même situation de fait et de droit. Par ailleurs, lesdits pouvoirs publics peuvent, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que les différences instituées procèdent de disparités objectives, qu'elles soient rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but."<sup>16</sup>

L'aspiration à l'égalité a, dans l'acception actuelle du concept, connu un développement prodigieux depuis la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle seulement. Faut-il rechercher la cause de cette ineffectivité antérieure de la disposition constitutionnelle dans le manque de prise de conscience concrète du justiciable ou dans l'absence d'un contrôle de constitutionnalité par une juridiction suprême?

Si le principe d'égalité figurait dès l'origine dans la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et du Citoyen, les citoyens n'ont exprimé que depuis quelques décennies par des recours juridictionnels leur désir d'égalité et de suppression des discriminations.

En fait, l'égalité devant la loi était bien limitée au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècles malgré l'énoncé du principe dans la Constitution. Il y a lieu de citer pour mémoire:

- l'inégalité aux élections par la subsistance du suffrage censitaire qui réservait le droit de vote aux plus fortunés ainsi que l'absence de droit de vote pour les femmes;
- la restriction du principe d'égalité aux seuls nationaux: les Luxembourgeois;
- le traitement inégalitaire des femmes mariées avant la loi du 12 décembre 1972 réformant le chapitre 6 du Code civil relatif aux droits et devoirs respectifs des époux. A noter que le principe d'égalité entre hommes et femmes fait entre-temps l'objet du paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution;
- les atteintes au principe d'égalité dans la législation discriminant les enfants "naturels" par rapport aux enfants "légitimes".

Ce n'est que sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que le principe a connu l'essor extraordinaire auquel nous assistons aujourd'hui, au point de

---

<sup>15</sup> TA 12-1-99 (10800); TA 22-3-2000 (11351); TA 23-10-02 (14663); TA 17-3-03 (15379); TA 5-11-03 (16243, frappé d'appel 17261C); TA 2-2-04 (16191); TA 2-2-04 (16273); TA 2-2-04 (16653).

<sup>16</sup> TA 6-12-2000 (10019); TA 10-7-02 (14378, confirmé par arrêt du 26-11-02, 15233C); TA 23-10-02 (14663); TA 12-12-02 (15377); TA 17-3-03 (15379); TA 5-5-03 (15026); TA 5-11-03 (16243, frappé d'appel 17261C); TA 2-2-04 (16191); TA 2-2-04 (16273); TA 2-2-04 (16653); TA 29-9-04 (17756).

supplanter tous les autres droits et en imposant son respect, non seulement dans l'application des lois, mais aussi et d'abord dans le libellé même de la norme législative: l'égalité devant la loi a été complétée par le principe d'égalité dans la loi.

Le Conseil d'Etat et, depuis sa création, la Cour constitutionnelle s'appliquent à veiller sous l'œil vigilant du citoyen au respect de ce principe. Le Comité du contentieux du Conseil d'Etat, juridiction administrative jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions administratives,<sup>17</sup> avait notamment jugé qu'un règlement communal limitant l'attribution d'un subside scolaire aux seuls élèves fréquentant un établissement public, à l'exclusion des établissements privés, violait le principe constitutionnel de l'égalité devant la loi.<sup>18</sup>

Dans nombre de ses arrêts, la Cour constitutionnelle a dressé les contours de ce droit fondamental. Pour justifier un traitement distinct de deux ou plusieurs catégories de personnes, elle exige que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but. D'après la Cour, "le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à condition de respecter ces principes".<sup>19</sup>

Sur un total de quarante décisions rendues par la Cour constitutionnelle entre mars 1998 et septembre 2007, une prétendue violation du principe d'égalité fut invoquée dans vingt recours. Par treize arrêts, les dispositions légales soumises à l'appréciation de la Cour ont été jugées non conformes au principe d'égalité.<sup>20</sup>

Ainsi la Cour a jugé que l'exclusion du bénéficiaire du forfait d'éducation, institué par la loi du 28 juin 2002, pour des "personnes bénéficiant d'une pension au titre de leur activité statutaire auprès d'un organisme international" violait le principe d'égalité dans la mesure où cette disparité de traitement n'était fondée sur aucune raison déterminante rationnellement justifiée au regard de la finalité de la loi.<sup>21</sup> Dans le même sens, la Cour constitutionnelle a décidé, par un arrêt du 20 octobre 2006, après avoir constaté que les chargés de cours au service de l'Etat ou des communes se trouvent dans le même rapport de soumission à l'autorité que les travailleurs tombant sous le régime du droit commun, que leur besoin de protection légale est "foncièrement comparable", de sorte qu'une disposition légale prévoyant, par dérogation au régime de droit commun, la possibilité de conclure un nombre illimité de contrats de travail à durée déterminée pour cette catégorie de salariés, constituait une violation du principe d'égalité prévu à l'article 10bis(1) de la Constitution.<sup>22</sup> Par un arrêt du 25 mai 2007, la Cour constitutionnelle a invalidé un volet important de la législation du 9 juillet 1969 régissant le partage agricole.<sup>23</sup> Les juges constitutionnels ont certes admis que le régime de traitement

---

<sup>17</sup> Voir commentaires des articles 83*bis* et 95*bis*.

<sup>18</sup> Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 12 décembre 1990, Ville de Dudelange, n° 8343.

<sup>19</sup> Cour constitutionnelle, arrêt 9/00 du 5 mai 2000; Mémorial A n° 40 du 30 mai 2000, p. 948.

<sup>20</sup> Cour constitutionnelle, arrêt 7/99 du 26 mars 1999, Mémorial A n° 41 du 20 avril 1999, p. 1087; 20/04 du 28 mai 2004, Mémorial A n° 94 du 18 juin 2004, p. 1562; 21/04 du 18 juin 2004, Mémorial A n° 116 du 12 juillet 2004, p. 1766; 22/04 du 18 juin 2004, Mémorial A n° 117 du 12 juillet 2004, p. 1770; 25/05 du 7 janvier 2005, Mémorial A n° 8 du 26 janvier 2005, p. 74; 26/05 du 8 juillet 2005, Mémorial A n° 106 du 22 juillet 2005, p. 1854; 29/06, 30/06, 31/06, 32/06 et 33/06 du 7 avril 2006, Mémorial A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1334, 1336, 1338, 1340 et 1342; 36/06 du 20 octobre 2006, Mémorial A n° 188 du 6 novembre 2006; 40/06 du 25 mai 2007, Mémorial A n° 96 du 19 juin 2007.

<sup>21</sup> Cour constitutionnelle, arrêts 29/06 à 33/06 du 7 avril 2006; Mémorial A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1334.

<sup>22</sup> Cour constitutionnelle, arrêt 36/06 du 20 octobre 2006; Mémorial A n° 188 du 6 novembre 2006, p. 3304.

<sup>23</sup> Cour constitutionnelle, arrêt 40/07 du 25 mai 2007; Mémorial A n° 96 du 19 juin 2007, p. 1806.

inégalitaire institué par cette loi en faveur des copartageants, qui reprennent l'unité de production, est en principe rationnellement justifié dans la mesure où il vise à préserver l'économie rurale. Ils ont néanmoins sanctionné la loi au motif que l'estimation des biens alloués à leur valeur de rendement agricole au jour du partage – en lieu et place de l'évaluation à la valeur vénale déterminée par le marché – ensemble avec 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 (tel l'apport en société) créerait une disproportion au détriment des copartageants privés du bénéfice de ces mesures et violerait ainsi l'article 10*bis* de la Constitution. La formulation très succincte de l'arrêt quant à la proportionnalité ne permet pas de circonscrire avec certitude les contours de la violation quant au critère de proportionnalité. La tâche du législateur appelé à adapter la loi aux exigences constitutionnelles n'en est pas facilitée.

La loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'Etat a précisé, parmi les attributions du Conseil d'Etat, le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des projets et propositions de loi. Cette disposition légale nouvelle, ensemble avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, a indéniablement contribué à une attention plus aiguë du Conseil d'Etat pour les questions tenant au respect de l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la loi.

Entre janvier 1990 et septembre 2007, dix-neuf oppositions formelles contre des dispositions figurant dans des projets de loi étaient fondées sur le non-respect du principe constitutionnel d'égalité. Ont notamment été déclarées contraires au principe d'égalité:

- la disposition de l'accord salarial pour les fonctionnaires et employés de l'Etat qui prévoyait la prise en charge par l'Etat des frais d'avocat d'un fonctionnaire résultant d'un litige l'opposant à l'Etat employeur;<sup>24</sup>
- une disposition dans le projet de loi concernant le sport qui aurait permis de faire bénéficier les sportifs intégrés dans le cadre du sport d'élite d'un droit d'engagement prioritaire pour les emplois du secteur public;<sup>25</sup>
- une disposition d'un projet de loi prévoyant une prorogation d'un congé de maladie, portant sa durée totale à dix-huit mois pendant lesquels le fonctionnaire aurait touché l'intégralité de son traitement, alors même que le Code des assurances sociales prévoit une durée maximale d'indemnisation d'un an seulement;<sup>26</sup>
- l'attribution d'une aide à l'emploi aux seules entreprises constituées sous forme de personne morale, excluant par là les personnes physiques et notamment les agriculteurs, les professions libérales et les artisans;<sup>27</sup>
- la dispense accordée aux concessionnaires de réseaux de transport ou de distribution de solliciter une autorisation de construire pour les travaux au réseau;<sup>28</sup>
- une disposition prévoyant la possibilité, pour les seuls avocats agissant en société, de limiter leur responsabilité professionnelle et d'exclure par là de ce droit les avocats exerçant en dehors de toute structure sociale.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Avis du Conseil d'Etat du 7 juillet 2000; doc. parl. n° 4677<sup>2</sup>.

<sup>25</sup> Avis du Conseil d'Etat du 10 février 2004; doc. parl. n° 4766<sup>14</sup>.

<sup>26</sup> Avis du Conseil d'Etat du 20 décembre 2002 sur le projet relatif au statut du fonctionnaire; doc. parl. n° 4891<sup>5</sup>.

<sup>27</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 20 mars 2007 sur le projet de loi portant rétablissement du plein emploi; doc. parl. n° 5144<sup>13</sup>.

<sup>28</sup> Avis du Conseil d'Etat du 24 avril 2007 sur le projet devenu la loi du 1<sup>er</sup> août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité, doc. parl. n° 5605<sup>5</sup>; avis du Conseil d'Etat du 22 mai 2007 sur le projet devenu la loi du 1<sup>er</sup> août 2007 relative à l'organisation du marché du gaz naturel, doc. parl. n° 5606<sup>7</sup>.

<sup>29</sup> Avis du Conseil d'Etat du 24 avril 2007 sur les lois du 21 juin 2007; doc. parl. n° 5660<sup>1</sup> A et B.

S'il est admis que l'égalité complète n'est pas possible, la recherche d'un traitement égalitaire doit constituer une préoccupation primordiale du législateur.<sup>30</sup>

L'égalité devant la loi est-elle réservée aux seuls Luxembourgeois? Le libellé de l'article 10<sup>bis</sup>, paragraphe 1<sup>er</sup>, permettrait cette conclusion. Le principe de l'égalité entre Luxembourgeois et étrangers figurait déjà au Code civil<sup>31</sup> promulgué le 15 mars 1803 ainsi qu'au Code pénal<sup>32</sup> introduit par la loi du 16 juin 1879.

Le même principe se dégage de l'article 111 de la Constitution. La Cour constitutionnelle l'a expressément rappelé dans ses arrêts du 7 avril 2006 précités.

L'interdiction de toute discrimination à l'égard des étrangers est encore imposée par l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

L'introduction de l'article 10*bis*, paragraphe 2, est due au fait que le Constituant s'était cru obligé de réagir à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) d'après laquelle les dispositions légales qui excluaient les ressortissants communautaires des emplois dans les administrations publiques nationales n'impliquant pas une participation de leur titulaire à l'exercice de la puissance publique, violaient l'article 48-4 du Traité sur l'Union européenne.<sup>33</sup> Dans ses arrêts, la CJCE donna une interprétation très restrictive à la notion d'administration publique et s'exprima comme suit: "En ne limitant pas l'exigence de la nationalité luxembourgeoise à l'accès aux emplois de fonctionnaire et d'employé public comportant une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la fonction publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, dans les secteurs publics de la recherche, de l'enseignement, de la santé, des transports terrestres, des postes et télécommunications et dans les services de distribution d'eau, de gaz et d'électricité, le Grand-Duché de Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 48 du Traité CEE et de l'article 1<sup>er</sup> du règlement (CEE) n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté." L'exception à la libre circulation des travailleurs pour les emplois dans la fonction publique telle qu'elle figure à l'article 48-4 du Traité instituant la Communauté européenne ne permettait dès lors plus une exclusion quasi généralisée des ressortissants communautaires de nationalité non luxembourgeoise telle qu'elle fut pratiquée avant cet arrêt. Le Constituant luxembourgeois décida de modifier le texte de la Constitution afin de l'adapter à la nouvelle donne.

---

<sup>30</sup> On est dès lors loin de l'analyse de Boissy d'Anglas en 1792 qui, après avoir déclaré que l'égalité absolue est une chimère, jugeait qu'il était raisonnable de confier le soin de gouverner aux seuls riches, car, disait-il "ils seraient plus respectueux des lois". Le constat de Jean Cruet cité dans le rapport précité du député Michel Welter reste par contre d'actualité: "Dans l'histoire, les faibles n'ont encore trouvé qu'un moyen d'accroître leur place dans la société et dans le droit, c'est de devenir forts." (Rapport Michel Welter, voir Note 5).

<sup>31</sup> Article 3, alinéa 1, du Code civil: "Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire." Article 7: "L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle."

Article 13: "L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du Grand-Duc à établir son domicile dans le Luxembourg, y jouira de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider."

<sup>32</sup> Article 3 du Code pénal: "L'infraction commise sur le territoire du Grand-Duché, par des Luxembourgeois ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois luxembourgeoises."

<sup>33</sup> CJCE, Arrêts du 17 décembre 1980 et du 26 mai 1982 C149/79, Commission c. Belgique; Arrêt C/473/93 du 2 juillet 1996, Commission c. Grand-Duché de Luxembourg.

Dans son avis du 6 mai 1994 relatif au projet de révision de la Constitution,<sup>34</sup> le Conseil d'Etat fut réservé sur cette initiative alors que le texte original de la Constitution n'excluait ni ne restreignait formellement l'emploi de citoyens de nationalité non luxembourgeoise dans la fonction publique, raison pour laquelle le Constituant belge, face à un texte positif identique, n'avait d'ailleurs pas jugé nécessaire d'intervenir après les arrêts précités de la CJCE. Aux yeux du Conseil d'Etat, la loi ouvrant l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise n'aurait pas violé la Constitution dans sa version ancienne. Il proposa dès lors de se limiter à supprimer dans l'ancienne version de l'article 11(2) les termes "pour des cas particuliers". Entre 1994 et le moment d'émettre en 1998 son avis sur le projet de loi ouvrant l'accès de ressortissants communautaires à la fonction publique luxembourgeoise, le Conseil d'Etat se ralliait à l'avis du Gouvernement en estimant qu'une révision constitutionnelle préalable était nécessaire.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Doc. parl. n° 3923<sup>1</sup>.

<sup>35</sup> Avis du Conseil d'Etat du 3 mars 1998; doc. parl. n° 4325<sup>4</sup>.

## Article 11

(1) *L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.*

(2) *Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.*

*L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.*

(3) *L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi.*

(4) *La loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit. La loi garantit les libertés syndicales et organise le droit de grève.*

(5) *La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap.*

(6) *La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi.*

*En matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.*

*La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.*

Le libellé de l'article 11 en vigueur jusqu'à la révision du 21 mai 1948 était resté inchangé depuis la Constitution du 9 juillet 1848, où il avait fait l'objet de l'article 12 (devenu l'article 11 sous la Constitution du 27 novembre 1856).

La teneur initiale était la suivante:

*"Art. 11. Il n'y a dans l'Etat aucune distinction d'ordres. – Les Luxembourgeois sont égaux devant la loi; seuls ils sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi, pour des cas particuliers."*

La révision du 21 mai 1948 avait subdivisé l'article 11 en paragraphes tout en complétant les dispositions en place par quatre paragraphes nouveaux libellés comme suit:

*"(3) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.*

*(4) La loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit.*

*(5) La loi organise la sécurité sociale, la protection de la santé et le repos des travailleurs et garantit les libertés syndicales.*

*(6) 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."*

Lors de la révision du 29 avril 1999, le paragraphe 2 traitant de l'égalité des Luxembourgeois devant la loi fut transféré sous une forme amendée à un nouvel article 10*bis*.

Le paragraphe 6 a à son tour été complété dans le cadre de la révision du 19 novembre 2004 par deux alinéas nouveaux avec l'objectif de conférer aux organes des professions réglementées du secteur libéral, dotés de la personnalité civile, le pouvoir de réglementer l'organisation et les modalités d'exercice de leur profession.

L'avant-dernière révision du 13 juillet 2006 a consacré formellement le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes.

Enfin, la révision du 29 mars 2007 a remodelé la structure de l'article 11 et a donné à cet article son libellé actuel.

Depuis cette dernière révision, il ne reste plus rien des dispositions de 1848.

En effet, suite au transfert de la disposition traitant de l'égalité des Luxembourgeois à l'article 10*bis*, le 29 avril 1999, la révision du 29 mars 2007 a supprimé la disposition relative à l'abolition des ordres connus sous l'Ancien Régime. Le motif en a été que ce texte n'avait manifestement plus sa place dans une Constitution moderne. Aujourd'hui, personne ne songerait en effet plus sérieusement à rétablir les ordres. Le Conseil d'Etat s'était prononcé en faveur de cette suppression.<sup>36</sup>

A côté de l'introduction d'un nouvel article 11*bis*, la révision du 29 mars 2007 a introduit la structure actuelle de l'article 11.

*(1) L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille.*

En 1948, le Constituant, influencé par les préparatifs de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies, adoptée le 10 décembre 1948, souhaita compléter la liste des droits individuels censés protéger les individus contre les abus du pouvoir politique par l'adjonction de nouveaux droits sociaux. Les droits classiques, aussi appelés "*droits de*", furent ainsi complétés par des "*droits à*", droits à l'éducation, à la culture, à la protection sociale, etc.

D'où l'idée d'inclure une référence à la famille dans le texte même de la Constitution.

Pour justifier l'introduction de la notion de famille dans la Constitution, la commission parlementaire spéciale, après avoir constaté que les familles et plus particulièrement les familles nombreuses n'avaient pas bénéficié des progrès économiques et sociaux réalisés au profit des individus, s'exprima comme suit: "Dans ce désarroi des esprits on commence donc à reconnaître que pour rendre aux générations nouvelles, en même temps que la foi dans l'avenir, l'esprit de continuité et de tradition, pour faire renaître ces vertus modestes, indispensables à la force et à la grandeur d'une nation, pour opérer la reconstruction morale

---

<sup>36</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

d'une société profondément désaxée, il faut chercher le salut dans la restauration intégrale de l'institution familiale." La commission proposa toutefois majoritairement un texte qui, avec le regard du XXI<sup>e</sup> siècle, peut surprendre: "Le mariage, comme fondement de la vie de la famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection de l'Etat."<sup>37</sup>

Cette formulation ne visait pas tant la protection des enfants et de la famille dans le sens contemporain, mais la consécration constitutionnelle d'une conception sacralisée du mariage, censé constituer le fondement de la Nation. Dans son premier avis du 25 mars 1948, le Conseil d'Etat souligna d'emblée l'intérêt de voir ancrer certains droits sociaux et familiaux dans la Constitution.<sup>38</sup> Il proposa néanmoins un propre libellé plus large qui, à ses yeux, aurait mieux permis d'assurer la protection de tous les droits inhérents à la personne humaine, dont le mariage n'est qu'une expression. Et de suggérer la formule: "*Le droit concernant l'état et la capacité des personnes est garanti par la loi.*" Cette version ne convainquit manifestement pas la commission spéciale qui finit par proposer le texte tel qu'il figure actuellement dans la Constitution.

