

## Avis sur l'Avant-projet de loi portant organisation du Conseil national de la justice

*Luc Heuschling\**

### *A. Considérations générales*

[1] Le présent avis vise à analyser et évaluer l'avant-projet sous différents angles, dont celui de sa cohérence interne (adéquation des solutions techniques par rapport aux buts affichés) et de sa conformité avec la future Constitution telle qu'elle ressort des travaux de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle (en abréviation: NouvC.). L'état de la proposition de « refonte » (dossier n°6030) pris en compte est celui d'avril 2013.<sup>1</sup> Le but de cet avis est aussi, par le biais du fondement constitutionnel, de faire ressortir le soubassement théorique de certains débats techniques. Ce faisant, l'avis sera amené à formuler des recommandations tant sur le plan de la loi que sur le plan de la Constitution. L'accent sera placé également sur le droit comparé, sans oublier toutefois les spécificités du Luxembourg.

Eu égard au court délai disponible pour l'établissement de cet avis, l'appareil scientifique des références bibliographiques a dû être réduit à un minimum.

Dans les considérations générales seront abordés successivement les points suivants:

- Le principe de la création du Conseil national de la justice;
- l'identité organique du Conseil national de la justice;
- les actes du CNI, en particulier son pouvoir réglementaire;
- la nouvelle procédure de nomination des membres du pouvoir judiciaire.

---

\* Professeur de droit constitutionnel et administratif, Université du Luxembourg (luc.heuschling@uni.lu). Le présent avis a été rédigé en réponse à une demande de consultation adressée, le 5 mars 2013, par le ministre de la justice du Grand-duché de Luxembourg de l'époque, François Biltgen, à l'Université du Luxembourg. L'avis date de mai 2013 et n'engage que son auteur.

<sup>1</sup> L'avis se fonde sur la version consolidée de la proposition n°6030 du 11 avril 2013 ainsi que sur les procès-verbaux des réunions de la CIRC (dernier procès-verbal pris en compte: PV IR 32 du 17 avril 2013).

### 1. Sur le principe de la création du Conseil national de la justice

La création d'un conseil représentatif du pouvoir judiciaire, appelé en l'espèce « Conseil national de la justice » (CNDJ) doit être saluée. Elle constitue un progrès indéniable du point de vue de l'indépendance de la justice et de l'Etat de droit.

#### 1. Fondement & facettes de l'indépendance de la justice

[2] Le concept d'indépendance de la justice est assez complexe car ce terme véhicule une pluralité de significations. Mais, au cœur de ce concept à plusieurs strates se trouve l'idée de l'indépendance fonctionnelle du juge dans une affaire précise: lorsqu'un juge tranche un litige, il doit être indépendant. Dans sa décision, il doit être indépendant de tout facteur/acteur dit « politique » (politique au sens de « sans rapport avec le droit, avec la loi », « étranger à la nature de l'activité judiciaire ») pour faire précisément ce pour quoi il a été établi: trancher des litiges en vertu des règles du droit. Selon notre conception moderne, le juge ne juge pas en pure équité dans les cas d'espèces, mais en vertu de règles. Et ce qui est protégé à travers l'indépendance du juge, ce n'est pas le juge en lui-même, mais c'est le droit. L'indépendance, au sens fonctionnel, envisagée au niveau d'un juge, sert à assurer le règne du droit, ce que l'on appelle de nos jours l'Etat de droit, terme clé qui est consacré dans l'article 2 Nouveau C. L'Etat de droit implique que le droit règne, qu'il s'impose: aucun élément étranger au droit (élément « politique », « extra-juridique ») ne doit pouvoir arrêter « le cours » du droit et partant, dans le cadre d'un litige judiciaire, le « cours » de la justice. Si l'indépendance de la justice est protégée dans un Etat de droit, ce n'est pas en soi, comme un objectif en soi, voire comme un privilège autorisant les juges à se déconnecter du reste de la société. Elle est protégée en tant que garantie de l'empire du droit, qui lui-même est censé établir un équilibre social juste. Les juges sont indépendants des facteurs dits « politi-

ques » parce qu'ils doivent être *dépendants* de la loi, du droit.<sup>2</sup> L'indépendance se justifie par leur soumission à la loi, à la seule loi (et, au-delà, à l'idéal du juste). Ce lien ressort par ex. dans l'article 97 de la Loi fondamentale allemande de 1949: « *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* ».