Dans son avis complémentaire du 11 mai 1948, le Conseil d'Etat exprima ses réticences les plus formelles par rapport à ce libellé.<sup>39</sup> Le texte lui parut trop imprécis, et le renvoi à la Déclaration des droits de l'homme, norme supérieure, fut également jugé inapproprié. Il fut en outre d'avis que tous les droits garantis par la Constitution, comme par exemple l'égalité devant la loi, la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, le droit de propriété, faisaient partie des droits visés par la nouvelle formule. Ils ont dès lors pour ainsi dire été élevés à un rang supérieur à la Constitution en tant que normes juridiques immuables. Le Conseil d'Etat redouta également que l'amendement proposé n'ouvrît "la porte à l'incertitude, à l'appréciation subjective" et de conclure: "Les droits de la personne humaine, pour être efficacement garantis, doivent être énumérés; c'est une définition par approximation et par application...". Le Conseil d'Etat brandit même le spectre de voir émerger des procès qui "feraient entrer les philosophes dans le prétoire"!

Force est de constater que la disposition constitutionnelle adoptée malgré l'opposition du Conseil d'Etat n'eut pas l'écho appréhendé. Les droits naturels n'ayant pas été autrement précisés, le Conseil d'Etat et les juridictions s'y sont rarement référés.

L'article 11(3) fut notamment invoqué dans l'avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2003 relatif au projet de loi modifiant la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers, projet retiré entre-temps du rôle.<sup>40</sup> Le Conseil d'Etat avait estimé qu'en vertu des paragraphes 3 et 5 (aujourd'hui 1<sup>er</sup> et 5) de l'article 11 de la Constitution, la protection des mineurs était un domaine réservé et que dès lors les règles auxquelles sont soumis des essais cliniques les concernant ne pouvaient être déterminées dans un règlement grand-ducal à défaut de fixation des principes mêmes dans la loi.

La Cour constitutionnelle fut saisie à quelques rares occasions au sujet de prétendues violations de ce paragraphe, sans toutefois admettre le bien-fondé de cet argument. Dans l'arrêt 2/98 du 13 novembre 1998, la Cour circonscrivit le droit naturel comme étant "celui

---

<sup>37</sup> Proposition de la commission spéciale pour la révision de la Constitution; doc. parl. n° 18 (158), p. 175.

<sup>38</sup> Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 210.

<sup>39</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 11 mai 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 236.

<sup>40</sup> Doc. parl. n° 4950.

découlant de la nature humaine", existant même sans texte de loi positif.<sup>41</sup> Les droits naturels de la famille comprennent ainsi notamment, selon la Cour, le droit à la procréation et à la communauté de vie. En précisant que l'adoption prenait son fondement dans "un droit positif et non dans le droit naturel", la Cour jugea que la Constitution n'était pas violée. D'aucuns ont cru lire dans cette motivation une volonté de privilégier le droit positif par rapport au droit naturel non écrit. Dans l'arrêt 20/04 du 28 mai 2004, la Cour précisa que "le droit naturel se restreint aux questions existentielles de l'être humain, au respect de sa dignité et de sa liberté".<sup>42</sup> Dans son arrêt 14/02 du 6 décembre 2002, la Cour refusa d'analyser une prétendue violation du paragraphe sous examen au motif que, s'agissant d'une situation impliquant un étranger, la disposition en question ne serait pas applicable,<sup>43</sup> alors que selon l'article 111 des exceptions aux droits garantis par la même Constitution pourraient être prévues dans la loi en défaveur des étrangers.<sup>44</sup>

Les décisions citées prouvent à l'évidence que la Cour constitutionnelle n'entend pas échafauder un système de normes quasi supra-constitutionnelles à partir de la notion de "*droit naturel*". La Cour constitutionnelle ne souhaite manifestement pas contribuer à la création d'une nouvelle catégorie de droits fondamentaux à contenu indéterminé laissés au bon vouloir du juge. En adoptant une interprétation restrictive et littérale de cette notion, la Cour constitutionnelle s'est elle-même imposé des limites à l'œuvre jurisprudentielle.

Le Conseil d'Etat s'est entre-temps accommodé du libellé du paragraphe sous examen. Alors que dans la proposition de révision n° 3923 la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle prévoyait de remplacer le terme "*droit naturel*" par "*droits fondamentaux*", le Conseil d'Etat se prononça dans son avis précité du 27 avril 1999 pour le maintien de la notion de "*droits naturels de la personne humaine et de la famille*".<sup>45</sup> Ce faisant, il admit qu'il n'est pas opportun d'abolir ou de modifier des concepts juridiques, certes toujours aussi flous, mais qui ont l'avantage d'exister depuis des décennies et qui ont fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle restrictive. Le Conseil d'Etat tint toutefois à rappeler sa position fondamentale dans les termes suivants: "D'autres Constitutions modernes ont procédé différemment et formulé de manière précise et positive ce qu'il faut entendre par "droit naturel". Ce procédé aurait *a priori* eu les faveurs du Conseil d'Etat étant donné que le législateur ne pourrait pas voir sanctionnée un jour une disposition légale considérée comme "droit naturel" par la Cour constitutionnelle... Si le Conseil d'Etat a toutefois marqué son accord à ce que la Constitution continue à prévoir la garantie des droits naturels au texte proposé malgré tous les aléas qu'il présente, c'est qu'il paraît évident qu'à défaut d'énumération complète, il y a des droits fondamentaux qui doivent être protégés par la Constitution, droits qui se dénomment de manière générique "droits naturels"."

(2) Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.

L'Etat veille à promouvoir activement l'élimination des entraves pouvant exister en matière d'égalité entre femmes et hommes.

<sup>41</sup> Mémorial A n° 102 du 8 décembre 1998, p. 2500.

<sup>42</sup> Mémorial A n° 94 du 18 juin 2004, p. 1562.

<sup>43</sup> Mémorial A n° 144 du 23 décembre 2002, p. 3504.

<sup>44</sup> Pour l'analyse de l'incidence de l'article 111 par rapport aux droits fondamentaux, il est renvoyé au commentaire de l'article afférent.

<sup>45</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

La proposition précitée de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 28 janvier 1999 avait visé à ancrer dans un nouveau paragraphe 2 de l'article 11 de la Constitution le principe de l'égalité juridique entre femmes et hommes tout en conférant une base constitutionnelle à des mesures visant à atteindre une égalité de fait entre les deux sexes.<sup>46</sup>

Le texte initialement proposé était libellé comme suit:

*"Les femmes et les hommes sont égaux en droits et en devoirs.*

*En vue de réaliser l'égalité de fait dans l'exercice des droits et devoirs, la loi peut fixer des mesures appropriées."*<sup>47</sup>

La décision d'inscrire l'égalité des sexes dans la Constitution partait de la constatation que le principe général d'égalité figurant dans notre Constitution depuis 1848 et ayant été transféré lors de la révision du 29 avril 1999 à l'article 10bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, n'avait pas permis de garantir cette égalité de manière effective. L'alinéa premier du nouveau paragraphe 2 de l'article 11 n'a dès lors pas donné lieu à débat, tant il est vrai que chacun s'accordait à reconnaître la nécessité d'une déclaration forte et claire de l'égalité entre les sexes dans la Constitution.

Il en fut autrement du libellé du deuxième alinéa qui prévoyait la possibilité d'adopter des mesures de promotion de l'égalité ("actions positives"). Le libellé proposé ne contenait en fait qu'une déclaration d'intention du Constituant. Dans son avis du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat ne manqua pas de rappeler la formule du Professeur Delpérée comme quoi "les Constitutions programmes sont de fausses Constitutions".<sup>48</sup>

Le bien-fondé même de l'initiative constitutionnelle n'était pas pour autant mis en cause. Le Constituant souhaitait en effet donner une base constitutionnelle aux discriminations positives telles qu'introduites dans la législation par la loi du 12 février 1999 concernant la mise en œuvre du plan d'action national en faveur de l'emploi 1998.<sup>49</sup>

Le recours à des actions positives en vue d'éliminer des inégalités est expressément prévu dans le Traité instituant la Communauté européenne, version résultant du Traité d'Amsterdam.<sup>50</sup> L'article 2, paragraphe 8, de la Directive 76/207/CEE telle que modifiée par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil dispose que les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141(4) du Traité CE.<sup>51</sup> L'article 23, alinéa 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée le 7 décembre 2000 par le Traité de Nice, contient une disposition analogue.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Doc. parl. n° 3923B.

<sup>47</sup> Proposition du 11 février 1999; doc. parl. n° 3923.

<sup>48</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

<sup>49</sup> Mémorial A n° 13 du 23 février 1998, p. 190; doc. parl. n° 4459.

<sup>50</sup> Traité CE:

"Art. 3.(2) Pour toutes les actions visées au présent article, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes."

<sup>51</sup> Traité CE:

"Art. 141.(4) Pour assurer concrètement une égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévoir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle."

<sup>52</sup> "Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté." (JOCE, n° 364 du 18 décembre 2001, p. 1).

Le Conseil d'Etat s'était montré réticent à voir introduire dans la Constitution un libellé pouvant, le cas échéant, être interprété comme une obligation de résultat quant au but d'égalité effective visé. Pour cette raison, il s'était opposé au texte de l'amendement du 7 octobre 2003 proposé par la commission parlementaire, texte libellé de manière très approximative ("*L'Etat adopte des mesures visant à éliminer les entraves...*").

Le volet relatif au principe constitutionnel d'égalité entre femmes et hommes a finalement été introduit dans la Constitution par la loi du 13 juillet 2006.<sup>53</sup> La révision du 29 mars 2007 n'a touché ni au libellé ni à l'endroit d'insertion du paragraphe 2 de l'article 11.

*(3) L'Etat garantit la protection de la vie privée, sauf les exceptions fixées par la loi.*

Même si l'inscription formelle de la garantie de la protection de la vie privée dans notre Constitution est de facture récente, des aspects essentiels de cette protection tels que l'inviolabilité du domicile ou le secret de correspondance figuraient déjà dans la Constitution du 9 juillet 1848 (voir articles 16 et 29 devenus articles 15 et 28 depuis la Constitution du 27 novembre 1856).

Au fil des années, le législateur a tissé un maillage toujours plus fin et plus serré de règles juridiques destinées à assurer la protection de l'intimité de la sphère privée contre des ingérences non justifiées des autorités publiques. La Constitution du 17 octobre 1868 avait déjà étendu le secret postal à celui des télégrammes. Par la suite, le secret valant pour les lettres et les télégrammes a été étendu par la loi aux télécommunications pour englober depuis 2000 la correspondance dans son ensemble.<sup>54</sup> Parallèlement, le Code d'instruction criminelle a été complété par un cadre légal très strict définissant les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités judiciaires, voire le Gouvernement peuvent procéder aux repérages et écoutes téléphoniques jugés nécessaires pour enquêter sur les crimes ou délits ou encore les infractions contre la sûreté extérieure de l'Etat.<sup>55</sup> En matière de procédure administrative non contentieuse, l'administré a droit à la communication de son dossier et peut demander l'enlèvement de toute pièce étrangère à l'objet du dossier qui est de nature à lui causer préjudice, tout comme l'Administration peut refuser la communication d'informations pouvant constituer une atteinte à l'intimité de la vie privée d'autres personnes.<sup>56</sup> A partir des années 1970, la protection légale de la vie privée a été étendue au traitement des données à caractère personnel.<sup>57</sup> La loi du 15 mars 2007 portant réglementation de la fouille des véhicules délimite clairement les prérogatives des parquets et de la Police grand-ducale pour procéder à ces fouilles.

---

<sup>53</sup> Mémorial A n° 124 du 19 juillet 2006, p. 2140; doc. parl. n° 3923B.

<sup>54</sup> cf. Loi du 15 décembre 2000 sur les services postaux et les services financiers postaux (art. 2(3)) et loi du 30 mai 2005 sur les réseaux et les services de communications électroniques (art. 4(1)).

<sup>55</sup> cf. Articles 67-1 et 88-1 et suivants du Code d'instruction criminelle.

<sup>56</sup> cf. Règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes (articles 11 et 13).

<sup>57</sup> cf. 1. Loi modifiée du 29 mars 1974 créant un centre informatique de l'Etat; 2. Loi modifiée du 31 mars 1979 réglementant l'utilisation des données nominatives dans les traitements informatiques (abrogée en 2002); 3. Loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel.

Lors de l'élaboration de textes légaux ou réglementaires touchant à la protection de la vie privée, le Conseil d'Etat a toujours veillé méticuleusement à la protection des droits des particuliers contre toute emprise de la part de l'Etat jugée excessive.

Dans ces conditions, l'inscription, lors de la révision du 27 mars 2007, de la protection de la vie privée dans la Constitution se présente comme une consécration par notre Loi fondamentale d'une tradition légale acquise depuis longtemps bien plus que comme une innovation en matière de droits fondamentaux protégés sur le plan constitutionnel.

Dans son avis du 27 avril 1999, le Conseil d'Etat avait proposé de compléter la proposition initiale de la commission parlementaire qui avait entendu limiter le texte au seul principe de la garantie de la protection de la vie privée par l'Etat.<sup>58</sup> A cet effet, il avait renvoyé à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et il avait noté que sans la possibilité pour le législateur d'y apporter des restrictions, le libellé serait e.a. contraire à l'article 15 de la Constitution et interdirait toutes mesures contraignantes telles que perquisitions, écoutes téléphoniques, rétentions, arrestations, placements dans une structure psychiatrique fermée.

Le contenu du paragraphe 3 de l'article 11, tel qu'il résulte de la révision du 29 mars 2007, est par conséquent directement inspiré par l'article 8 de la Convention du 4 novembre 1950.<sup>59</sup> Pour le principe énoncé, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne abonde dans le même sens.<sup>60</sup>

Contrairement à la Convention et à la Charte précitées, le Constituant luxembourgeois se limite cependant à évoquer la protection de la vie privée, le respect de la vie familiale étant traité dans un paragraphe distinct de l'article 11 (paragraphe 1<sup>er</sup>) aux termes duquel "*l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille*".

Certaines Constitutions européennes retiennent le droit au respect de la vie privée (Constitution belge, art. 22; Constitution néerlandaise, art. 10) ou à l'intimité personnelle (Constitution espagnole, art. 18).<sup>61</sup> D'autres se limitent, tout comme la nôtre avant la révision

---

<sup>58</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

<sup>59</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales:

"Art. 8. Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

<sup>60</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne:

"Art. 7. Respect de la vie privée et familiale

Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance."

<sup>61</sup> Constitution belge:

Art. 22, premier alinéa.

Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.

Constitution néerlandaise:

Art. 10.

(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée, sauf restrictions à établir par la loi ou en vertu de la loi.

(2) La loi fixe des règles en vue de la protection de la vie privée à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel.

(3) La loi fixe des règles concernant les droits des personnes à prendre connaissance des données enregistrées à leur sujet et de l'utilisation qui en est faite, ainsi qu'à faire rectifier de telles données.

de 2007, à prévoir notamment l'inviolabilité du domicile et le respect de la correspondance (cf. Loi fondamentale allemande, art. 13 et 10; Constitution danoise, art. 72; Constitution suédoise, art. 6 du Chapitre II).<sup>62</sup> Les Constitutions néerlandaise et espagnole étendent la

---

Constitution espagnole:

Art. 18.

(1) Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image est garanti.

(2) Le domicile est inviolable. Aucune irruption ou perquisition ne sera autorisée sans le consentement de celui qui y habite ou sans décision judiciaire, hormis en cas de flagrant délit.

(3) Le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire.

(4) La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

<sup>62</sup> Loi fondamentale allemande:

Art. 13. Inviolabilité du domicile

(1) Le domicile est inviolable.

(2) Des perquisitions ne peuvent être ordonnées que par le juge ainsi que, s'il y a péril en la demeure, par les autres organes prévus par les lois; elles ne peuvent être effectuées que dans la forme y prescrite.

(3) Lorsque certains éléments de fait fondent le soupçon que quelqu'un a commis l'une des infractions pénales particulièrement graves spécialement prévues par la loi, des moyens techniques de surveillance acoustique de domiciles dans lesquels la personne poursuivie est supposée séjourner peuvent, pour la répression de cette infraction, être utilisés sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle si l'investigation des faits par d'autres moyens serait incomparablement plus difficile ou vouée à l'échec. La mesure doit être limitée dans le temps. L'ordonnance est prise par une formation de trois juges. S'il y a péril en la demeure, elle peut être également prise par un juge unique.

(4) Pour parer à des dangers imminents pour la sécurité publique et notamment à un danger collectif ou à un péril mortel, des moyens techniques de surveillance de domiciles ne peuvent être utilisés que sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle. S'il y a péril en la demeure, la mesure peut être également ordonnée par une autre autorité déterminée par la loi; une décision juridictionnelle doit intervenir sans délai.

(5) Lorsque des moyens techniques sont exclusivement prévus pour la protection de personnes intervenant dans des domiciles, la mesure peut être ordonnée par une autorité déterminée par la loi. L'exploitation à une autre fin des connaissances ainsi acquises n'est permise qu'à la seule fin de poursuites pénales ou de prévention d'un danger, et à la condition seulement que la régularité de la mesure ait été préalablement constatée par le juge; s'il y a péril en la demeure, la décision juridictionnelle doit intervenir sans délai.

(6) Le gouvernement fédéral informe chaque année le *Bundestag* sur l'utilisation de moyens techniques dans le cadre du paragraphe 3 et, pour les affaires ressortissant à la Fédération, du paragraphe 4 ainsi que du paragraphe 5 lorsque le juge doit exercer un contrôle juridictionnel. Un organisme collégial élu par le Bundestag exerce le contrôle parlementaire sur la base de ce rapport. Les *Länder* assurent un contrôle parlementaire équivalent.

(7) D'autres atteintes ou restrictions ne peuvent être apportées à l'inviolabilité du domicile que pour parer à un danger collectif, écarter un péril mortel menaçant des personnes ou encore, en vertu d'une loi, pour prévenir la sécurité et l'ordre publics de dangers imminents, en particulier pour remédier à la pénurie de logement, pour lutter contre les risques d'épidémie ou pour protéger la jeunesse en danger.

Art. 10 Secret de la correspondance, de la poste et des télécommunications

(1) Le secret de la correspondance ainsi que le secret de la poste et des télécommunications sont inviolables.

(2) Des restrictions ne peuvent y être apportées qu'en vertu d'une loi. Si la restriction est destinée à défendre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un *Land*, la loi peut disposer que l'intéressé n'en sera pas informé et que le recours juridictionnel est remplacé par le contrôle d'organes et d'organes auxiliaires désignés par la représentation du peuple.

Constitution danoise:

Art. 72.

Le domicile est inviolable. Toute visite domiciliaire, toute saisie ou tout contrôle de lettres ou d'autres papiers, toute violation du secret de la correspondance postale, télégraphique et téléphonique ne pourront se faire, si aucune loi ne justifie une exception particulière, qu'après une décision judiciaire.

Constitution suédoise:

Art. 6 du Chapitre II.

Tout citoyen, dans ses relations avec les autorités publiques, est protégé contre toute atteinte corporelle imposée même dans les cas autres que ceux visés aux articles 4 et 5 du présent chapitre. En outre, il est à l'abri de toute fouille corporelle, perquisition ou intrusion analogue ainsi que de l'examen de ses lettres ou autre correspondance confidentielle et de l'écoute ou de l'enregistrement de ses conversations téléphoniques ou autres communications confidentielles.

protection de la sphère privée en spécifiant de façon explicite, la première, que ce droit joue à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel (Constitution néerlandaise, art. 10, par. 2), la deuxième, que la loi limite l'usage de l'informatique pour garantir l'intimité personnelle (Constitution espagnole, art. 18, par. 4); la Constitution suédoise mentionne cette protection à son article 3 du Chapitre II.<sup>63</sup>

En arrêtant le droit à protéger, tout en énonçant la manière d'y apporter les restrictions qui peuvent y être appliquées, le Constituant luxembourgeois suit la démarche retenue pour l'article 8 de la convention précitée. Il reste pourtant en retrait par rapport au libellé du paragraphe 2 de cet article 8 en laissant au législateur la pleine liberté de définir la portée des lois susceptibles d'arrêter les exceptions au principe constitutionnel de protection de la vie privée. Or, cette différence n'a qu'une portée pratique relative, car en vertu du principe de prééminence des conventions internationales sur le droit national, l'Etat devra, en apportant des exceptions au principe de cette protection, légitimer son ingérence par des motifs compatibles avec les dispositions de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention.<sup>64</sup>

La protection de la vie privée prévue au paragraphe 3 de l'article 11 a "essentiellement pour objet de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans sa vie privée", comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 23 juillet 1968 (arrêt A n° 6 dans une affaire relative à *certain aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*). Dans un autre arrêt du 26 mars 1985 (arrêt A n° 91 dans une affaire *X et Y c. Pays-Bas*), la Cour de Strasbourg a en outre retenu que la protection du droit au respect de la vie privée ne se borne pas à garantir l'individu contre les ingérences de l'autorité publique, mais qu'elle peut aussi entraîner pour l'Etat des obligations de caractère positif, y compris l'adoption de mesures qui, pour garantir le respect de la vie privée, règlent les rapports entre particuliers. Enfin, l'évolution législative a fait qu'entre-temps l'obligation de non-ingérence englobe la collecte et la détention de données par l'Etat sur ses citoyens ainsi que le souci de protéger les données personnelles. La protection de la vie privée implique aussi la reconnaissance à l'individu d'un droit d'accès aux informations qui le concernent et le droit au recours pour obtenir la rectification sinon l'effacement des informations erronées ou étrangères à l'objet du dossier.

---

<sup>63</sup> Constitution néerlandaise:

Art. 10(2).

La loi fixe des règles en vue de la protection de la vie privée à l'égard de l'enregistrement et de la communication de données à caractère personnel.

Constitution espagnole:

Art. 18(4).

La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits.

Constitution suédoise:

Art. 3 du Chapitre II.

L'inscription d'un citoyen sur des registres publics ne peut sans son consentement être fondée seulement sur ses opinions politiques.

Tout citoyen est protégé, dans les limites fixées par la loi, contre la violation de son intégrité personnelle par l'enregistrement d'informations le concernant à l'aide d'un traitement informatique.

<sup>64</sup> En vue d'assurer la concordance entre les dispositions nationales et les règles internationales en matière de protection des droits et libertés fondamentaux, la Constitution espagnole retient dans son article 10, paragraphe 2:

"(2) Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne."

(4) La loi garantit le droit au travail et l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit. La loi garantit les libertés syndicales et organise le droit de grève.

(5) La loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap.

Tenant compte de l'évolution sociale, la révision constitutionnelle de 1948 avait apporté une importante innovation au chapitre des droits des Luxembourgeois en plaçant sous la garantie constitutionnelle le droit au travail, la sécurité sociale et les libertés syndicales.

La révision du 29 mars 2007 a largement maintenu les principes introduits en 1948. Elle a pourtant changé le mode de présentation. En outre, elle a ajouté parmi les objectifs à valeur constitutionnelle ("Staatsziele")<sup>65</sup> repris au paragraphe 5 la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes handicapées. Enfin, depuis cette révision, le droit de grève est mentionné de façon explicite à côté de la garantie des libertés syndicales.

En 1947, la commission spéciale pour la Révision de la Constitution avait souligné qu'aucune Constitution, ni des temps révolutionnaires de la France ni du XIX<sup>e</sup> siècle, ne contient des déclarations visant les droits du travailleur. La commission avait regretté que les Constituants de l'époque se fussent limités à proclamer la liberté pour tous et l'égalité entre tous, sans se soucier de la personne considérée sous le point de vue économique et social.

Par conséquent, elle avait proposé d'ajouter à l'article 11 de la Constitution un alinéa visant à garantir le droit au travail et à organiser la sécurité matérielle, la protection de la santé et le repos de tous les citoyens.

La commission avait fait cette proposition à un moment où des déclarations concernant les droits sociaux avaient déjà été inscrites dans de nombreuses Constitutions étrangères, dont surtout la Constitution française de 1946.

A la lecture du rapport de la commission spéciale, on constate que les discours du Président démocrate américain Franklin D. Roosevelt de 1941 et de 1944 ont été une source d'inspiration non négligeable pour la commission.<sup>66</sup>

Le Conseil d'Etat avait, dans son avis du 25 mars 1948, admis que le droit constitutionnel doit tenir compte de l'évolution des idées qui ont placé le principe solidariste à côté des règles individualistes traditionnelles.<sup>67</sup> Il approuva l'avènement dans le droit constitutionnel du droit au travail, du droit à la sécurité sociale et au repos comme l'aboutissement d'une longue évolution du droit. Il exposa notamment les raisons de principe suivantes: "La liberté n'est complète que si la situation sociale de l'individu est assurée, s'il est à l'abri des soucis matériels, s'il a le droit d'obtenir un emploi, si son travail journalier s'accomplit dans le cadre de mesures de sécurité strictement réglées, si par le jeu des assurances sociales il n'a plus à redouter les risques de l'incapacité de travail, si enfin il a la garantie du droit au repos."

---

<sup>65</sup> cf. Ci-avant Introduction au Chapitre II – Des libertés publiques et des droits fondamentaux.

<sup>66</sup> Message au Congrès du 6 janvier 1941 sur les Quatre libertés et Discours du 11 janvier 1944, dans lequel il préconisa l'adoption d'une Déclaration des droits économiques.

<sup>67</sup> Avis du Conseil d'Etat du 25 mars 1948; doc. parl. n° 18 (158), p. 210.

Pour éviter une controverse liée à la notion de travail, c.-à-d. la question de savoir si la Constitution protège seulement le travail salarié ou, plus généralement, toute occupation de l'homme, le commerce, l'industrie, la profession libérale, le travail agricole, le Conseil d'Etat avait suggéré d'ajouter au texte un paragraphe prévoyant 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.<sup>68</sup>

Dans son avis précité, le Conseil d'Etat s'était prononcé contre l'inscription formelle des libertés syndicales et du droit de grève dans la Constitution, telle que proposée dans un rapport séparé de députés socialistes.<sup>69</sup> En effet, pour ce qui est des libertés syndicales, il n'en vit pas l'opportunité, alors qu'il estima que ce droit est compris dans l'article 26 relatif à la liberté d'association. Quant au droit de grève, et tout en reconnaissant que ce droit est de nature à appuyer de justes revendications des travailleurs, le Conseil d'Etat fut d'avis que ce droit doit du point de vue constitutionnel avoir subi l'épreuve du temps et s'être suffisamment stabilisé.

La Chambre des députés avait finalement retenu le libellé suivant des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 qui se présentaient dès lors comme suit jusqu'à la révision du 29 mars 2007:

*"(4) La loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit.*

*(5) La loi organise la sécurité sociale, la protection de la santé et le repos des travailleurs et garantit les libertés syndicales."*

Quant au sort de l'idée d'évoquer le droit de grève dans la Constitution, lors de la révision de 1956, la Constituante renonça à l'y inscrire formellement. Elle vota cependant la motion interprétative suivante: "La Constituante déclare que la garantie des libertés syndicales inscrite à la Constitution luxembourgeoise comprend le droit à la grève pour la sauvegarde des revendications sociales légitimes de ceux qui travaillent."

Dans la doctrine, les libertés syndicales, le droit de grève et la liberté de travailler avaient par après suscité des commentaires intéressants.

Roger Thiry ne conteste pas que le droit de grève est compris dans les termes "*libertés syndicales*" utilisés par la Constitution et que ce droit doit être reconnu aux travailleurs dans des situations extrêmes.<sup>70</sup> Il indique que le législateur lui-même partage cette interprétation, puisqu'il règle pour les fonctionnaires de l'Etat et des administrations communales l'exercice de ce droit, y pose certaines conditions préalables et en limite le champ d'application.

Il propose cependant d'abandonner les termes constitutionnels vagues actuels ("*les libertés syndicales*") par une formule qui reconnaisse expressément le droit de grève non politique et énonce en même temps le droit pour le législateur d'y apporter des conditions, restrictions et garanties, tout en réservant l'application de la loi pénale.

L'auteur va encore plus loin en soutenant que du moment que la Constitution reconnaît les libertés syndicales, y compris le droit de grève, il lui semble évident que la liberté de travailler trouve sa place dans la Loi fondamentale et que celle-ci garantisse que nul n'est obligé de participer à une grève.

---

<sup>68</sup> cf. Commentaire ci-après relatif au paragraphe 6 de l'article 11.

<sup>69</sup> cf. Rapport séparé de la commission spéciale; doc. parl. n° 18 (158), p. 193.

<sup>70</sup> Roger Thiry, *Droit de grève et liberté de travailler*.

Luc Frieden développe des idées similaires quant au droit de grève: "...cet acquis social des années trente qui ne peut toutefois être absolu". Il souligne que la loi a prévu des conditions qui doivent être remplies avant de pouvoir entamer une grève. Il estime qu'en cas de conflit entre le droit de grève et le droit au travail, ce dernier doit l'emporter et il suggère d'inscrire le droit de grève *expressis verbis* dans la Constitution luxembourgeoise.<sup>71</sup>

Par ailleurs, il disserte sur les limites du droit au travail qu'il comprend plutôt comme un but, une intention politique, et non pas comme un droit subjectif du citoyen à l'égard de l'Etat, c'est-à-dire un droit individuel dont il pourrait demander en justice que l'Etat l'observe.

Quant à la jurisprudence, à laquelle les principes constitutionnels sous examen ont donné lieu, il convient de mentionner plus particulièrement les décisions suivantes:

- des dispositions dérogatoires au principe constitutionnel du droit au travail sont à interpréter restrictivement;<sup>72</sup>
- la participation à une grève professionnelle, légitime et licite, constitue pour le travailleur un droit proclamé implicitement par l'article 11 de la Constitution garantissant les libertés syndicales.<sup>73</sup>

Quant à la protection de la santé, la jurisprudence a confirmé l'interprétation du Conseil d'Etat qui, après certaines hésitations, n'avait pas seulement estimé que tout ce qui a trait à la santé au travail relève de la loi formelle,<sup>74</sup> mais que les questions relatives à la politique de la santé en général sont également du ressort de la loi formelle.<sup>75</sup>

La question fut l'objet d'un réexamen dans le cadre des travaux préparatoires de la révision constitutionnelle du 29 mars 2007. La proposition de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 28 janvier 1999 comportait quatre modifications<sup>76</sup> du texte en vigueur des paragraphes 4 et 5 de l'article 11:

- le droit de grève est explicitement élevé au rang de disposition constitutionnelle, son organisation étant confiée à la loi;
- le repos des travailleurs à organiser par loi, qui avait été introduit lors de la révision du 21 mai 1948, est remplacé par la notion plus large et plus générale de "*droits des travailleurs*";
- la lutte contre la pauvreté ainsi que l'intégration sociale des personnes handicapées sont reprises parmi les objectifs à valeur constitutionnelle;
- la protection de la santé ne se limite désormais plus à la seule santé au travail, domaine traditionnellement considéré comme matière réservée à la loi, mais le domaine de la santé devient de façon positive dans son ensemble une matière réservée.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> Luc Frieden, *Le droit au travail. Le droit de grève*.

<sup>72</sup> Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 13 juillet 1956, Pas. 16, p. 529; Conseil d'Etat (Comité du contentieux), 2 juillet 1958, Pas. 17, p. 319.

<sup>73</sup> Cour, 24 juillet 1952, Pas. 15, p. 355; Cour, 15 décembre 1959, Pas. 18, p. 90.

<sup>74</sup> cf. p.ex. Avis du Conseil d'Etat du 30 novembre 1999 sur l'assistance médicale à bord des navires, doc. parl. n° 4587<sup>3</sup>; avis du Conseil d'Etat du 27 mars 2001 sur la protection des salariées enceintes, accouchées et allaitantes, doc. parl. n° 4661<sup>7</sup>.

<sup>75</sup> cf. p.ex. Avis du Conseil d'Etat du 9 décembre 2003 sur la modification de la loi du 28 août 1998 sur les établissements hospitaliers, doc. parl. n° 4950<sup>1</sup>; Avis du Conseil d'Etat du 5 juillet 2005 sur l'aménagement du temps de travail, doc. parl. n° 5386<sup>4</sup>.

<sup>76</sup> Projet de révision des paragraphes 1<sup>er</sup> et 3 à 6 de l'article 11 de la Constitution, doc. parl. n° 3923B.

<sup>77</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

Quant au droit de grève, la commission parlementaire souligna que c'est à dessein qu'elle proposait que le droit de grève devrait être organisé et non pas garanti par la loi pour permettre au législateur d'édicter les normes légales relatives à l'organisation de ce droit ("pour rendre possible une réglementation de ce droit par le législateur"). Concernant la mention de la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des personnes handicapées, la proposition était motivée par le souci de donner une base constitutionnelle à la politique appliquée en ces matières.

Sur un plan chronologique, l'initiative parlementaire en question se situe non loin de l'institution d'une Cour constitutionnelle dont le premier arrêt est daté au 6 novembre 1998.<sup>78</sup> Devant cette toile de fond, le Conseil d'Etat évoquait dans son avis du 27 avril 1999 relatif au projet de révision précité tant l'orientation donnée par le Constituant au contrôle de la constitutionnalité des lois (confiée à une Cour composée exclusivement par des magistrats) que la façon de la Cour constitutionnelle de contrôler en pratique la conformité des lois à la Constitution.<sup>79</sup> Et de conclure que le contrôle de la conformité constitutionnelle apparaissait, surtout au vu des premiers arrêts rendus par la Cour, comme contrôle purement juridique et donnant lieu à une interprétation plutôt littérale des dispositions de la Constitution.

Dans ce contexte, le Conseil d'Etat mettait pour la première fois en exergue la différence entre les droits et libertés fondamentaux, d'une part, et les objectifs à valeur constitutionnelle, d'autre part. C'est à la lumière de ce raisonnement que le Conseil d'Etat préconisait de changer le libellé de la proposition parlementaire tout en se déclarant d'accord avec le contenu.

Pour prévenir des problèmes en rapport avec le contrôle juridictionnel sur la question des matières réservées à la loi, avec ses exceptions et aménagements, il proposa de ne pas retenir à la première phrase du nouveau paragraphe 4 que "*la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit*", mais de dire que "*la loi garantit le droit au travail et [que] l'Etat veille à assurer à chaque citoyen l'exercice de ce droit*". Dans le même ordre d'idées, c'est sur la proposition du Conseil d'Etat que furent remplacés au nouveau paragraphe 5 les mots "*la loi organise...*" par "*la loi règle quant à ses principes la sécurité sociale, la protection de la santé, les droits des travailleurs, la lutte contre la pauvreté et l'intégration sociale des citoyens atteints d'un handicap*".

La comparaison du nouveau libellé des paragraphes 4 et 5 de l'article 11 avec les Constitutions belge, néerlandaise et française documente le bien-fondé des modifications intervenues en ce qu'elles réservent aux matières traitées un libellé plus précis et s'alignent derechef sur les lois fondamentales de nos pays voisins.

Il convient d'évoquer à cet égard en particulier l'article 23 de la Constitution belge selon lequel les droits économiques, sociaux et culturels sont garantis, ces droits comprenant notamment le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, le droit à un logement décent, le droit à la protection d'un environnement sain ainsi que le droit à l'épanouissement culturel et social. Les articles 19, 20, 21 et 22 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas disposent que les pouvoirs publics veillent à la promotion d'un emploi suffisant, à la sécurité d'existence de la population et à la répartition de la prospérité, à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à

---

<sup>78</sup> cf. Arrêt de la Cour constitutionnelle 01/98 du 6 mars 1998, Mémorial A19 du 18 mars 1998.

<sup>79</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

l'amélioration du cadre de vie, à la promotion de la santé publique et d'équipements de logement suffisants ainsi qu'à la création de conditions propices à l'épanouissement social et culturel de même qu'à l'occupation des loisirs. Quant au droit de grève, seule la Constitution française du 27 octobre 1946 y fait référence en énonçant au point 7 du Préambule que "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent".

(6) La liberté du commerce et de l'industrie, l'exercice de la profession libérale et du travail agricole sont garantis, sauf les restrictions à établir par la loi.

En matière d'exercice de la profession libérale elle peut accorder à des organes professionnels dotés de la personnalité civile le pouvoir de prendre des règlements.

La loi peut soumettre ces règlements à des procédures d'approbation, d'annulation ou de suspension, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs.

L'article 11, paragraphe 6, fut introduit dans la Constitution par la révision de mai 1948.<sup>80</sup> Ce paragraphe ne comprenait à l'origine que la disposition figurant sous le premier alinéa et restait en l'état jusqu'à la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004 qui le compléta par deux alinéas nouveaux traitant du pouvoir normatif des organes professionnels mis en place dans le secteur économique des activités libérales.<sup>81</sup>

Le premier alinéa fut inséré à l'article 11 de la Constitution à l'initiative du Conseil d'Etat confronté à l'interprétation de la notion de *travail* figurant dans le texte proposé par la commission spéciale pour la Révision de la Constitution dans son rapport du 15 décembre 1947.<sup>82</sup> Dans son avis du 25 mars 1948 sur la réforme en vue, le Conseil d'Etat fit en effet valoir que "la notion de travail est susceptible d'interprétations diverses, suivant qu'on la considère au sens général d'une occupation de l'homme, quelle qu'elle soit, ou au sens spécifique de l'occupation salariée. Si la Constitution doit à l'avenir garantir le droit au travail, il n'est pas certain que la garantie porte sur l'une ou sur l'autre notion."<sup>83</sup> Pour éviter la controverse à laquelle le terme de travail risquait de donner lieu, il proposa la disposition finalement retenue par le Constituant de l'époque et qui figure actuellement sous le paragraphe 6, alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 11. La réglementation de l'accès des professions indépendantes visées est ainsi érigée en matière réservée à la loi.

Or, jusqu'à la révision du 29 mars 2007, le texte prévoyait que la liberté de l'industrie et du commerce et l'exercice des professions libérales et du travail agricole étaient garantis par la loi, sauf les restrictions qu'elle pouvait y apporter.

La rédaction résultant de la modification intervenue en 2007 peut à première vue apparaître comme un simple toilettage rédactionnel. Il faut cependant se rendre à l'évidence que cette nouvelle rédaction fait que dorénavant c'est la Constitution elle-même qui retient le principe de la garantie de ces libertés tout en déléguant à la loi la possibilité d'y prévoir des exceptions.

---

<sup>80</sup> Mémorial A n° 30 du 10 mai 1948, p. 797.

<sup>81</sup> Mémorial A n° 186 du 25 novembre 2004, p. 2784.

<sup>82</sup> - Article 11(4) : "La loi garantit le droit au travail, elle organise la sécurité matérielle, la protection de la santé et le repos des citoyens." Doc. parl. n° 158, p. 187.

- Pour une juxtaposition des différents textes proposés, voir même document, p. 227.

<sup>83</sup> Doc. parl. n° 158, p. 215.