[3] Si l'on admet la légitimité de l'indépendance fonctionnelle du juge, se pose la question de savoir qui, dans tel contexte local, pourrait s'opposer ou être tenté de s'opposer au libre cours de la justice et, donc, au règne du droit. L'étude de l'histoire et du droit comparé montre qu'il y a pléthore de moyens de porter atteinte à l'indépendance de la justice. La question des nominations et avancement est, bien sûr, la problématique la plus sensible, mais il y a d'autres voies pour « influencer » les juges, tel juge, et le résultat de tel procès: « On » peut agir, très en amont, au niveau de l'enquête policière. On peut agir en amont, au niveau du parquet, de l'instruction d'un dossier en matière pénale. Qui tient le parquet tient la justice! En France, pendant longtemps, le parquet était considéré comme « l'œil (et l'oreille) de l'exécutif » au sein de la justice.

[4] A cet égard, on ne peut que souligner de prime abord, avant même d'aborder la question de l'indépendance des juges du siège, l'importance de l'indépendance des membres du ministère public. Car, on ne peut pas, sous peine d'aboutir à des constructions parfaitement illégitimes, contraires à l'Etat de droit, fonder en un seul corps (« la justice », le « pouvoir judiciaire », la « magistrature ») à la fois les juges du siège et les membres du parquet si ces derniers restent soumis, dans des dossiers individuels, à des injonctions de l'exécutif. Car mélanger les deux sans avoir garantie au préalable l'indépendance des deux, revient à établir une justice en partie indépendante, en partie *dépendante*. Or, dans la perception qu'auront les citoyens de cette justice unifiée, c'est l'élément de dépendance qui prévaudra, et qui sabordera l'image d'ensemble de la justice. En outre, comme imagine-t-on qu'un membre du parquet, formé dans une culture de soumission, puisse tout à coup, une fois qu'il est juge du siège, faire preuve d'une culture d'indépendance?

[5] Aussi, l'ambition qu'à cet avant-projet de soumettre à un seul organe représentatif (le CNDJ) les juges du siège et les membres du ministère public,

2 L. Heuschling, Why Should Judges be Independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence, in K. S. Ziegler, D. Baranger, & A. W. Bradley, (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments* (2007), 199 *et seq.*

à les faire siéger ensemble et à autoriser qu'une personne issue de l'une des deux carrières puisse embrasser l'autre (cf. art. 6 avant-projet), n'est conforme à l'idéal de l'Etat de droit qu'à condition de couper le traditionnel lien ombilical entre le parquet et l'exécutif. A priori, – et on ne peut que s'en féliciter – cette indépendance du parquet sera consacrée dans le texte de la nouvelle Constitution, en débat à l'heure actuelle au sein de la Commission des institutions et de la révision constitutionnelle. La version actuelle du projet de refonte énonce, en effet, dans son article 99: « (1) Les juges sont indépendants dans l'exercice des fonctions juridictionnelles. (2) Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ces fonctions ». Cette indépendance est l'une des pré-conditions de la légitimité du CNI.

[6] Outre le parquet, il y a d'autres voies par lesquelles « on » pourrait être tenté d'influencer le cours de la justice. L'on connaît, dans divers pays (y inclus certains pays démocratiques proches), la « politique du téléphone ». Ailleurs, c'est par la bourse que l'on tient la justice: car en allouant des moyens budgétaires insuffisants, voire en désorganisant la gestion administrative de la justice et des services dont celle-ci dépend, « on » aboutit à entrayer voire à bloquer le cours de la justice. On voit ici l'importance d'une *bonne administration de la justice* pour l'indépendance de la justice.

## 2. La multifonctionnalité du futur Conseil national de la justice

[7] L'indépendance de la justice est donc une problématique à multiples facettes. Le concept a de multiples strates. Le cœur du concept est l'idée de l'indépendance fonctionnelle du juge, d'un juge, dans un cas d'espèce. Autour de cette signification centrale viennent s'ajouter d'autres sens et exigences: à l'indépendance *fonctionnelle* s'ajoute l'idée de l'indépendance *organique*, à l'indépendance *envisagée* sous l'angle d'un juge particulier (indépendance *du juge*) s'ajoute une perspective collective plus large, celle de la justice en tant que troisième pouvoir (l'indépendance de la *justice*). Traditionnellement, l'indépendance fonctionnelle du juge/des juges a été garantie, sur le plan organique, surtout par la règle de l'immovibilité. De nos jours, depuis la fin de la 2<sup>e</sup> guerre mondiale, de plus en plus de voix en Europe réclament une garantie organique supplémentaire qui se situe au niveau collectif de la justice en tant que troisième pouvoir. D'où l'idée de création d'un organe central, « représentatif » de la justice, ou, pour le dire autrement, d'un organe chapeautant et unifiant l'ensemble des diverses ju-