La version du texte retenue avait été proposée par le Conseil d'Etat dans son avis du 27 avril 1999.<sup>84</sup>

Les alinéas 2 et 3 ont été insérés au paragraphe 6 de l'article 11 de la Constitution<sup>85</sup> comme réaction à l'arrêt n° 17/03 du 7 mars 2003 rendu par la Cour constitutionnelle<sup>86</sup> et pouvant être interprété comme mettant au ban le fait par une loi d'investir une représentation professionnelle d'un pouvoir normatif autonome en matière de détermination de règles professionnelles. C'est plus précisément l'article 19 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat<sup>87</sup> qui s'était trouvé dans le collimateur de la haute juridiction. Celle-ci avait jugé cet article contraire à l'article 36 de la Constitution en ce qu'il délègue l'exécution de la loi à une autorité autre que le Grand-Duc.

Face à cette jurisprudence, le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 16 mars 2004 sur la proposition de révision de l'article 36 de la Constitution, estima qu'il s'imposait "de consacrer dans la Constitution, au profit des organes des professions dites réglementées, le pouvoir d'organiser l'exercice de la profession et d'émettre des règles contraignantes pour les membres tant dans leurs rapports mutuels que dans leurs relations avec des tiers". Il prit soin d'ajouter que "[la] réglementation de l'accès aux dites professions doit évidemment rester réservée à la loi, dans la stricte conformité de l'article 11 de la Constitution".<sup>88</sup>

La révision constitutionnelle de 2004 intéressait donc au premier chef les organes professionnels institués en vue de réguler l'exercice d'activités intellectuelles indépendantes. Sont plus particulièrement visées les professions réglementées, dans le sens que leur exercice est soumis à des règles déontologiques ou prudentielles strictes dont l'observance est surveillée par les pairs. Dans son avis précité, le Conseil d'Etat évoqua, à titre d'exemples, les avocats, architectes, médecins et autres professionnels de la santé, les notaires et les réviseurs d'entreprises. Aux termes de la Constitution, seuls les organes professionnels dotés de la personnalité civile peuvent être légalement investis d'un pouvoir normatif.

---

<sup>84</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 27 avril 1999; doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

<sup>85</sup> Pour un commentaire critique de ces nouvelles dispositions, voir l'article "Le pouvoir réglementaire démembré", par Marc Thewes (dans les Annales du droit luxembourgeois / Volume 14-2004, 2005, p. 112 à 116 et 119-120).

<sup>86</sup> Mémorial A n° 41 du 2 avril 2003, p. 656.

<sup>87</sup> "Art. 19. 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."

L'article 18, alinéa 2, de la loi modifiée du 29 avril 1983 concernant l'exercice des professions de médecin, de médecin-dentiste et de médecin-vétérinaire allait d'ailleurs subir le même sort. Il est renvoyé à cet égard à l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (Mém. A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2 et s.) dans lequel la Cour constitutionnelle a statué par rapport au code de déontologie édicté par le Collège médical sur une base habilitante jugée anticonstitutionnelle. Doc. parl. n° 4754<sup>5</sup>, sess. ord. 2003-2004, p. 8.

cf. Article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 juin 1999 relative au Collège médical; article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 mai 2002 relative au Collège vétérinaire; article 7 de la loi du 10 août 1991 qui prévoit pour chaque ordre des avocats la personnalité civile.

<sup>88</sup> Avis complémentaire du Conseil d'Etat du 16 mars 2004; doc. parl. n° 4754<sup>5</sup>.

Force est de souligner que la loi d'habilitation est portée en vertu de la Constitution même. Il s'en dégage que la loi d'habilitation doit elle-même respecter l'agencement constitutionnel des pouvoirs tel qu'il se déduit notamment des articles 11, 32 et 36 de la Constitution. Il en découle également que le pouvoir réglementaire habilité sur la base de l'article 11, paragraphe 6, ne peut déroger ni à la Loi fondamentale ni évidemment à sa base légale.

Les règlements édictés par les organes professionnels tombent sous le champ d'application des articles 95 de la Constitution et 7 de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif. Ils sont ainsi exposés à l'exception d'illégalité prévue audit article, et ils sont susceptibles de faire l'objet du recours en annulation institué à l'égard des actes administratifs à caractère réglementaire. Comme tout acte normatif, pour être obligatoires, ils doivent en plus avoir été publiés, conformément à l'article 112 de la Loi fondamentale.<sup>89,90</sup>

---

<sup>89</sup> Sinon comment faire d'ailleurs jouer l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi"?

<sup>90</sup> Pour un exemple de publication: cf. code de déontologie des professions de médecin et de médecin-dentiste, édicté par le Collège médical, approuvé par arrêté ministériel du 7 juillet 2005 et publié au Mémorial A n° 160 du 27 septembre 2005, p. 2752.

## Article 11bis

*L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel, en œuvrant à l'établissement d'un équilibre durable entre la conservation de la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et la satisfaction des besoins des générations présentes et futures.*

*Il promeut la protection et le bien-être des animaux.*

La loi du 29 mars 2007 a entre autre porté création d'un article 11bis nouveau de la Constitution. La genèse du nouveau texte doit être vue en étroite relation avec la révision de l'article 11 intervenue par la même loi et des discussions des divers projets de révision de cet article dont le premier remonte à 1994.<sup>91</sup> Le 20 janvier 1999, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés avait proposé d'insérer dans l'article 11 un nouveau paragraphe 7 sur la protection de l'environnement. Le 26 octobre 2004, la commission avait encore proposé l'insertion d'un second alinéa en vue de consacrer la protection des animaux. Réagissant à des interrogations soulevées par le Conseil d'Etat, dans son quatrième avis complémentaire du 14 février 2006, sur l'intégration de "la problématique de l'environnement dans la réflexion sur les libertés publiques"<sup>92</sup>, la commission a proposé, le 27 mars 2006, "de transférer les dispositions du paragraphe 7, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 dans un article 11bis, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 nouveaux de la Constitution s'agissant d'une matière étrangère à l'article 11 de la Constitution".<sup>93</sup>

La nature juridique et la place des nouvelles dispositions dans l'ordre constitutionnel ont fait l'objet de discussions tout au long de la procédure de révision. Ces questions sont d'ailleurs intimement liées à celle de la teneur des dispositions nouvelles dont la formulation a fait l'objet d'adaptations successives au cours des travaux préparatoires.

Le Constituant luxembourgeois a finalement décidé d'ancrer le nouvel article relatif à la protection de l'environnement et des animaux dans le Chapitre II de la Constitution relatif aux droits fondamentaux et aux libertés publiques. Il résulte des travaux préparatoires qu'il était parfaitement conscient que les nouvelles dispositions ne relevaient pas d'une acception traditionnelle des droits fondamentaux.<sup>94</sup>

Le droit à un environnement sain de même que la protection des animaux font partie de la troisième génération de droits de l'homme.<sup>95</sup> Dans la logique de cette analyse, le Conseil d'Etat, dans son avis du 14 février 2006, précité, s'est d'ailleurs référé à la distinction opérée par la Cour constitutionnelle allemande entre "Grundrechte" et "Staatszielbestimmungen"<sup>96</sup> et

---

<sup>91</sup> Pour un historique détaillé de la procédure de révision, il est renvoyé au rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle de la Chambre des députés du 15 novembre 2006, doc. parl. n° 3923C<sup>2</sup>.

<sup>92</sup> Doc. parl. n° 3923B<sup>9</sup>.

<sup>93</sup> Doc. parl. n° 3923C.

<sup>94</sup> Voir le cinquième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 4 juillet 2006 (doc. parl. n° 3923C<sup>1</sup>) et le rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 15 novembre 2006 (doc. parl. n° 3923C<sup>2</sup>).

<sup>95</sup> Voir Introduction au Chapitre II.

<sup>96</sup> Se référant à la doctrine allemande, le Conseil d'Etat expose: "Staatszielbestimmungen sind den Programmsätzen der Verfassung verwandt, die eigentlich nur richtungsgebenden Charakter haben. Sie verbürgen also keine individuellen Ansprüche, wie etwa die Grundrechte. Zu den Staatszielbestimmungen gehören zum Beispiel das Sozialstaatsprinzip, der Umweltschutz, Art. 20a GG, aber auch trotz der auf ein Grundrecht

a considéré que le nouvel article 11*bis* consacrait davantage des "objectifs constitutionnels" que des droits fondamentaux au sens classique du terme. Les choix des Constituants d'autres Etats européens quant au statut de la protection de l'environnement et quant à sa nature juridique ne sont d'ailleurs pas uniformes: insertion dans le préambule ou parmi les principes directeurs de la politique, dans le chapitre sur les droits fondamentaux ou dans les dispositions sur les compétences des organes de l'Etat.

Une autre caractéristique de la protection de l'environnement et des animaux, d'ailleurs relevée dans les travaux préparatoires, est que leur "constitutionnalisation" a été postérieure à leur consécration dans la loi et dans des instruments internationaux. En adoptant le nouvel article 11*bis*, le Constituant luxembourgeois a mis le texte constitutionnel à jour au regard des Constitutions de nombreux autres Etats européens qui connaissent des dispositions relatives à la protection de l'environnement.<sup>97</sup>

Le premier alinéa de l'article 11*bis* impose à l'Etat de garantir la protection de l'environnement humain et naturel. Cette formule proposée par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle dès 1999 n'a pas fait l'objet de controverses au cours de la procédure de révision. Le Conseil d'Etat, dans son avis complémentaire du 27 avril 1999, a qualifié le respect de l'environnement de "valeur fondamentale", en évitant le concept de droit fondamental.<sup>98</sup> Le texte juxtapose l'environnement humain et naturel sans que les auteurs précisent la portée et la raison d'être de cette distinction. La protection de l'environnement n'a sa place dans la Constitution que par rapport à son impact sur l'être humain et l'emploi des deux concepts "humain et naturel" ne saurait être interprété comme réservant à la protection de l'environnement un statut autonome par rapport à l'être humain.

La proposition faite par le Conseil d'Etat, dans son avis de 1999, de remplacer les termes "*l'Etat garantit*" par la formulation "*l'Etat veille à garantir*", — inspirée par le souci de ne pas imposer à l'Etat une obligation de résultat —, n'a pas été retenue. Le maintien de la formulation positive "*l'Etat garantit*" pose, à l'évidence, le problème de la portée de l'obligation de l'Etat et de la sanction par la Cour constitutionnelle d'une loi qui privilégierait d'autres objectifs, de nature économique ou sociale, par rapport à l'impératif de la protection de l'environnement. Il est vrai que la suite de la disposition qui circonscrit la mise en œuvre de la protection de l'environnement ouvre une certaine marge d'appréciation au législateur et au juge constitutionnel.

Les dispositions relatives à la mise en œuvre de la garantie de la protection de l'environnement frappent, à première vue, par la complexité de leur formulation; un examen plus détaillé met en évidence le caractère prudent et nuancé de la démarche du Constituant. Le texte initialement proposé par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, en 1999, contenait une référence au "*développement durable de la société*".<sup>99</sup> Ce choix s'expliquait à la lumière de l'introduction de cette notion dans le Traité sur l'Union européenne par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999.<sup>100</sup> Le Conseil d'Etat avait émis des critiques fondamentales par rapport à ce

---

hindeutenden Formulierung ein „Recht auf Arbeit“ oder „Recht auf angemessene Wohnung“; doc. parl. n° 3923B<sup>9</sup>, p. 3.

<sup>97</sup> Voir Annexe du présent commentaire.

<sup>98</sup> Doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>.

<sup>99</sup> Le texte initialement proposé avait la teneur suivante:

"*L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel en vue d'assurer le développement durable de la société.*"

<sup>100</sup> L'article 2 du Traité sur l'Union européenne dispose que

concept, équivalent de la notion allemande de "Nachhaltigkeit": il avait considéré que la consécration du concept de développement durable revenait à "ériger la protection de l'environnement en un droit supérieur aux droits économiques, sociaux et politiques" et insisté sur les "contours juridiques incertains" du concept, "source de grandes difficultés en cas d'interprétation par la Cour constitutionnelle".<sup>101</sup> Il avait, par ailleurs, contesté la référence au développement de la "société" dans un texte visant l'environnement de l'être humain. Le Conseil d'Etat avait encore marqué ses réserves par rapport à la proposition d'investir le législateur de la mission de définir le développement durable,<sup>102</sup> cette solution revenant à "inverser la hiérarchie des normes" et "à élever la loi, appelée à définir le concept, à un niveau quasi-constitutionnel".<sup>103</sup> A ce propos, il avait attiré l'attention sur l'existence d'un texte légal en la matière fournissant une définition du concept de développement durable.<sup>104</sup>

Le libellé définitif, proposé par le Conseil d'Etat, est inspiré des dispositions pertinentes de la Constitution suisse<sup>105</sup> et de la Charte de l'environnement française du 28 février 2005<sup>106</sup>. L'objectif de l'article 11*bis* est la protection de l'environnement, la réalisation d'un équilibre entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain étant le moyen par lequel l'Etat, en particulier au niveau du pouvoir législatif, doit mettre en œuvre cet objectif. Pour le juge constitutionnel, les valeurs à respecter lors de la mise en œuvre constitueront le critère d'examen de la conformité de la loi avec la Constitution davantage que l'objectif de protection de l'environnement en tant que tel. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la formulation très nuancée de la mission de mise en œuvre assignée au législateur permet la conclusion qu'une certaine marge d'appréciation doit lui être reconnue. Le texte requiert une mise en balance entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain. L'équilibre recherché doit être durable, terme qui n'est pas sans rappeler l'idée de "Nachhaltigkeit" pourtant fort controversée au cours des travaux préparatoires. Dans la logique d'un équilibre durable, l'accent est mis sur la capacité de *renouvellement de la nature*, terme qui a été préféré à celui de "régénération". Toujours dans la même optique, la pondération doit se faire non pas en fonction des besoins à court terme, mais elle doit prendre en compte ceux des générations futures.

---

"L'Union se donne pour objectifs:

- de promouvoir le progrès économique et social ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le renforcement de la cohésion économique et sociale et par l'établissement d'une union économique et monétaire comportant, à terme, une monnaie unique, conformément aux dispositions du présent traité ...".

<sup>101</sup> Avis complémentaire du 27 avril 1999, précité (doc. parl. n° 3923B<sup>1</sup>).

<sup>102</sup> En 2004, la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle avait proposé la formulation suivante:

"L'Etat garantit la protection de l'environnement humain et naturel en vue d'assurer le développement durable de la société, tel que défini par la loi."

<sup>103</sup> Quatrième avis complémentaire du 14 février 2006, précité (doc. parl. n° 3923B<sup>9</sup>).

<sup>104</sup> La loi du 25 juin 2004 relative à la coordination de la politique nationale de développement durable dispose à son article 2, premier tiret: "Pour l'application de la présente loi, il y a lieu d'entendre par:

– développement durable: le développement axé sur la satisfaction des besoins des générations présentes, sans compromettre la possibilité pour les générations futures de satisfaire leurs propres besoins, et basé sur trois piliers d'égale valeur, à savoir le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement." (Mémorial A n° 102 du 2 juillet 2004, p. 1622; doc. parl. n° 5159).

<sup>105</sup> cf. Les articles 2 et 73 de la Constitution suisse reproduits à la Note 7.

<sup>106</sup> Charte de l'Environnement française du 28 février 2005:

"Art. 6. Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social."

Tant l'insertion de la nouvelle disposition constitutionnelle dans le chapitre de la Constitution relatif aux droits fondamentaux que la référence aux besoins à long terme de l'être humain autorisent la conclusion que le Constituant n'a pas entendu se départir de la philosophie traditionnelle de l'anthropocentrisme et ériger la nature en valeur propre dont l'homme ne constituerait qu'une partie intégrante. La nouveauté du texte par rapport aux droits de l'homme traditionnels réside dans le fait que la référence à l'être humain se double d'une responsabilité pour les générations à venir et que le droit des générations présentes et futures à un environnement sain se traduit, dans un premier temps, par des obligations de préserver l'environnement.<sup>107</sup> La mise en balance entre la conservation de la nature et la satisfaction des besoins de l'être humain met encore en évidence que la protection de l'environnement n'est pas une valeur absolue, mais revêt une "relative Schutzgutqualität" au sens du droit constitutionnel allemand.<sup>108</sup>

Le second alinéa de l'article 11*bis* prévoit que l'Etat promeut la protection et le bien-être des animaux. Le Constituant a spécifié cet objectif, en dépit du fait que la protection des animaux domestiques et de la faune sauvage pourrait parfaitement être rattachée à la sauvegarde de l'environnement humain et naturel. Le second alinéa de l'article 11*bis* se distingue du premier en ce que l'obligation pour l'Etat est exprimée dans des termes moins contraignants, l'Etat étant seulement tenu de promouvoir la protection des animaux et non pas de la garantir. Tout comme pour la protection de l'environnement, la constitutionnalisation de la protection des animaux est postérieure aux normes internationales et aux dispositions législatives qui remontent, pour le premier texte en la matière, à l'année 1965.<sup>109</sup>

Le second alinéa vise la promotion de la protection et du bien-être des animaux. La référence au bien-être des animaux est reprise d'une proposition formulée par le Conseil d'Etat par référence au texte de l'article III-121 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.<sup>110</sup> Il n'en reste pas moins que la juxtaposition de l'objectif traditionnel de protection avec une mission nouvelle positive d'assurer le bien-être des animaux peut surprendre.<sup>111</sup> Cette mission positive assignée à l'Etat revêt d'ailleurs une signification particulière dans une réflexion de philosophie du droit déjà abordée à la fin du commentaire relatif au premier alinéa. En effet, la protection des animaux, au sens traditionnel du terme, renvoie à l'être humain qui ne doit pas avilir sa dignité en soumettant les animaux à des traitements inappropriés à leur nature. L'animal n'en reste pas moins, dans cette logique, un objet de droit, que ce soit au niveau de la loi ou de la Constitution. La protection des animaux peut

---

<sup>107</sup> L'article 45(1) de la Constitution espagnole vise le droit de jouir d'un environnement approprié et le devoir de le conserver. Cf. Note 7.

<sup>108</sup> Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 20a.

<sup>109</sup> Le Code pénal de 1879 incriminait, à l'article 561-5° et 6°, comme contravention de la troisième classe, les actes de cruauté et de mauvais traitements excessifs envers les animaux, de même que la soumission des animaux à des tortures lors de combats ou de spectacles; la première législation particulière en la matière est la loi du 26 février 1965 sur la protection des animaux qui a abrogé les dispositions de l'article 561-5° et 6° et qui a sanctionné les mauvais traitements des animaux de peines correctionnelles allant jusqu'à six mois d'emprisonnement; cette loi a été remplacée par la loi actuelle du 15 mars 1983 ayant pour objet d'assurer la protection de la vie et le bien-être des animaux, qui a élargi et reformulé les incriminations tout en maintenant les pénalités introduites en 1965.

<sup>110</sup> Traité établissant une Constitution pour l'Europe:

"Art. III-121. Lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les Etats membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres, notamment en matière de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux."

<sup>111</sup> Le Conseil d'Etat avait proposé la formulation suivante:

"Il (l'Etat) promeut la protection du bien-être des animaux."

parfaitement trouver sa place dans les dispositions relatives aux droits de l'homme, même si l'accent y est mis sur les devoirs inhérents à la dignité de l'être humain. La promotion du bien-être des animaux soulève la question de savoir si l'animal, sans être à proprement parler titulaire de droits, ne devrait pas moins se voir reconnaître un certain statut juridique en tant que "être sensible".<sup>112</sup> A l'examen des travaux préparatoires, on peut toutefois admettre que telle n'a pas été la volonté du Constituant. En témoignent la combinaison des objectifs de la protection et du bien-être des animaux qu'il s'agit de promouvoir, l'absence de reprise du concept d'être sensible, de même que l'absence de prise en considération de la proposition de révision constitutionnelle n° 4990 visant à garantir la protection des animaux en relation avec "la dignité de la créature".<sup>113</sup> A noter enfin que le concept de bien-être des animaux existe dans l'ordre juridique luxembourgeois depuis la loi du 15 mars 1983 "ayant pour objet d'assurer la protection de la vie et le bien-être des animaux", sans que cette loi n'ait été interprétée comme consacrant des conceptions nouvelles en matière de protection des animaux.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup>Concept utilisé par l'article III-121 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

<sup>113</sup> Proposition de révision de l'article 11 de la Constitution concernant la protection des animaux, déposée par la députée Renée Wagener le 9 juillet 2002. L'article unique de la proposition de révision visait à ajouter à l'article 11 de la Constitution un alinéa 7 ayant la teneur suivante:

"L'Etat adhérent au principe de la dignité de la créature, garantit la protection des animaux." (Doc. parl. n° 4990).

<sup>114</sup> cf. Mémorial A n° 15 du 19 mars 1983, p. 306; doc parl. n° 2464.

## Annexe à la Note 7 du commentaire de l'article 11bis

### 1° Constitution portugaise du 2 avril 1976:

Principes fondamentaux

"Art. 9. Tâches fondamentales de l'Etat

Les tâches fondamentales de l'Etat sont les suivantes:

(...)

e) protéger et mettre en valeur le patrimoine culturel du peuple portugais, défendre la nature et l'environnement, préserver les ressources naturelles et assurer un aménagement correct du territoire;"

Première partie.- Droits et devoirs fondamentaux, Titre premier.- Principes généraux, Chapitre II.- Droits et devoirs sociaux

"Art. 66. Environnement et qualité de la vie

(1) Toute personne a droit à un environnement humain, sain et écologiquement équilibré, et a le devoir de le défendre.

(2) Afin de garantir ce droit, dans le cadre d'un développement durable, il appartient à l'Etat, au travers d'organismes spécialisés et en faisant participer les citoyens:

a) de prévenir et de contrôler la pollution et ses effets, ainsi que les formes d'érosion susceptibles d'occasionner des dommages;

b) d'organiser et de promouvoir l'aménagement du territoire en vue d'une localisation correcte des activités, d'un développement socio-économique harmonieux et d'une valorisation des paysages;

c) de créer et d'agrandir des réserves et des parcs naturels et d'agrément, ainsi que de classer et de protéger les paysages et sites afin d'assurer la préservation de la nature et la sauvegarde des valeurs culturelles d'intérêt historique ou artistique;

d) de promouvoir l'exploitation rationnelle des ressources naturelles, en sauvegardant leur capacité de renouvellement et la stabilité écologique, dans le respect du principe de solidarité entre générations;

e) d'encourager, en collaboration avec les collectivités locales, la qualité de l'environnement des communautés rurales et urbaines, notamment au plan de l'architecture et de la protection des zones historiques;

f) d'insérer des objectifs environnementaux dans les différentes politiques de portée sectorielle;

g) de faire respecter les valeurs environnementales et de promouvoir l'éducation dans ce domaine;

h) de garantir que la politique en matière fiscale allie le développement à la protection de l'environnement et à la qualité de la vie."

### 2° Constitution espagnole du 27 décembre 1978:

Titre I.- Des droits et des devoirs fondamentaux, Chapitre III.- Des principes directeurs de la politique sociale et économiques

"Art. 45.

(1) Toute personne a le droit de jouir d'un environnement approprié pour développer sa personnalité et elle a le devoir de le conserver.

(2) Les pouvoirs publics veillent à l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles, dans le but de protéger et d'améliorer la qualité de la vie, ainsi que de défendre et de réparer l'environnement, en s'appuyant sur une indispensable solidarité collective.

(3) Pour ceux qui violent les dispositions du paragraphe précédent, dans les termes fixés par la loi, on établira des sanctions pénales ou, le cas échéant, administratives, ainsi que l'obligation de réparer le dommage causé."

### **3° Constitution des Pays-Bas du 17 février 1983:**

Chapitre premier.- Des droits fondamentaux

"Art. 21. Les pouvoirs publics veillent à l'habitabilité du pays ainsi qu'à la protection et à l'amélioration du cadre de vie."

### **4° Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999:**

Préambule

"Le peuple et les cantons suisses,

(...)

Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures (...)."

Titre premier.- Dispositions générales

Art. 2. (But)

"(1) La Confédération suisse protège la liberté et les droits du peuple et elle assure l'indépendance et la sécurité du pays.

(2) Elle favorise la prospérité commune, le développement durable, la cohésion interne et la diversité culturelle du pays.

(3) Elle veille à garantir une égalité des chances aussi grande que possible.

(4) Elle s'engage en faveur de la conservation durable des ressources naturelles et en faveur d'un ordre international juste et pacifique."

Titre 3.- Confédération, cantons et communes, Chapitre 2.- Compétences, Section 4.- Environnement et aménagement du territoire

"Art. 73. Développement durable

La Confédération et les cantons œuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain."

"Art. 74. Protection de l'environnement

(1) La Confédération légifère sur la protection de l'être humain et de son environnement naturel contre les atteintes nuisibles ou incommodes.

(2) Elle veille à prévenir ces atteintes. Les frais de prévention et de réparation sont à la charge de ceux qui les causent.

(3) L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi."

"Art. 78. Protection de la nature et du patrimoine

(1) La protection de la nature et du patrimoine est du ressort des cantons.

(2) Dans l'accomplissement de ses tâches, la Confédération prend en considération les objectifs de la protection de la nature et du patrimoine. Elle ménage les paysages, la physionomie des localités, les sites historiques et les monuments naturels et culturels; elle les conserve dans leur intégralité si l'intérêt public l'exige.

(3) Elle peut soutenir les efforts déployés afin de protéger la nature et le patrimoine et acquérir ou sauvegarder, par voie de contrat ou d'expropriation, les objets présentant un intérêt national.

(4) Elle légifère sur la protection de la faune et de la flore et sur le maintien de leur milieu naturel dans sa diversité. Elle protège les espèces menacées d'extinction.

(5) Les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière qui présentent un intérêt national sont protégés. Il est interdit d'y aménager des installations ou d'en modifier le terrain. Font exception les installations qui servent à la protection de ces espaces ou à la poursuite de leur exploitation à des fins agricoles."

A noter que l'article 80 de la Constitution suisse a pour objet la "Protection des animaux". Les exigences du développement durable et la conservation des ressources naturelles reviennent dans l'article 104 relatif à l'"Agriculture".

## Article 16

*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.*

Cet article qui est identique à l'article 16 de la Constitution belge, est très proche de l'article 545 du Code civil (resté invariable depuis le Code Napoléon) qui dispose que "Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité." Les crimes et délits contre les propriétés sont réprimés par les articles 461 à 550 du Code pénal rassemblés sous le Titre IX du Livre II.

La disposition constitutionnelle en cause peut être mise en rapport avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Paris, le 20 mars 1952, et approuvé par la loi du 29 août 1953, qui a la teneur suivante:

"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 autres contributions ou des amendes."

Il importe de relever dans le présent contexte que ledit article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel est la seule disposition de la Convention qui protège un droit de l'homme de nature économique: le droit au respect des biens. Le fait qu'il soit relégué à un Protocole additionnel est révélateur des réticences qu'ont pu avoir quelques Parties contractantes à le voir consacré dans le corps même de la Convention. Cette approche était en effet censée faciliter la ratification de la Convention (qui n'admet en effet les réserves que dans les strictes limites prévues à son article 64)<sup>115</sup> en permettant aux Etats les plus rétifs d'adhérer à la Convention tout en ménageant leur position à l'égard de ce droit controversé.<sup>116</sup>

Le Conseil d'Etat s'est itérativement préoccupé de la compatibilité de certains projets de loi, soit avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel, soit avec l'article 16 de la Constitution. Il en fut ainsi des dispositions sur le séquestre des biens ennemis (loi du 26 avril 1951), l'expropriation pour cause d'utilité publique (loi du 15 mars 1979), le remembrement des biens ruraux (loi du 25 mai 1964), la création de réserves foncières dans le cadre de l'aide

---

<sup>115</sup> Devenu l'article 57 de la Convention, par application de l'Article 2, point 1 du Protocole N° 11, et libellé comme suit:

"1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause."

<sup>116</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ni Andorre ni la Suisse n'avaient encore ratifié le Protocole N°1. Voir commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel, par Luigi Condorelli, dans "*La Convention européenne des Droits de l'Homme – Commentaire article par article*", p. 970 à 997.

au logement (loi du 25 février 1979) ou encore dans le contexte de l'assainissement de la Cité Syrdall (loi du 10 décembre 1998).<sup>117</sup>

Le droit de propriété est un droit fondamental et toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte.<sup>118</sup> La privation de la propriété ne peut s'opérer que pour cause d'utilité publique, dans les conditions prévues par une loi et moyennant une juste et préalable indemnité. Ne répond pas aux exigences constitutionnelles l'envoi en possession s'effectuant dans le cadre d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, sur la seule base de la consignation d'une indemnité provisionnelle sommairement évaluée. Les articles 28 et 32 de la loi du 15 mars 1979 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique ne sont partant pas conformes à l'article 16 de la Constitution.<sup>119</sup>

Suite à la jurisprudence ci-avant visée ainsi qu'à deux arrêts du 12 mai 2006 déclarant inconstitutionnelle la disposition légale organisant le transfert de propriété (précédant l'envoi en possession)<sup>120</sup> sur base du paiement ou de la consignation d'une indemnité provisionnelle, le Constituant s'est vu contraint de réagir pour maintenir la possibilité d'une expropriation pour cause d'utilité publique sans attendre l'issue définitive de procédures judiciaires longues et complexes dont l'objet exclusif porte sur le montant de l'indemnité. Une révision de l'article 16 de la Constitution, adoptée en première lecture le 3 juillet 2007, prévoit l'abandon de la condition de l'indemnité "préalable" en ne maintenant dès lors dans la Constitution que l'exigence d'une indemnité "juste".<sup>121</sup>

Le principe fondamental que les restrictions au droit de propriété ne peuvent être établies que par une loi reste pourtant intact. Aussi n'appartient-il pas à un règlement grand-ducal de fixer les conditions d'établissement et d'exercice des servitudes dans le contexte d'une opération d'expropriation.<sup>122</sup>

Le remembrement de biens ruraux a pour but de servir l'intérêt des propriétaires et ceux de la collectivité dans son ensemble. Il constitue donc une privation de propriété pour une cause d'utilité publique. Comme par ailleurs l'indemnisation prévue par la loi peut être qualifiée de juste et de préalable, la loi du 25 mai 1964 concernant le remembrement de biens ruraux en ses articles 1<sup>er</sup>, 6, 7, 20, 24 et 33 n'est pas contraire à l'article 16 de la Constitution.<sup>123</sup>

Il convient encore de renvoyer à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (aff. Schneider c/ Luxembourg, n° 2113/04 du 10 juillet 2007). Dans cette affaire, la Cour a jugé que "nonobstant les buts légitimes recherchés par la loi de 1925 [sur l'amodiation de la chasse et l'indemnisation des dégâts causés par le gibier] au moment de son adoption, le système de l'appartenance obligatoire à un syndicat de chasse qu'elle prévoit aboutit à placer la requérante dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner

---

<sup>117</sup> Pour plus de détails, voir développements correspondants dans "Miroirs et reflets ...", infra, p. 608 et 609.

<sup>118</sup> Cour constitutionnelle, Arrêt 16/03 du 7 février 2003; Mémorial A n° 31 du 28 février 2003, p. 510.

<sup>119</sup> cf. Arrêt précité de la Cour constitutionnelle.

<sup>120</sup> Arrêts n°s 34/06 et 35/06 de la Cour constitutionnelle du 12 mai 2006; Mémorial A n° 96 du 31 mai 2006, p. 1800 et 1802.

<sup>121</sup> cf. Avis du Conseil d'Etat du 22 mai 2007, doc. parl. 5596<sup>3</sup>.

<sup>122</sup> Quatrième avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 février 1978 sur le projet concrétisé par la susdite loi de 1979; doc. parl. n° 1732, p. 62.

<sup>123</sup> Cour constitutionnelle, Arrêt 11/01 du 28 septembre 2001; Mémorial A n° 126 du 17 octobre 2001, p. 2578.

entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général: obliger une petite propriétaire à faire apport de son droit de chasse sur son terrain pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à ses convictions se révèle une charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1er du Protocole n° 1. Il y a donc violation de cette disposition."

Il résulte des développements qui précèdent que la protection de la propriété ne s'analyse pas au regard du seul article 16 de la Constitution. Le droit de propriété n'est pas absolu. Son exercice n'est protégé par la loi qu'autant qu'il ne se révèle pas abusif et qu'il ne rompt pas l'équilibre entre la protection du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général, conformément à l'article 6-1 du Code civil.<sup>124</sup> Aussi faut-il rappeler qu'en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du Protocole additionnel (ci-avant reproduit) le législateur peut valablement "réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou autres contributions ou des amendes". Dans ce dernier contexte, l'on peut cependant se demander si, dans des cas déterminés, les restrictions à l'usage d'un bien ne pourraient pas se montrer draconiennes au point de revenir en fait à une dépossession "à froid". Dans la mesure où ces limitations seraient manifestement disproportionnées par rapport à l'avantage qu'escompte en retirer l'intérêt général, ne serait-il pas envisageable que le titulaire du droit ainsi mutilé soit un jour ou l'autre admis à revendiquer en justice d'être exproprié en bonne et due forme, avec toutes les garanties légales prévues?<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> **Art. 6-1.** Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation, pour empêcher la persistance dans l'abus."

L'article 544 du Code civil va dans le même sens en disposant que "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."

<sup>125</sup> La Cour européenne des droits de l'homme condamne effectivement la théorie de l'expropriation indirecte qui permet par exemple aux pouvoirs publics d'occuper un terrain privé et d'y engager des travaux (Voir AJDA, 6 février 2006, p. 225 / Tribune par René Hostiou). Dans un arrêt du 12 janvier 2006, elle a encore constaté que "dans tous les cas, l'expropriation indirecte vise à entériner une situation de fait découlant des illégalités commises par l'administration, tend à régler les conséquences pour le particulier et l'administration, et permet à cette dernière de tirer bénéfice de son comportement illégal. Que ce soit en vertu d'un principe jurisprudentiel ou d'un texte de loi (...), l'expropriation indirecte ne saurait donc constituer une alternative à une expropriation en bonne et due forme (...)." (Affaire Sciarrotta et autres c. Italie, Requête n° 14793/02, point 71).

## Article 26

*La Constitution garantit le droit d'association, dans le respect des lois qui règlent l'exercice de ce droit, sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable.*

Liberté collective tout comme la liberté de réunion prévue par l'article 25 de la Constitution, le droit d'association fut particulièrement malmené au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Les divers changements constitutionnels et législatifs en fournissent une preuve éloquente.

De tout temps, la liberté d'association a posé de nombreux problèmes au pouvoir en place. Indépendamment de son objet, une association constitue une structure intermédiaire exerçant un pouvoir qui peut constituer une gêne pour un Gouvernement jaloux de ses prérogatives. Si l'association poursuit un but politique, elle risque de contester le pouvoir. Les chartes révolutionnaires françaises voyaient d'un mauvais œil la possibilité du développement d'un corporatisme hostile à la liberté d'entreprendre, voire même de coalitions d'ouvriers qui pourraient s'opposer à la toute-puissance des patrons. A cela s'ajouta la crainte du rôle joué par les clubs sous la Révolution. Le droit d'association ne fut pas mentionné dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Il était néanmoins énoncé dans le décret français des 13 et 14 novembre 1790 qui disposa que "les citoyens ont le droit de s'assembler paisiblement et de former entre eux des sociétés libres". Par la suite, cette liberté s'était progressivement amoindrie: les décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 supprimaient les corporations de métier au nom de la liberté économique, la loi Le Chapelier des 14 et 15 juin 1791, souhaitant étouffer les mouvements de protestation ouvriers, interdisait les associations ouvrières et la loi du 17 août 1792, dans un esprit antireligieux, supprimait les confréries et les sociétés de secours mutuel. La loi du 7 thermidor an XI interdisait finalement les clubs politiques.<sup>126</sup>

Le Code pénal de 1810 disposait à l'article 291 que "nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de (...) s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société".

La liberté d'association, tout comme la liberté de réunion, était inexistante selon la Charte des Etats de la Confédération germanique.<sup>127</sup> "Nos industries ont un développement modéré, jamais on y entend parler de chômage, de grève, de coalition d'ouvriers. Elles sont, on peut le dire, sans exception administrées paternellement, et plusieurs de ces établissements pourraient être cités comme des modèles sous le rapport de leur régime tutélaire. D'autre part, n'existe-t-il pas de grandes populations ouvrières agglomérées sur un seul point, et plusieurs industries importantes, telles que la forgerie, la tannerie, s'exercent au domicile des ouvriers même (...)."<sup>128</sup>

Sous l'influence du vent de liberté soufflant sur l'Europe, l'article 27 de la Constitution de 1848 réintroduisit la liberté d'association dans les termes suivants:

**"Art. 27.** *Les Luxembourgeois ont le droit de s'associer. Ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive.*

<sup>126</sup> cf. B. Gibaud, *Révolution et droit d'association: Au conflit de deux libertés*, 1989.

<sup>127</sup> cf. Commentaire de l'article 25.

<sup>128</sup> Circulaire du Conseil de Gouvernement du 29 décembre 1846 relative à l'organisation de la bienfaisance publique dans le Grand-Duché de Luxembourg; Mémorial 1846 n° 71, notamment p. 682.

*L'établissement de toute corporation religieuse doit être autorisé par une loi."*

Le deuxième alinéa de cet article 26 ne figura pas dans la Constitution belge de 1831 qui consacrait par ailleurs la liberté totale des cultes, contrairement à l'article 23 de notre Constitution de 1848, devenu par après l'article 22.<sup>129</sup> Le but de cette restriction se dégage d'un avis du Conseil d'Etat du 24 avril 1873: "Au point de vue économique, un grand nombre de couvents introduirait chez nous les dangers de la mainmorte,<sup>130</sup> dont les anciens souverains et les prescriptions de l'autorité publique ont, de tout temps, cherché à diminuer les abus, par les mesures les plus énergiques. Et, à cet égard, il est aujourd'hui avéré, par des faits indéniables, que les corporations religieuses, quoique non investies des droits de la personnification civile, ont des moyens à leur disposition pour assurer à leurs établissements la transmission à perpétuité des biens qu'elles acquièrent par leur influence sur les fidèles."<sup>131</sup>

La Constitution de 1856 entérinait les restrictions aux libertés en vigueur dans les Etats membres de la Confédération germanique. Le droit d'association était dorénavant bridé comme suit: "**Art. 26.** *Les Luxembourgeois ont le droit de s'associer. – La loi règle et limite l'exercice de ce droit dans l'intérêt de l'ordre public. L'établissement de toute corporation religieuse doit être autorisé par une loi.*" L'alinéa 2 relatif aux corporations religieuses ne fut enlevé de l'article 26 de notre Loi fondamentale que lors de la révision du 13 juin 1989. La commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle jugea que ce paragraphe était "désuet et discriminatoire".<sup>132</sup>

Le Constituant de 1868 entendit revenir au texte en vigueur en 1848 et réintroduire la prohibition de toute mesure préventive. Dans son avis du 2 mai 1868, le Conseil d'Etat s'opposa à la réintroduction de la liberté d'association en ces termes: "Le Conseil d'Etat et le Gouvernement n'adhèrent pas à la proposition de la section centrale, qui tend à proscrire toute mesure préventive quelconque dirigée contre le droit d'association. Ils voient dans cette liberté illimitée un danger pour l'ordre et la sécurité publics."<sup>133</sup>

Le Constituant passa outre à ces hésitations et se rallia à la position libérale de la commission centrale. Le bout de phrase "*sans pouvoir le soumettre à une mesure préventive*" fut toutefois remplacé par "*sans pouvoir le soumettre à une autorisation préalable*", libellé qui exprime certainement mieux le sens de la disposition.