ridictions (voir les exemples de conseils supérieurs de la magistrature/de la justice d'abord en Italie et en France, puis dans d'autres pays à l'instar de l'Espagne, du Portugal, de la Belgique, des pays d'Europe centrale et orientale, etc.). La création d'un tel organe n'est pas, pour l'instant, une obligation de droit positif, découlant éventuellement des traités européens (ex. art. 6 CEDH), mais son institution est recommandée et recommandable. Il y a toujours des systèmes qui ne disposent pas d'un tel organe central, notamment, en Europe (l'Allemagne et l'UE) ou en-dehors de l'Europe (les Etats-Unis).

[8] Puisque, comme il a été dit précédemment, l'indépendance tient à une pluralité de facteurs, sa garantie implique d'agir de façon cohérente sur plusieurs registres. Si l'on fait le choix de créer un organe central de la justice (ici le CNI), avec pour but d'accroître l'indépendance de la justice, il est logique d'attribuer à cet organe une *multiplicité de tâches*. Dans le cas du Conseil national de la justice, les tâches se situent sur plusieurs niveaux (selon l'ordre de présentation retenu par l'avant-projet):

- la nomination et l'avancement à la fois des juges (judiciaires et administratifs) et des membres du ministère public;
- la formation continue des magistrats;
- la définition d'une déontologie et la dispense de conseils aux juges en matière d'éthique judiciaire;
- la réception des doléances des justiciables et l'instruction (mais non le jugement) des affaires de discipline;
- la gestion administrative de la justice (enquêtes, statistiques, recommandations);
- la formulation de rapports sur l'état de la justice et d'avis sur des lois et règlements de l'exécutif portant sur la justice;
- la défense et promotion de l'image de la justice auprès du grand public.

[9] En droit comparé, certains conseils supérieurs de la justice ont plus de fonctions, d'autres moins. C'est une question d'équilibre, à évaluer au vu du contexte local et de la tradition historique. Parfois, les fonctions ne sont pas parfaitement compatibles entre elles, ce qui implique de la part du législateur de faire des choix, de hiérarchiser les priorités.<sup>3</sup> Si le nombre de fonctions est important, comme c'est le cas dans cet avant-projet, il y a lieu également

3 Voir, par exemple, les remarques *infra* sous l'article 30.

de réfléchir concrètement (ce que ne peut faire le présent avis) à la charge de travail pour ses membres.

[10] Parmi les fonctions *excluses* de la compétence du CNJ, il faut noter que le jugement des affaires disciplinaires relèvera non du CNJ, mais des juridictions disciplinaires internes à la magistrature judiciaire et administrative. Ce choix a une certaine légitimité en ce qu'il attribue les deux fonctions de l'instruction et du jugement à deux organes distincts, ce qui est une garantie pour le justiciable. En revanche, l'idée d'un regard externe, de la présence de non-magistrats dans la formation de jugement disciplinaire – idée cruciale dans la conception de divers conseils supérieurs de la magistrature, en Italie, en France, etc. – est écartée.