La notion d'association se distingue substantiellement de la notion de réunion en ce que l'association a un but prédéterminé, un objet durable et une certaine organisation, éléments qui font défaut dans le cadre d'une réunion éphémère.

Aujourd'hui, la garantie de la liberté d'association est également prévue à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales.<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> cf. Commentaire de l'article 22.

<sup>130</sup> Incapacité légale de disposer de ses biens; ainsi, les biens possédés p.ex. par des congrégations, qui ont une existence indéfinie, échappaient aux règles des mutations par décès.

<sup>131</sup> Cité par Manou Servais, "Une petite généalogie de nos droits et libertés", in: *Les Cahiers Luxembourgeois*, 1998/4, p. 25.

<sup>132</sup> Exposé des motifs de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle relatif au projet de révision de l'article 26 de la Constitution; doc. parl. n° 3228.

<sup>133</sup> Avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1868; Compte rendu de la Chambre des députés, sess. ord. 1867-1868, Annexes, p. 186.

<sup>134</sup> Convention des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales:  
"Art. 11. Liberté de réunion et d'association

La liberté d'association était certes également garantie à tous les étrangers, même non-résidents, en vertu de l'article 111 de la Constitution, à l'instar des autres libertés. Dans la mesure où l'article 111 aurait toutefois permis de restreindre cette liberté fondamentale par une simple mesure législative, le Constituant a jugé qu'il convenait de modifier le libellé de l'article pour assurer un traitement strictement identique afin de garantir tant aux nationaux qu'aux étrangers, indépendamment de leur nationalité, le droit de s'associer sans que ce droit puisse être soumis à des conditions particulières à respecter.<sup>135</sup> La loi de révision constitutionnelle du 2 juin 1999 a introduit le libellé actuellement en vigueur.<sup>136</sup>

A côté de son aspect collectif, la liberté d'association est également une liberté individuelle. Une association n'est pas toujours ouverte à toute personne qui désire y adhérer. Dans ce contexte, le droit privé l'emporte sur la liberté publique. Le principe constitutionnel inclut pareillement la reconnaissance du droit d'association négatif. La Cour de Strasbourg l'a rappelé dans son arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson*.<sup>137</sup> Elle entend le droit d'association négatif d'une manière large et le définit comme comprenant à la fois "la liberté de ne pas adhérer à une association" et celle "de s'en retirer". Cependant, comme le droit d'association positif, il est nécessairement enfermé dans une double limite: il cède devant les justifications de l'article 11, paragraphe 2; il ne vaut qu'à l'égard des organisations de droit privé. Des restrictions ne peuvent être apportées au droit garanti par l'article 11 que lorsque trois conditions sont réunies: si elles sont prévues par la loi, si elles sont inspirées par un ou plusieurs des buts légitimes y énumérés, si elles sont nécessaires dans une société démocratique à la poursuite de ce ou de ces buts.<sup>138</sup>

La question s'était posée de savoir si la contrainte d'être membre d'un syndicat de chasse en application de la loi modifiée du 20 juillet 1925 sur l'amodiation de la chasse et l'indemnisation des dégâts causés par le gibier constitue une violation de la liberté d'association négative. Dans un premier jugement du 12 février 2003, le tribunal administratif a jugé que la contrainte n'était pas absolue en l'espèce étant donné qu'une majorité qualifiée de propriétaires pouvait s'opposer au relassement du droit de chasse sur leur propriété et dès lors s'opposer à être membre de droit du syndicat.<sup>139</sup> Par ailleurs, le tribunal a estimé que la qualité de membre de droit dans un syndicat de chasse pèserait au Luxembourg sur tous les propriétaires y compris les propriétaires de droit public, de sorte que l'atteinte aux droits négatifs d'association serait à considérer comme proportionnée eu égard à l'intérêt général poursuivi. Dans un jugement du 18 décembre 2003, le tribunal administratif, autrement composé, a au contraire retenu que la loi modifiée du 20 juillet 1925 ne dénotait pas une "nécessité absolue, sinon caractérisée, de soumettre l'entier territoire non urbanisé à l'exercice du droit de chasse en vue de réaliser le but reconnu comme légitime dans l'intérêt général

---

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat."

<sup>135</sup> Voir Note 8.

<sup>136</sup> Mémorial A n° 63 du 8 juin 1999, p. 1414; doc. parl. n° 3905.

<sup>137</sup> CEDH, Arrêt *Sigurdur A. Sigurjonsson* du 30 juin 1993, série A n° 264.

<sup>138</sup> cf. Jean-Pierre Marguénaud, *La reconnaissance du droit d'association négatif*, Jurisprudence, 1994, p. 181

<sup>139</sup> Tribunal administratif, 12 février 2003, aff. *Schneider*, n° 15316, confirmé en appel, Cour administrative, 10 juillet 2003, n° 16177C.

consistant à éviter une pratique anarchique de la chasse et de favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique".<sup>140</sup> L'arrêt de la Cour administrative du 13 juillet 2004 rendu en appel a confirmé ce jugement dans toute sa teneur et a retenu que "l'obligation d'adhésion au syndicat de chasse constitue en effet une ingérence dans la liberté d'association "négative" "et la Cour européenne des droits de l'homme a retenu dans ce contexte que "bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante, de sorte qu'une restriction à un droit que consacre la Convention doit être proportionnée au but légitime poursuivi. Or, un "droit" ou une "liberté" de chasse ne fait pas partie de ceux reconnus par la Convention qui, en revanche, garantit expressément la liberté d'association".<sup>141</sup> En conséquence, la décision ministérielle approuvant la délibération du syndicat de chasse de procéder au relaiement de la chasse sur les terrains de la requérante, opposée à l'exercice de la chasse, fut annulée. Il est à noter que dans les deux affaires citées les requérants ont préféré fonder leur recours sur l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrant la liberté d'association plutôt que sur l'article 26 de la Constitution.

Par un arrêt du 10 juillet 2007, la Cour européenne des Droits de l'homme, saisie dans l'affaire Schneider, a tranché en faveur de la thèse défendue par la requérante en retenant que "contraindre par la loi un individu à une adhésion profondément contraire à ses propres convictions et l'obliger, du fait de cette adhésion, à apporter le terrain dont il est propriétaire pour que l'association en question réalise des objectifs qu'il désapprouve, va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un juste équilibre entre des intérêts contradictoires et ne saurait être considéré comme proportionné au but poursuivi". La Cour a dès lors retenu qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> Tribunal administratif, 18 décembre 2003, n° 15096, frappé d'appel, Cour administrative, arrêt n° 17488C du 13 juillet 2004.

<sup>141</sup> Arrêt Chassagnou et autres c. France du 29 avril 1999, nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

<sup>142</sup> Arrêt Schneider contre Luxembourg du 19 septembre 2006, n° C-193/05.

## Article 59

Toutes les lois sont soumises à un second vote, à moins que la Chambre, d'accord avec le Conseil d'Etat, siégeant en séance publique, n'en décide autrement. – Il y aura un intervalle d'au moins trois mois entre les deux votes.

Le second vote constitutionnel, qui a été introduit dans la Constitution en 1868, est une originalité luxembourgeoise. Contrairement au modèle bicaméral du régime parlementaire en place dans la plupart des démocraties modernes, le Constituant luxembourgeois a opté pour l'adoption des lois par une seule et même chambre qui est appelée à voter les lois qui sont soumises à son approbation selon le mécanisme d'un double vote.

La Constitution de 1841 avait déjà prévu un système parlementaire monocaméral mis en place – vu les circonstances politiques de l'époque – sans avoir été précédé d'un débat sur le pour ou le contre de la solution retenue. Concernant l'adoption des lois par l'Assemblée des Etats, la seule référence y est faite à l'article 23 de 1841 qui statue de façon péremptoire que "toute résolution est prise à la majorité des voix; le partage emporte rejet".

L'idée du second vote constitutionnel a fait son apparition dans la Constitution de 1848 qui, à l'opposé du choix retenu dans la Constitution belge de 1831 d'un pouvoir législatif à deux chambres, a en raison des proportions réduites de notre pays opté pour un système unicaméral. Dans ces conditions, il convenait de suppléer par d'autres voies l'absence d'une seconde chambre.

Le principe même d'un régime monocaméral n'était pas mis en cause lors des travaux d'élaboration de la Constitution de 1848. Le rapport de la section centrale<sup>143</sup> releva bien la lacune laissée par l'absence d'une deuxième chambre. Placée devant l'option alternative soit de soumettre tout projet de loi à un double vote soit de remplacer le double vote obligatoire par une commission de législation, "la section centrale conseilla l'institution d'une commission permanente de législation, à laquelle devaient être soumis tous les projets de loi et qui devait être composée de neuf membres. La Chambre abandonna le principe du double vote obligatoire et institua la commission de législation que les constitutions de 1856 et 1868 abolirent de nouveau."<sup>144</sup>

L'article 60 de la Constitution de 1848 avait le libellé suivant:

**Art. 60.** *Tout projet de loi, avant d'être présenté à la Chambre, est soumis à l'avis préalable d'une commission permanente de législation, composée de neuf membres, dont cinq sont nommés annuellement par la Chambre.*

(...)

*La Chambre peut décider qu'à raison de son importance, une loi sera soumise à un second vote pendant une session subséquente à fixer par elle."*

---

<sup>143</sup> "Les députés étaient répartis en quatre sections: administration générale, finances, instruction et cultes, travaux publics et économie. Chacune avait son rapporteur. Les quatre rapporteurs formaient la section centrale, qui désignait l'un de ses membres pour faire rapport aux Etats en séance plénière." (Albert Calmes, *La création d'un Etat (1841-1847)*, 1954, p. 187).

<sup>144</sup> Nicolas Majerus, *Histoire du Droit dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Tome deuxième, 1949, p. 749.

La Constitution de 1856 créait le Conseil d'Etat (cf. article 76, alinéa 2: "Il y aura, à côté du Gouvernement, un conseil appelé à délibérer sur les projets de loi et les amendements qui pourraient y être proposés ...") et supprimait en même temps l'obligation de soumettre tout projet de loi préalablement à sa présentation à la Chambre à l'avis d'une commission permanente de législation. Elle ne maintenait à l'article 60, devenu l'article 59, que le dernier alinéa disposant que "*L'Assemblée des Etats peut décider, qu'à raison de son importance, une loi sera soumise à un second vote pendant une session subséquente à fixer par elle*".

La discussion sur l'introduction d'un système parlementaire bicaméral refit surface lors de l'élaboration de la Constitution de 1868. Après un débat approfondi sur les mérites des options en présence, l'idée de l'institution d'une deuxième chambre fut en définitive abandonnée comme en témoigne le rapport de la commission spéciale, nommée par l'Assemblée des Etats, qui, tout en ne méconnaissant pas la force des arguments présentés en faveur de la création de deux chambres législatives, jugea inopportun le changement préconisé notamment par le Conseil d'Etat, "parce que la mise en pratique de ce système paraît présenter trop d'inconvénients et de difficultés dans notre petit pays".<sup>145</sup> L'exposé des motifs du Gouvernement à l'appui du projet définitif abonda dans le même sens: "Les raisons que nous avons développées plus haut nous déterminent également à ne pas adopter la proposition faite par le Conseil d'Etat d'introduire dans la Constitution le système de deux Chambres. Nous reconnaissons parfaitement la force que fait valoir ce corps à l'appui de son opinion, mais nous sommes tellement portés pour une solution immédiate des questions politiques pendantes que nous renvoyons à l'application d'un principe que la théorie a établi et que la pratique de tous les Etats a consacré."

La solution retenue finalement par la Constitution reprenait la rédaction proposée à titre de compromis par le Conseil d'Etat suite à différentes propositions avancées par l'Assemblée des Etats. En consacrant formellement le principe du deuxième vote constitutionnel, le libellé nouvellement introduit en 1868 à l'article 59 de la Constitution alla transformer profondément les systèmes institutionnels qui avaient été successivement en vigueur sous le régime des Constitutions de 1848 et 1856. Le texte proposé pour l'article 59 fut voté tel quel et a été maintenu jusqu'à nos jours.

Le Constituant de 1868 concevait clairement le second vote constitutionnel comme devant compenser l'absence de deuxième chambre et voyait le délai entre les deux votes comme une période de réflexion et de discussion. Période de réflexion d'abord, dans le sens que l'intervalle prévu entre le premier et le second vote évite des choix intempestifs pris sous l'impression d'opportunités du moment que l'existence d'une deuxième chambre permettrait, le cas échéant, de corriger. Période de discussion ensuite, érigeant en arbitre l'opinion publique qui, sous l'effet de la publicité qu'entoure forcément le défaut de dispense du second vote, est avertie des motifs conditionnant l'utilité de l'adoption d'un projet de loi déterminé et les considérations qui, notamment à la lumière de l'avis du Conseil d'Etat, devraient s'y opposer. En examinant les propositions de texte de la première et de la deuxième sections de l'Assemblée des Etats qui avaient préparé la formulation définitive du libellé de l'article 59, le Conseil d'Etat nota que "l'adoption de l'une ou de l'autre de ces dispositions serait dans le cas de prémunir contre des résolutions précipitées et de permettre à l'opinion publique de se prononcer et aux Représentants du pays de se recueillir... Un second vote sera... la règle constitutionnelle, et c'est une

---

<sup>145</sup> Alex Bonn, *La Constitution oubliée*, "Le second vote constitutionnel", 1968, p. 6.

précaution contre la précipitation et les entraînements d'une Chambre unique, dont la Constitution de 1848 dans son art. 60, et celle de 1856 dans son art. 59 avaient déjà reconnu la sagesse."

La possibilité pour la Chambre et le Conseil d'Etat de s'entendre sur la dispense du second vote constitutionnel avait permis dès l'entrée en vigueur des nouvelles règles constitutionnelles d'appliquer ce principe avec la souplesse souhaitée. Ainsi, Alex Bonn<sup>146</sup> note que, "à peine le second vote obligatoire introduit, la Chambre des Députés s'empessa de s'en défaire. La première loi à être votée après la promulgation de la nouvelle Constitution, la loi électorale du 30 novembre 1868, fut dispensée du second vote". De son côté, le Conseil d'Etat ne vit pas d'inconvénient à cette façon d'appliquer le mécanisme de l'article 59, lorsqu'il constata que: "A l'appréhension que le Conseil d'Etat ne se prononçât trop facilement dans le sens d'un second vote et que ce procédé ne devînt en pratique la règle, on répondrait qu'il n'en serait d'abord pas ainsi pour tous les cas où les deux Assemblées seraient d'accord ou ne se trouveraient en dissidence que sur des points secondaires, ou bien lorsque les lois à édicter présenteraient de l'urgence; le Conseil d'Etat devrait toujours au surplus motiver ses avis de manière à les justifier devant l'opinion publique, et c'est là assurément une grande garantie contre son intervention abusive. Il est évident qu'il ne se laisserait guider que par des considérations graves, et alors aussi son action serait conforme à l'intérêt général". Le Conseil d'Etat observait cette ligne de conduite depuis lors, comme le constate Alex Bonn:

"Le Conseil s'en tint effectivement à la règle de conduite qu'il avait proclamée. Emboitant le pas à la Chambre des Députés, il dispensait régulièrement les lois du second vote constitutionnel.

Ce n'est que très exceptionnellement que le contraire fut vrai. Encore, le Conseil d'Etat entoure-t-il son refus de dispense de précautions tendant à éviter la nécessité du second vote. En relisant les avis du Conseil, on se rend compte, en effet, qu'il prend soin d'annoncer son opposition irréductible à telle disposition d'un projet de loi d'où son intention de réclamer ultérieurement le second vote peut être facilement déduite. Le Parlement ne s'y est jamais mépris...

Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'est laissé guider par le caractère plus ou moins grave de ses objections pour réclamer ou non la procédure du second vote. C'est avant tout à propos de textes que le Conseil estimait contraires à quelque disposition constitutionnelle qu'il faisait entendre ses avertissements solennels. Moins fréquemment des innovations de nature à entraîner une perturbation de l'ordre administratif se heurtaient à son opposition catégorique."<sup>147,148</sup>

Ces avertissements solennels, en principe précurseurs d'un refus de dispense du second vote constitutionnel par le Conseil d'Etat, se traduisent en général par une "opposition formelle" formulée dans le cadre de ses avis en rapport avec un projet ou une proposition de loi. Entre le 9 octobre 2001 et le 13 juillet 2007, le Conseil d'Etat a ainsi émis 500 oppositions formelles, dont 322 (soit 64,4%) basées sur la Constitution, 118 (soit 23,6%)

---

<sup>146</sup> Alex Bonn, op. cit., p. 10-11.

<sup>147</sup> Alex Bonn, op. cit., p. 13-14.

<sup>148</sup> Exception confirmant la règle: l'adoption par deux votes successifs de la loi du 13 novembre 2002 portant transposition en droit luxembourgeois de la Directive 98/5/CE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise (Mémorial A n° 140 du 17 décembre 2002, p. 3202; doc. parl. n° 4790).

fondées sur les principes généraux du droit, 36 (soit 7,2%) motivées par le droit communautaire et 3 (soit 0,6%) justifiées par le droit international. Restent 21 (soit 4,2%) s'appuyant sur d'autres motifs de justification. Sur ces 21 cas, seuls 9 (c'est-à-dire 1,8% de l'ensemble des oppositions formelles) étaient fondés sur un motif isolé et de nature non juridique, les autres 12 dossiers cumulant les raisons justificatives. La très large majorité (presque 96%) des oppositions formelles est donc basée sur des motifs de droit et non sur des raisons d'opportunité ou autres. Depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, le Conseil d'Etat a prononcé quelque cinquante refus de dispense du second vote constitutionnel.<sup>149</sup>

Force est de souligner que l'article 59 de la Constitution n'oblige ni la Chambre des députés ni le Conseil d'Etat à motiver leur décision en matière d'octroi ou de refus de dispense du second vote constitutionnel. Ni l'une ni l'autre ne sont limités dans leur pouvoir d'appréciation.

Pour le surplus, il n'existe aucun lien entre l'article 59 et l'article 83*bis* de la Constitution, et à plus forte raison avec les dispositions de la loi du 12 juillet 1996 qui régit les attributions du Conseil d'Etat en matière consultative. L'article 59 fait en effet partie du "Chapitre IV – De la Chambre des Députés", alors que l'article 83*bis* constitue le "Chapitre *Vbis* – Du Conseil d'Etat" de la Constitution.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Pierre Mores, L'article 59 de la Constitution – Mythe et réalité au sujet des "oppositions formelles" du Conseil d'Etat/*Hommage à Jacques Santer*, Luxembourg, 2007 (ISBN 978-2-87963-674-0), p. 223-228.

<sup>150</sup> *ibid.*, p. 228. Voir encore: Discours prononcé par le Président du Conseil d'Etat, à l'occasion du 150<sup>e</sup> anniversaire de l'Institution, le 27 novembre 2006, publié sur le site [www.etat.lu/ce](http://www.etat.lu/ce) et dans la brochure publiée par le Service information et presse du Gouvernement, *Conseil d'Etat 1856-2006*, ISBN 978-2-87999-134-4, p. 27-31.

## Article 95ter

- (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.*

La création de la Cour constitutionnelle avec effet au 1<sup>er</sup> octobre 1997<sup>151</sup> remonte à la loi de révision du 12 juillet 1996,<sup>152</sup> suivie et explicitée par la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la nouvelle juridiction.<sup>153</sup> Elle avait été précédée par plusieurs initiatives novatrices qui, même si elles n'ont pas abouti, avaient nourri le débat qui amena le Constituant à adopter une réforme qui révolutionnait le système juridictionnel et institutionnel en place, se caractérisant jusque-là par l'absence de tout contrôle par les tribunaux judiciaires et administratifs de la constitutionnalité des lois.<sup>154</sup> Parmi les sources d'"inspiration" de la proposition de loi relative à la Cour Constitutionnelle, déposée par le député Luc Frieden, le 15 octobre 1996, qui allait se révéler décisive en la matière,<sup>155</sup> l'on peut évoquer, par ordre chronologique:<sup>156</sup>

- la proposition de révision de l'article 95 de la Constitution, déposée par le député Jean-Paul Rippinger, le 19 octobre 1992,<sup>157</sup>
- le projet de révision de l'article 95 de la Constitution, déposé par le président de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle Georges Margue, le 24 mars 1994;<sup>158</sup>
- l'avis du Conseil d'Etat du 6 mai 1994 sur le projet de révision de la Constitution;<sup>159</sup>
- le rapport présenté à la Chambre des députés par Francis Delpérée, professeur de droit constitutionnel, en septembre 1994.<sup>160</sup>

Toutes ces discussions se sont finalement soldées par la décision du Constituant de confier à une juridiction *ad hoc* le contrôle de la conformité des lois à la Constitution. Le Conseil d'Etat avait,

---

<sup>151</sup> Compte tenu du libellé du paragraphe 2 ("*suivant les modalités à déterminer par la loi*"), la saisine de la Cour constitutionnelle était en effet subordonnée à l'entrée en vigueur de la loi organique, fixée au 1<sup>er</sup> octobre 1997, conformément à son article 31.

<sup>152</sup> Mémorial A n° 45 du 12 juillet 1996, p. 1318; doc. parl. n° 4153.

<sup>153</sup> Mémorial A n° 58 du 13 août 1997, p. 1724; doc. parl. n° 4218.

<sup>154</sup> Voir "Miroirs et reflets ...", *infra*, p. 573.

<sup>155</sup> Doc. parl. n° 4218; sess. ord. 1996-1997.

<sup>156</sup> Les différentes variantes sont reprises en annexe au présent commentaire.

<sup>157</sup> Doc. parl. n°s 3685 et 3686; sess. ord. 1992-1993.

<sup>158</sup> Doc. parl. n° 3914; sess. ord. 1993-1994.

<sup>159</sup> Doc. parl. n°s 3895-3913<sup>1</sup>/3685<sup>1</sup>, 3686<sup>1</sup>, 3914<sup>1</sup>/3922<sup>1</sup>-3925<sup>1</sup>; sess. ord. 1993-1994, p. 22- 26.

<sup>160</sup> Doc. parl. N° 3914<sup>1A</sup>; sess. ord. 1994-1995.

quant à lui, maintenu jusqu'en fin de parcours sa préférence pour l'institution d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception aux mains des juridictions ordinaires.<sup>161</sup>

La Cour constitutionnelle est composée de neuf magistrats, tous nommés par le Grand-Duc. En sont de droit membres le Président de la Cour supérieure de justice, le Président de la Cour administrative ainsi que les deux conseillers à la Cour de cassation. Les cinq autres sont désignés sur avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative.

La Cour constitutionnelle est présidée par le président de la Cour supérieure de justice.

Tous les membres continuent à exercer leurs fonctions à leur juridiction d'origine tout en étant inamovibles en qualité de juges constitutionnels (cf. article 91 de la Constitution qui est applicable en l'espèce).

Conformément à l'article 95<sup>ter</sup> de la Constitution, la Cour constitutionnelle est compétente pour statuer, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution, à l'exception de celles portant approbation de traités.

Selon l'exposé des motifs, cette restriction a été dictée par des considérations tirées du droit des gens. En effet, une fois le traité dûment approuvé et ratifié, l'Etat se trouve engagé sur le plan international et, en droit interne, les dispositions conventionnelles l'emportent sur l'ensemble du droit national. A cela s'ajoute qu'il existe un contrôle de constitutionnalité *a priori*, par le Conseil d'Etat et la Chambre des députés, de l'engagement international et de sa loi d'approbation.<sup>162</sup>

Le terme "*loi*" est à prendre dans son acception formelle. La Cour constitutionnelle ne saurait partant être amenée à apprécier directement la conformité d'une norme infra-légale<sup>163</sup> à la Constitution.<sup>164</sup> Le Conseil d'Etat s'est par contre interrogé si les juridictions judiciaires et administratives ne pourraient pas, sur la base de l'article 95 de la Constitution, étendre à la constitutionnalité en général le contrôle de légalité qu'elles exercent incidemment à l'égard des arrêtés et règlements généraux et locaux.<sup>165</sup> Telle est en effet la pratique en Belgique opérant

---

<sup>161</sup> Son approche restait foncièrement cohérente avec le contrôle de conventionnalité pratiqué au Luxembourg. En effet, "ce contrôle de la compatibilité avec les traités restera, au regard du texte du nouvel article 95<sup>ter</sup> qu'il est proposé d'ajouter à la Constitution, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires et administratives. Les juridictions judiciaires ou administratives saisies à la fois d'un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une disposition légale et de l'incompatibilité de cette même disposition légale avec un traité, notamment dans le domaine des libertés individuelles garanties aussi bien par les normes constitutionnelles et par les dispositions d'une convention internationale, peuvent-elles s'abstenir de renvoyer l'affaire devant la Cour constitutionnelle pour voir exercer un contrôle incident de la constitutionnalité de la loi, au motif que, du point de vue incidence sur la solution du litige, il suffira d'examiner la compatibilité de la règle interne à la norme internationale? Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme, concurrence ou complémentarité (il est renvoyé à ce sujet aux actes de la IX<sup>e</sup> conférence des Cours constitutionnelles européennes qui s'est tenue à Paris en mai 1993)?" (Avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1996; doc. parl. n° 4153<sup>1</sup>, sess. ord. 1995-1996, p. 5).

<sup>162</sup> Doc. parl. n° 4153; sess. ord. 1995-1996, p. 4.

<sup>163</sup> Tels un règlement grand-ducal ou encore une règle édictée sur la base des articles 11, paragraphe 6, alinéa 2, 107, paragraphe 3 et 108<sup>bis</sup> de la Constitution.

<sup>164</sup> Dans ce sens, jugement du tribunal administratif du 28 octobre 1998, n° 10589:

"Considérant que l'article 95<sup>ter</sup>(1) de la Constitution prévoit que la Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution;

Qu'il s'ensuit que la Cour Constitutionnelle est incompétente pour statuer sur la conformité d'un règlement grand-ducal à la Constitution, question réservée par l'article 95 de la Constitution aux cours et tribunaux, lesquels ne sont appelés à appliquer les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois;"

<sup>165</sup> Doc. parl. n° 4153<sup>1</sup>; sess. ord. 1995-1996, p. 5.

sur le fondement de l'article 159 de la Constitution belge qui est le pendant de notre article 95.<sup>166</sup> Force est de souligner que cette dernière solution a été consacrée, voire dépassée par la jurisprudence administrative luxembourgeoise "considérant que seules les questions de la conformité de la loi proprement dite à la Constitution relèvent de la Cour Constitutionnelle, de sorte que le tribunal saisi est 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, de même qu'il lui appartient de résoudre les questions de conformité de règlements d'administration publique et communaux par rapport à la norme constitutionnelle".<sup>167</sup>

La Cour se prononce par voie d'arrêt sur la conformité de la loi à la Constitution.<sup>168</sup> Le Constituant n'ayant ainsi ni précisé, ni limité le cadre et les éléments à prendre en considération dans ce contexte, le Conseil d'Etat avait frappé d'opposition formelle le texte de la proposition de loi complétive ayant prévu que "[la Cour] n'a pas égard aux faits de la cause [et] se prononce de manière abstraite sur la conformité à la Constitution des dispositions qui lui sont déférées".<sup>169</sup>

La saisine de la Cour est régie par l'article 95ter, paragraphe 2 de la Constitution, ensemble l'article 6 de la loi organique précitée du 27 juillet 1997. Ainsi que l'a précisé la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, dans son rapport du 20 juin 1997:

"(...) toute juridiction devant laquelle une question de constitutionnalité est soulevée doit saisir la Cour Constitutionnelle. Il convient de relever que le renvoi n'est possible que s'il est fait par une juridiction<sup>170</sup> de l'ordre judiciaire ou administratif et non par une autre instance, par exemple un collège arbitral.<sup>171</sup>

Par exception au principe de saisine obligatoire, les juridictions seront dispensées de soumettre la question de constitutionnalité à la Cour Constitutionnelle dans les trois hypothèses suivantes:

---

<sup>166</sup> Article 159 de la Constitution belge:

"Art. 159. Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois."

Pour être régulier au regard de l'article 159, l'acte administratif en cause "doit respecter les normes auxquelles le droit prête une valeur supérieure, à savoir la loi, le traité international et la Constitution. (...) [Ce] refus d'application est exigé chaque fois que l'acte administratif en cause contrevient à une norme de valeur supérieure, la mention faite "aux lois" n'étant pas ici réservée aux normes qui sont l'œuvre du pouvoir législatif fédéral." (Marc Verdussen (dir.), *La Constitution belge, Lignes & Entrelignes*, 2004, commentaire ad article 159, par David Renders, p. 353-354).

<sup>167</sup> Tribunal administratif, 8 octobre 2001, n° 13445. Argumentation non contredite par l'arrêt d'appel de la Cour administrative du 7 mai 2002, n° 14197C.

<sup>168</sup> 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. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt n° 28/05 du 23 décembre 2005 (publié au Mémorial A n° 1 du 5 janvier 2006, p. 2 et s.) de la Cour constitutionnelle où il est en effet "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 médecin-vétérinaire n'est pas conforme à l'article 36 ancien de la Constitution" (donc antérieur à la révision constitutionnelle du 19 novembre 2004).

<sup>169</sup> cf. Article 24 de la proposition initiale.

<sup>170</sup> Le terme "juridiction" doit être appréhendé dans son acception la plus large pour comprendre également les juridictions d'instruction, telle la chambre du conseil de la Cour d'appel (voir Arrêt n° 37/06 visé dans la Note 23 en bas de page).

<sup>171</sup> Thèse contredite par la Cour constitutionnelle qui, par son arrêt n° 28/05 précité du 23 décembre 2005, a admis la recevabilité d'une décision de renvoi rendue par le conseil de discipline du Collège médical. Dans son arrêt 23/04 du 3 décembre 2004 (publié au Mémorial A n° 201 du 23 décembre 2004, p. 2960 et s.), elle avait déjà déclaré recevable une question préjudicielle posée par le Conseil disciplinaire et administratif d'appel des avocats.

- si elles estiment qu'une décision sur la question de constitutionnalité n'est pas nécessaire pour rendre leur jugement; ou bien,
- si elles estiment que la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement; ou bien,
- si la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Ainsi seront écartées les questions de constitutionnalité qui ne sont point sérieuses ou qui n'ont pas d'incidence sur la solution du litige. Il convient en effet d'éviter que le procès qui donne lieu au renvoi soit inutilement retardé par la question préjudicielle. La simple faculté du renvoi même dans l'hypothèse où la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur la même question permet, d'un côté, d'éviter de renvoyer, et donc de surseoir à statuer, surtout lorsque le renvoi sur une question identique a été fait dans un passé récent ou dans une affaire similaire; d'autre part, elle permet, si besoin est, de faire évoluer dans le temps la jurisprudence constitutionnelle par un nouveau renvoi. Conformément à l'article 15 de la proposition de loi, il convient toutefois de souligner qu'un seul renvoi est possible par affaire: si, à titre d'exemple, le tribunal d'arrondissement a procédé au renvoi, un nouveau renvoi n'est pas possible en instance d'appel ou en cassation, l'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle liant toutes les juridictions appelées à statuer dans la même affaire.

Suite à une observation du Conseil d'Etat, il est encore prévu qu'au cas où une juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, toute juridiction a l'obligation, et non pas la simple faculté, comme prévu dans la version initiale de la proposition de loi, de soulever d'office la question de constitutionnalité et d'en saisir la Cour Constitutionnelle. Afin d'assurer le bon déroulement de la justice, la question préjudicielle n'est posée qu'à la suite d'un débat contradictoire.<sup>172</sup>

A noter que la question préjudicielle doit indiquer avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte<sup>173</sup> et "la Cour Constitutionnelle n'est pas habilitée à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi".<sup>174</sup>

Devant la Cour constitutionnelle, le principe du contradictoire s'applique conformément à l'article 11 de sa loi organique. Les arrêts de la Cour sont motivés (article 13 de la loi du 27 juillet 1997) et lient tant la juridiction qui a posé la question préjudicielle que toutes les autres juridictions appelées à statuer dans la même affaire (article 15 du même texte légal). L'arrêt rendu dans une affaire déterminée n'a donc qu'un effet relatif. Il n'agit pas *erga omnes*. Dans la mesure où les juges du fond sont dispensés de poser une question préjudicielle relative à une disposition législative contestée quant à sa constitutionnalité lorsque la question a déjà été tranchée par la Cour constitutionnelle (article 6, alinéa 2, lettre c) de la loi), l'arrêt peut cependant, dans ces circonstances, dépasser l'effet *inter partes* ci-avant décrit. A noter d'ailleurs que les arrêts sont publiés au Mémorial dans les trente jours de leur prononcé (article 14 de la loi).

Il est significatif qu'à différentes reprises il a été jugé utile de préciser que l'institution de la Cour constitutionnelle laisse intacte la souveraineté parlementaire. Il a ainsi été souligné qu'"il appartiendra toujours aux représentants élus du peuple de lever l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution et que la Cour Constitutionnelle lui oppose, en révisant la Constitution".<sup>175</sup> Si donc la Cour, en interprétant la Constitution, risque par la force des choses "parfois d'exprimer des

<sup>172</sup> Doc. parl. n° 4218<sup>9</sup>, sess. ord. 1996-1997, p. 10-11.

<sup>173</sup> Arrêt 2/88 du 13 novembre 1998; Mémorial A n° 102 du 8 décembre 1998, p. 2500 et s.

<sup>174</sup> Arrêt 37/06 du 17 novembre 2006; Mémorial A n° 220 du 20 décembre 2006, p. 3784 et s.

<sup>175</sup> Exposé des motifs de la proposition Frieden; doc. parl. n° 4153, sess. ord. 1995-1996, p. 4.

choix politiques, il ne faut jamais oublier qu'elle n'a pas un pouvoir d'appréciation et de décision identique au pouvoir législatif ou constituant. Elle ne sera jamais à l'origine des politiques; elle ne fera que réagir aux questions qui lui sont renvoyées par les tribunaux. La Constituante et le législateur pourront toujours modifier les textes se trouvant à la base de la décision de justice constitutionnelle."<sup>176</sup> Force est de relever qu'ils n'y sont pas juridiquement obligés.

---

<sup>176</sup> Rapport de la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle du 13 juin 1996; doc. parl. n° 4153<sup>4</sup>, sess. ord. 1995-1996, p. 3.

Voir en outre: Rapport de la même commission parlementaire remis le 20 juin 1997; doc. parl. n° 4218<sup>9</sup>, sess. ord. 1996-1997, p. 7.

## Annexe à la présentation de l'article 95ter

### **1° Proposition Rippinger**

"Les cours et tribunaux ainsi que les juridictions administratives n'appliquent les lois et traités qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution.

Ils n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois et à la Constitution.

La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi.

Pour exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois et des traités, il est institué une Cour constitutionnelle dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi.

La Cour constitutionnelle statue par voie d'arrêt sur:

1° la conformité des lois et des traités à la Constitution avant leur promulgation;

2° la violation par une loi ou un traité des dispositions et principes de la Constitution.

La Cour constitutionnelle peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction."

### **2° Proposition Margue**

"Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution.

Le juge saisi d'une exception d'inconstitutionnalité d'une loi, qui lui paraît justifiée, renvoie cette question devant la Cour de Cassation qui statue selon la procédure déterminée par la loi.

Les juridictions n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et aux lois. La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi."

### **3° Avis du Conseil d'Etat**

"Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les lois qu'autant qu'elles sont conformes à la Constitution. Elles n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et à la loi. – La Cour supérieure de justice réglera les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi."

#### 4° Rapport Delpérée

##### *"Article 95*

Les juridictions judiciaires et administratives appliquent la Constitution et la loi. Toutefois, elles n'appliquent pas celles qui ont fait l'objet d'un constat de non-conformité à la Constitution.

Les juridictions judiciaires et administratives n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes à la Constitution et aux lois.

##### *Article 95bis*

Il est pourvu par la loi à l'organisation d'un Tribunal constitutionnel.

Ce Tribunal statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

Le Tribunal peut être saisi, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

##### *Article 95ter*

Le Tribunal constitutionnel statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois d'approbation des traités à la Constitution.

Le Tribunal peut être saisi, dans un délai de soixante jours, par toute autorité que la loi désigne (ou par toute personne intéressée). Il rend un arrêt dans les trente jours.

Si le Tribunal constate l'invalidité de la loi d'approbation visée à l'article 37, al. 1<sup>er</sup> et 2, de la Constitution, il en prononce l'annulation.

##### *Article 95quater*

La Cour supérieure de justice règle les conflits d'attribution d'après le mode déterminé par la loi."

**5° Proposition Frieden**

*"Article 95ter*

La Cour Constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur la conformité des lois à la Constitution.

La Cour Constitutionnelle peut être saisie, à titre préjudiciel, par toute juridiction pour statuer sur la conformité des lois, à l'exception des lois portant approbation de traités, à la Constitution.

La Cour Constitutionnelle est composée du Président de la Cour Supérieure de Justice, du Président de la Cour administrative et fiscale, de deux conseillers à la Cour de Cassation et de trois magistrats nommés par le Grand-Duc, sur l'avis conjoint de la Cour Supérieure de Justice et de la Cour administrative et fiscale. Les dispositions des articles 91, 92 et 93 leur sont applicables. La Cour Constitutionnelle comprend une chambre siégeant au nombre de cinq magistrats.

L'organisation de la Cour Constitutionnelle et la manière d'exercer ses attributions sont réglées par la loi."

Article 99

Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. – Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. – Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'en est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. – Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise. – Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale. – Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. – La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité relativement aux impositions communales.

Dans la Constitution de 1841, on ne retrouve que des embryons de certaines dispositions de l'article 99 de notre Loi fondamentale actuelle. Ainsi, par exemple, l'article 27 prévoyait que l'assentiment des Etats était requis pour tout changement à introduire dans les lois sur les impôts. De même, l'article 29 disposait que le concours des Etats était nécessaire pour la confection du budget de l'Etat.

Ce n'est que la Constitution de 1848 qui, sous un Chapitre VIII.- "Des finances" a introduit les grandes lignes des dispositions actuelles grâce à un article 103 libellé comme suit: *"Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi. – Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. – La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité, relativement aux impositions communales."*

Cet article est devenu l'article 99 dans la Constitution de 1856, mais sa teneur n'a pas été modifiée.

La Constitution de 1868 a ajouté à l'article 99 les 2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> phrases suivantes: *"Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. – Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée, si l'aliénation n'en est autorisée par la loi. – Nulle création au profit de l'Etat d'une route, d'un canal, d'un chemin de fer, d'un grand pont ou d'un bâtiment considérable, ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale. – Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale."*

Ces textes semblent trouver leur source dans la volonté d'élargir au maximum les prérogatives de la Chambre par rapport au pouvoir exécutif. L'article 99 ainsi conçu énonçait un certain nombre de règles fondamentales relatives au fonctionnement de l'Etat et au domaine de compétence de la Chambre des députés. Il consacrait notamment la primauté de la représentation nationale sur l'exécutif en matière de décisions relatives aux finances publiques.