[11] Parmi les fonctions exclues, figure aussi le budget. A l'étranger, il existe certaines juridictions, particulièrement éminentes (certaines cours constitutionnelles) qui disposent de l'autonomie budgétaire. Mais, à notre connaissance, il n'y a pas de pays dans le monde où c'est le conseil représentatif de la justice qui fixe le budget de toute la justice, alors même, comme déjà indiqué, le budget peut être une arme par laquelle le cours de la justice peut être influencé. Sur ce point entre en jeu la prérogative traditionnelle du gouvernement et du parlement de définir et de voter le budget de l'Etat. L'article 27 de l'avant-projet prévoit la compétence du CNJ de relayer et aviser les demandes financières des diverses juridictions et parquets. Ces « demandes » et « avis » devraient se voir reconnaître un poids crucial dans le débat politique car la création du CNJ risquerait de poser un problème en termes de dilution de responsabilité. Car, d'un côté, c'est le gouvernement et la Chambre des députés qui définissent le budget, mais le gouvernement n'est plus en charge de l'administration de la justice (en cas de doléances de mauvaise gestion de la part de justiciables, de citoyens, il sera tenté de renvoyer ceux-ci vers le CNJ); or, de l'autre côté, le CNJ est certes celui qui est censé étudier, surveiller et gérer le bon fonctionnement de la justice, c'est lui qui est censé défendre l'image et donc aussi les résultats de la justice vis-à-vis du public, mais ce n'est pas lui qui fixe le budget. Le budget est susceptible de devenir la pomme de discorde et le talon d'Achilles de cette nouvelle répartition des compétences.

[12] Il est à noter également que les questions fondamentales d'organisation de la justice (la définition des organes, leurs compétences, leur distribution sur le territoire, le nombre de postes à créer, etc.) relèveront toujours de la loi, voire du pouvoir réglementaire de l'exécutif.

[13] De tous ces éléments, il ressort que la responsabilité pour le bon fonctionnement de la justice n'incombe donc pas seulement au CNJ, mais

aussi (et toujours) aux acteurs politiques. Il n'est pas exclu, et il est même souhaitable, que, dans la pratique, un dialogue s'établisse entre ces divers acteurs afin de coordonner leurs actions, comme on a pu le voir en Italie par exemple avec l'existence de comités mixtes entre le *Consiglio superiore della magistratura* et le ministère de la justice.<sup>4</sup> Bref, le CNJ sera un organe indépendant, mais il n'agira pas en vase clos. D'où aussi l'intérêt de prévoir des liens à l'instar de celui établi par l'article 26 de l'avant-projet (possibilité pour le CNJ de rendre d'*office* des avis à destination du ministère ou, cela devrait aussi être mentionné, à destination de la Chambre des députés) ou l'article 45. De même, la Chambre des députés gardera une compétence de s'informer sur le bon fonctionnement de la justice et, le cas échéant, de former une commission d'enquête (art. 64 Const.).

[14] En ce qui concerne les fonctions *incluses*, l'avant-projet opère un certain « cocktail », ce qui, en soi, comme déjà indiqué, est légitime eu égard aux diverses facettes de l'indépendance. Il y a lieu toutefois de réfléchir au dosage interne de ce cocktail, car celui-ci n'est pas sans impact sur diverses questions clés comme la composition du CNJ, le nombre de membres, la lourdeur des tâches, l'importance du support administratif, etc. A cet égard, ce qui ressort de l'avant-projet, est que la tâche de nomination et d'avancement des magistrats, alors même qu'elle est mise en avant dans le texte (cf. chapitre 2, sections 1 et 2), et qu'elle constitue la fonction clé de ce type d'organe (ainsi qu'il ressort des études de droit comparé des divers conseils supérieurs de la magistrature en Europe et dans le monde), elle est en quelque sorte reléguée, car externalisée par le biais d'une commission d'évaluation. Est opéré un processus de « *outsourcing* », qui est très critiquable (voir *infra*).

[15] A l'inverse, l'on peut s'interroger si la fonction de l'administration de la justice, celle de donner des impulsions en matière de gestion efficace de cet ensemble d'organes – fonction qui, dans le texte de l'avant-projet, n'est mentionnée qu'à la fin (chap. 2, section 6), n'est pas censée être une fonction primordiale de ce nouvel CNJ, ainsi que l'indique du reste le commentaire joint à l'avant-projet (p. 25). Cela expliquerait aussi un autre élément peu habituel dans les conseils supérieurs de la magistrature, à savoir la présence massive au sein du CNJ des chefs de juridiction et de parquet parmi les membres de droit et le nombre très réduit de magistrats élus par

4 Voir la réponse de l'Italie à l'enquête lancée en 2007 par le *Consultative Council of European Judges* (CCJE) au sein du Conseil de l'Europe, [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cjje/textes/Travaux10\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cjje/textes/Travaux10_en.asp) (last accessed 12 March 2014).

leurs pairs (1 sur 15). Les chefs de juridiction et de parquet seront présents ainsi à la fois dans le CNI, au sommet de la justice, et, localement, pour appliquer les simples « recommandations »<sup>5</sup> de gestion du CNI.