<sup>177</sup> Le Chapitre VIII de la Constitution comprend les articles 99 à 106.

Aucun impôt au profit de l'Etat ne peut être établi que par une loi.

Cette règle, qui s'inspire de la Constitution belge de 1831, reprend le principe féodal du consentement à l'impôt. Si les ressources propres provenant du produit de ses domaines et de la concession ne suffisaient pas à faire face aux charges, le souverain était obligé de réunir ces vassaux en assemblée pour leur demander des ressources nouvelles. Le droit de contrôler les dépenses découlait du pouvoir de voter l'impôt, alors que le souverain pouvait plus facilement recueillir l'assentiment de l'assemblée pour de nouvelles taxes s'il pouvait indiquer l'affectation de celles-ci. Les deux règles fondamentales du droit financier moderne, l'autorisation de percevoir l'impôt et le contrôle de la dépense publique, étaient appliquées en Angleterre dès l'adoption du Bill of Rights de 1688 à la suite de la victoire du Parlement dans les luttes qui l'opposaient au monarque.<sup>178</sup> Pour le Constituant belge, "La Constitution d'un peuple libre", disait le comte de Theux, "doit le préserver d'impôts arbitraires et assurer l'emploi fidèle de ceux qui sont légalement perçus."<sup>179</sup>

La disposition sous revue fait des impôts une matière réservée à la loi formelle. La loi introduit l'impôt et en détermine les éléments constitutifs: matière imposable, redevables, base d'imposition et tarifs. Il est admis que le législateur peut abandonner au pouvoir exécutif les modalités d'application.<sup>180</sup>

La théorie évoquée à l'alinéa qui précède a été concrètement illustrée dans un arrêt de la Cour constitutionnelle du 2 mars 2007 (s.a. Brasserie Fischer et Jet Import N.V. c/ Etat du Grand-Duché de Luxembourg), dans lequel il a été retenu qu'en matière fiscale la loi doit fixer les règles essentielles concernant l'assiette, le taux et le recouvrement de l'impôt.<sup>181</sup> En effet, la Cour a estimé en relation avec l'interprétation des articles 32(3) et 99, première phrase de la Constitution, que les réserves de la loi énoncées par la Constitution impliquent que nul, sauf le pouvoir législatif, ne peut valablement disposer des matières érigées en réserve, mais qu'il est 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 détail.

Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté sans l'assentiment de la Chambre. – Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. – Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise.

La commission spéciale nommée par l'Assemblée des Etats pour examiner préalablement le projet de loi sur la révision de la Constitution de 1868 avait proposé d'insérer dans l'article 99 les principes suivants: "Aucun emprunt à charge de l'Etat ne peut être contracté, aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée sans l'assentiment

<sup>178</sup> Pierre Lalumière, *Les finances publiques*, 1971, p. 33.

<sup>179</sup> Rapport de la section centrale, Emile Huytens, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, 1844-1845, t. IV, p. 105.

<sup>180</sup> Voir Jean OLINGER, "Introduction à l'étude du droit fiscal luxembourgeois", in: *Etudes fiscales* 1.9.1994, Chapitre IV.- Dispositions constitutionnelles relatives aux impôts, p. 51 et s.

<sup>181</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 38/07 du 2 mars 2007; Mémorial A n° 36 du 15 mars 2007, p. 742.

*de la Chambre; aucune construction publique à charge du Trésor de l'Etat ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale réglant en même temps le mode d'exécution; aucune charge grevant le budget de l'Etat pendant plus d'une année ne peut être établie que par une loi spéciale.*"<sup>182</sup>

Le Conseil d'Etat, dans son avis du 6 mars 1868, a approuvé ces principes, sauf qu'il exigea d'omettre dans la disposition constitutionnelle concernant les constructions publiques les mots relatifs au mode d'exécution, alors qu'il est admis dans tout pays constitutionnel que l'exécution des lois appartient au pouvoir exécutif.

Pour ne pas laisser subsister de doute quant à la portée de l'assentiment de la Chambre des députés prévu à la deuxième phrase de l'article 99, la section centrale précisa dans son rapport définitif du 2 mai 1868 que toute aliénation de la propriété immobilière de l'Etat doit être autorisée par la loi. De même, elle estima que la disposition relative aux constructions publiques était trop vague et trop générale, alors qu'il y aurait lieu de distinguer entre les grands travaux et ceux de moindre envergure afin de dispenser les constructions peu importantes (10.000 francs de l'époque) du vote d'une loi spéciale. Elle voulut surtout mettre la Chambre en garde " contre la facilité avec laquelle jusqu'ici, lors du vote du budget, des crédits furent accordés pour des constructions nouvelles dont on n'avait présenté ni les plans, ni les devis estimatifs. De cette manière le pays s'est souvent vu engagé dans des dépenses qui excédaient toutes prévisions et qui eussent été évitées, si la somme nécessaire avait été votée en une fois sur le vu des plans et devis."

Finalement, la section centrale suggéra de rédiger la phrase y relative comme suit: "*Nulle création au profit de l'Etat d'une route, d'un canal, d'un chemin de fer, d'un grand pont ou d'un bâtiment considérable, ne peut être décrétée qu'en vertu d'une loi spéciale.*"

Comme les engagements financiers de l'Etat qui devaient faire l'objet d'une autorisation législative ne correspondaient plus à l'importance véritable de ces opérations, la Chambre des députés déclara révisables les phrases 3 et 4 de l'article 99 dans sa séance du 30 mai 1984.

En effet, jusque-là, p.ex. les aliénations de petites parcelles immobilières avaient toujours dû être soumises au Parlement. Il s'y ajoute que les textes légaux avaient permis au Gouvernement de contracter des obligations très onéreuses pour l'Etat sans autorisation spéciale de la Chambre des députés.

Les dispositions sujettes à révision concernaient donc plus particulièrement la question de la surveillance du patrimoine de l'Etat par le pouvoir législatif.

Selon l'exposé des motifs du projet de révision déposé le 19 juillet 1988 par la commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle, il s'agissait surtout de retenir parmi les hypothèses, dans lesquelles la Chambre doit obligatoirement être consultée par le Gouvernement, les acquisitions entraînant des dépenses très importantes et les garanties données par l'Etat qui constituent une dépense potentielle, d'une part, et d'éviter le blocage du fonctionnement des pouvoirs publics en n'exigeant l'autorisation de la Chambre des députés que pour l'aliénation, l'acquisition ou les constructions d'une importance certaine, d'autre part.<sup>183</sup> La commission recommanda de laisser à la loi le soin de déterminer les seuils à partir desquels le législateur doit intervenir qui peuvent différer d'une matière à l'autre et qui doivent être relativement élevés pour éviter des problèmes pratiques. Elle

---

<sup>182</sup> cf. Compte rendu des séances de l'Assemblée des Etats, sess. ord. et extraord. 1867-1868, Annexes.

<sup>183</sup> Le seuil d'application de cette "importance certaine" commençait selon un avis du Conseil d'Etat du 3 mai 1978 à 20 millions de francs.

insista à ce que le législateur fixe effectivement les seuils prévus par la Constitution pour prévenir toute insécurité juridique préjudiciable au bon fonctionnement des institutions. Finalement, la commission proposa de substituer à la phrase 4 de l'article 99 le terme générique "*projet d'infrastructure*" aux expressions "*route, canal, chemin de fer et pont*".

Dans son avis du 14 février 1989, le Conseil d'Etat souligna que si l'administration du patrimoine et la gestion des finances publiques sont du ressort du pouvoir exécutif, la Constitution réserve en cette matière un rôle important à l'intervention et au contrôle du pouvoir législatif. Il se rallia aux arguments avancés par la commission et approuva les textes proposés tout en suggérant de remplacer devant l'expression "*projet d'infrastructure*" le mot "*création*", qui ne convient plus, par celui de "*réalisation*" seyant mieux à la réalité visée.

L'objet du projet de révision se résumait au constat qu'une autorisation spéciale du Parlement n'est plus requise tant en ce qui concerne les aliénations immobilières que les réalisations d'infrastructure ou de bâtiments considérables pour les projets se situant en dessous d'un certain seuil fixé par la loi, alors que cette autorisation deviendra obligatoire pour les acquisitions de propriétés immobilières importantes et les engagements financiers importants de l'Etat, pour autant qu'ils se situent au-delà du seuil légal. La commission des Institutions et de la Révision constitutionnelle recommanda, dans son rapport du 17 mars 1989, l'adoption de la version suivante du projet qui fut finalement retenue par la loi du 16 juin 1989 portant révision de l'article 99, troisième et quatrième phrases, de la Constitution:

"Les troisième et quatrième phrases de l'article 99 de la Constitution sont remplacées par les dispositions suivantes: "*Aucune propriété immobilière de l'Etat ne peut être aliénée si l'aliénation n'est autorisée par une loi spéciale. Toutefois une loi générale peut déterminer un seuil en dessous duquel une autorisation spéciale de la Chambre n'est pas requise. – Toute acquisition par l'Etat d'une propriété immobilière importante, toute réalisation au profit de l'Etat d'un grand projet d'infrastructure ou d'un bâtiment considérable, tout engagement financier important de l'Etat doivent être autorisés par une loi spéciale. Une loi générale détermine les seuils à partir desquels cette autorisation est requise.*"

*Aucune charge grevant le budget de l'Etat pour plus d'un exercice ne peut être établie que par une loi spéciale.*

Cette disposition consacre le principe de l'annualité des dépenses. Le droit de contrôler les dépenses constitue le corollaire du droit du Parlement de fixer les impôts. L'autorisation annuelle des dépenses fournit au pouvoir législatif une arme puissante à l'égard du pouvoir exécutif. Dans le contexte de notre Constitution, c'est le seul moyen de concrétiser le principe du régime de la démocratie parlementaire, établi par l'article 51. Si la Chambre des députés n'a plus confiance dans le Gouvernement, elle peut lui retirer les moyens à son action en refusant de voter le budget. Comme dans tous les autres pays européens, le contrôle des dépenses a fait l'enjeu de luttes politiques entre le pouvoir monarchique et le pouvoir parlementaire.

Aussi n'est-il pas étonnant que sous l'empire de la Constitution de 1856 il était dit: "Le budget des recettes et des dépenses ordinaires et constantes, et en général de toutes celles qui sont nécessaires pour assurer la marche régulière des services publics, est établi d'une manière permanente par la loi. – Le budget des recettes et des dépenses non permanentes est établi chaque année par une loi spéciale" (article 104, alinéas 1 et 2).

C'est la Constitution de 1868 qui a introduit le dispositif actuel.

Le principe de l'annualité convient aux dépenses administratives courantes (dépenses en personnel, dépenses de consommation). Toutefois, en matière d'intervention économique de la puissance publique et particulièrement en matière d'investissements publics d'une grande ampleur, qui ne peuvent se réaliser que sur une longue période dépassant le cadre annuel, il s'avère trop contraignant. Aussi le Constituant a-t-il prévu la possibilité de déroger au principe de l'annualité par loi spéciale. Cette possibilité est utilisée par le législateur notamment dans le cadre des fonds spéciaux pour investissements publics.

*Aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal. – La loi détermine les exceptions dont l'expérience démontrera la nécessité relativement aux impositions communales.*

Les deux dernières phrases de l'article 99, qui sont restées inchangées depuis leur introduction par la Constitution de 1848, soulèvent certaines questions quant à la définition de l'imposition communale, quant au pouvoir du conseil communal et quant à l'interprétation de la dernière phrase qui, jusqu'à présent, ne semble pas encore avoir suscité de commentaires ni avoir reçu une application pratique en matière légale. Sachant qu'en 1848 les deux dernières phrases de l'article 99 actuel formaient avec la première phrase de cet article l'article 103 qui figurait sous le Chapitre VIII.- "Des finances", alors que le Chapitre IX.- "Des communes" énonçait les principes qui règlent les institutions communales, il faut lire l'article 99 actuel qui concerne la gestion financière de l'Etat comme ne pouvant contraindre les communes, sauf exception légale, à établir des impôts prélevés au profit de l'Etat qu'avec le consentement des conseils communaux.

- Que faut-il entendre de manière précise par imposition communale? On peut rappeler à cet égard la définition:<sup>184</sup> "Les impositions communales présentent tous les caractères de véritables impôts: ce sont des prestations en argent que l'autorité publique impose aux particuliers pour subvenir aux dépenses d'utilité générale ou locale, ce sont des impôts levés par voie d'autorité pour être affectés à des services publics. Ce sont encore des impôts directs parce qu'ils sont prélevés directement sur les citoyens qui en supportent la charge et ils saisissent périodiquement une portion de son revenu, ils s'appliquent à une situation durable et permanente et ils sont portés au rôle annuel et ils se règlent par exercice."

Aujourd'hui les recettes fiscales communales sont de trois sortes. En premier lieu, les impôts réels d'origine allemande, c'est-à-dire l'impôt commercial (Gewerbsteuer) et l'impôt foncier (Grundsteuer). Il s'agit de deux impôts perçus dans toutes les communes du pays. Ensuite, les impôts et taxes des communes dont les uns sont perçus dans toutes les communes (p.ex. la taxe sur les chiens ou la taxe sur la déclaration de résidence des étrangers) et les autres ne sont perçus que si le conseil communal a décidé leur introduction dans la commune. Enfin, les communes participent, par le truchement du fonds communal de dotation financière, aux recettes de certains impôts de l'Etat.

- N'y a-t-il pas une certaine contradiction entre l'article 99 prévoyant qu'aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal, la loi déterminant les exceptions ("volet passif de l'autonomie financière des communes") et le paragraphe 3 de l'article 107 de la Constitution disposant que le conseil communal peut

---

<sup>184</sup> *La Révision de la Constitution*, Supplément au Compte rendu des séances de la Chambre des députés, sess. ord. 1912-1913, vol. 3, Annexes, p. 136.

établir des impositions communales, sous l'approbation du Grand-Duc ("volet actif de l'autonomie financière des communes")? Quelle est dans ce contexte la substance véritable de l'autonomie financière communale?

Une jurisprudence a décidé que, sauf disposition légale contraire, les conseils communaux ont en principe, conformément aux articles 99 et 102 de la Constitution, la faculté d'établir les impôts municipaux qu'ils veulent, s'il n'est pas porté atteinte à la règle de l'égalité devant l'impôt édictée par l'article 101 de la Constitution (Cour, 25 juillet 1933, Pas. 13, p. 45). Cette jurisprudence retient encore qu'en vertu de l'article 35, point 5 de la loi communale<sup>185</sup> du 24 février 1843, donc antérieure à la Constitution de 1848 qui a introduit les deux dernières phrases de l'article 99, l'approbation du ministre de l'Intérieur est suffisante par rapport à un règlement communal qui ne concerne que la perception d'une imposition légalement existante. Toutefois, l'approbation du Grand-Duc sur avis du ministre est nécessaire, d'après l'article 107 de la Constitution et l'article 34, point 5 de la prédite loi communale,<sup>186</sup> pour les règlements communaux portant établissement d'un impôt nouveau ou changement du principe et des modalités de l'imposition même.

La jurisprudence a estimé pareillement que lorsqu'un règlement communal crée des emplacements pour le stationnement des véhicules et soumet l'usage de ces places de parcage au paiement d'une taxe, pareille taxe, perçue à l'occasion d'un service spécial rendu, constitue une taxe rémunératoire, laquelle n'est toutefois pas à considérer comme taxe de remboursement, c'est-à-dire comme redevance civile payée proportionnellement au service rendu, mais comme impôt communal au sens de l'article 34, point 5 de la loi communale du 24 février 1843.<sup>187</sup>

Le principe de l'autonomie communale en matière financière a également suscité de nombreux commentaires dans les avis du Conseil d'Etat. Ainsi, celui-ci s'est par exemple opposé formellement aux dispositions relatives aux structures scientifiques régionales plus que sommaires qui prévoyaient que les frais afférents à ces structures sont supportés par l'Etat, les communes et les syndicats de communes concernés. En effet, ces dispositions contreviennent non seulement au principe de l'autonomie communale, puisque aucune charge, aucune imposition communale ne peut être établie que du consentement du conseil communal, mais qui de façon générale ne permettent non plus de remplir les conditions fixées par l'article 99 de la Constitution.<sup>188</sup>

Le Conseil d'Etat déclara encore l'article 41 du projet sur l'aménagement des communes contraire au principe de l'autonomie financière des communes prévu au prédit article 99.<sup>189</sup>

Finalement, le Conseil d'Etat a émis des oppositions formelles au regard d'autres principes de l'article 99 précité. Ainsi, il s'opposa formellement à un montage financier (Etat actionnaire majoritaire d'une société de droit privé) qui permettrait d'éluider les

---

<sup>185</sup> qui dispose que les délibérations des conseils communaux sur les règlements relatifs à la perception des impositions communales sont soumises à l'approbation du Conseil de gouvernement.

<sup>186</sup> qui dispose que les délibérations du conseil communal sur l'établissement, le changement ou la suppression des impositions communales sont soumises à l'avis du Conseil de gouvernement et à l'approbation du (Roi) Grand-Duc.

<sup>187</sup> Cour, 23 mars 1961; Pas. 18, p. 268.

<sup>188</sup> cf. Avis du 17 juin 2003 relatif au projet de loi concernant la protection de la nature et les ressources naturelles; doc. parl. n° 4787<sup>8</sup>.

<sup>189</sup> cf. Avis du 14 juillet 2000; doc. parl. n° 4486<sup>1</sup>.

dispositions de l'article 99 en ce que tout engagement financier important de l'Etat (dont les garanties et les infrastructures importantes) doit être autorisé par une loi spéciale.<sup>190</sup>

De plus, des oppositions formelles ont été émises à l'égard de dispositions:

- qui prévoyaient la fixation du montant de certaines primes par un règlement grand-ducal, alors que tant le montant que la durée de primes, du moins en ce qui concerne les maxima, doivent être déterminés par la loi;<sup>191</sup>
- qui omettaient des informations chiffrées et détaillées pour justifier le montant prévu ou qui comportaient un risque d'interférence du montant prévu avec le financement des constructions des lois à venir;<sup>192</sup>
- qui n'indiquaient pas de données quant aux terrains à acheter;<sup>193</sup> et
- dans lesquelles le montant de l'indemnité spéciale n'est pas défini par la loi.<sup>194</sup>

La République Fédérale d'Allemagne connaît des dispositions constitutionnelles semblables. En effet, l'article 115 de sa Loi fondamentale dispose que: "Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Ermächtigung durch Bundesgesetz."

---

<sup>190</sup> cf. Avis du 8 novembre 2001 et du 5 mars 2002 sur le projet de loi relatif à la police et l'exploitation de l'aéroport de Luxembourg ainsi qu'à la construction d'une nouvelle aérogare; doc. parl. n<sup>os</sup> 4767<sup>2</sup> et 4767<sup>3</sup>.

<sup>191</sup> cf. Avis du 5 juillet 2001 sur le projet de loi concernant le développement rural; doc. parl. n<sup>o</sup> 4778<sup>5</sup>.

<sup>192</sup> cf. Avis du 16 avril 2002 sur le projet de loi concernant le Fonds pour la réalisation des équipements de l'Etat sur le site Belval-Ouest; doc. parl. n<sup>o</sup> 4899<sup>1</sup>.

<sup>193</sup> *ibid.*

<sup>194</sup> cf. Avis du 16 mars 2004 sur le projet de loi concernant le Service de Renseignements; doc. parl. 5133<sup>4</sup>.