### 3. La question de la légitimité démocratique du CNI

[16] Puisque le CNI est chargé de pouvoirs importants, il faut que sa légitimité démocratique soit au-dessus de tout doute. Cf. art. 1 Const. [= art. 1 Nouv.C.] : « Le Grand-Duché de Luxembourg est un Etat démocratique (...) ».

[17] Organe nouveau dans le paysage institutionnel luxembourgeois, le CNI ne pourra se réclamer d'aucune tradition interne, d'aucun capital de confiance gagné au cours de l'histoire. Sa légitimité à construire, peut être envisagée d'un point de vue analytique sous six angles. Elle peut jaillir de six sources :

- a) des conditions même de sa *genèse* (il faudra consacrer le statut, les fonctions et la composition du CNI dans la nouvelle Constitution).
- b) de l'identité de l'*organe* qu'est le CNI: cela renvoie aux questions de sa composition (nomination initiale), aux règles d'incompatibilités et aux questions d'un contrôle sur cet organe (exclusion d'un membre,<sup>6</sup> voire dissolution de l'organe).<sup>7</sup>

5 Art. 20 al. 2 avant-projet.

6 Cette possibilité est prévue, à juste titre, par l'art. 39 al. 2 de l'avant-projet. Cette procédure est susceptible de soulever de délicats problèmes si jamais, ce que l'on n'espère point, une exclusion devrait être prononcée. Autant un non-magistrat sera, sans problème, remplacé par son suppléant (élu ou désigné séparément), autant l'exclusion frappant un magistrat membre de droit du CNI aboutira au résultat qu'un chef de juridiction ou de parquet jugé indigne de siéger en personne au CNI serait néanmoins autorisé à désigner son suppléant.

7 Autrefois, en droit italien, en cas d'empêchement de fonctionnement du CSM, le président de la République, après avis du président du Sénat, du président de la Chambre des députés et du bureau du CSM, pouvait dissoudre le Conseil supérieur de la magistrature (cf. la version originale de l'article 31 de la loi du 24 mars 1958, n°195; voir le texte sur: [http://archivio.rivistaic.it/materiali/arti\\_normativi/XIII/pdf/11958\\_00195.pdf](http://archivio.rivistaic.it/materiali/arti_normativi/XIII/pdf/11958_00195.pdf) (last accessed on 12 March 2014)). Ce mécanisme de contrôle est exceptionnel en droit comparé et il a été supprimé en droit italien par la loi du 13 juillet 1965, n°838. Même si on reprendrait en droit luxembourgeois un tel mécanisme,

- c) des *critères de fond* appliqués par le CNI (cf. les critères rationnels, objectifs, transparents définis en matière de recrutement);
- d) de la *procédure* suivie par et devant le CNI (on notera, à ce sujet, l'importance par exemple du principe du contradictoire dans le cadre des procédures d'évaluation et de discipline, etc.);
- e) de la possibilité d'une correction de tout « erreur » ou « abus » par la voie d'un *contrôle « externe »*. Un contrôle des actes du CNI est possible par la voie d'un contrôle juridictionnel (contrôle des règlements et contrôle des actes administratifs individuels).<sup>8</sup> Ce contrôle dit « externe » n'est toutefois pas externe à la justice. C'est un contrôle, au sein du pouvoir judiciaire, d'un organe de la justice (ici: CNI) par un autre organe de la justice (ici: les juridictions).
- f) *Légitimité outpur*, la légitimité générée par le résultat final produit (le fait que les juges sélectionnés par le CNI s'occupent de leurs fonctions de façon satisfaisante légitimera, en retour, le CNI).

## II. L'identité organique du CNI

[18] Où se situerait le futur CNI au sein de l'organigramme de l'Etat? Dans les débats, les opinions divergent parfois sur la position de ce type d'organe parmi les trois pouvoirs classiques de la séparation des pouvoirs: si les uns le rattachent à la justice, et en font un organe suprême ou représentatif, d'autres le situent entre les trois pouvoirs, comme une sorte de pouvoir *svi generis*. Sans entrer dans les détails de ce débat complexe, l'on peut conclure que le CNI est un organe qui se rattache principalement à la justice, et c'est

la dissolution de l'organe ne modifierait pas radicalement sa composition en l'état actuel de l'avant-projet, car, du fait de la présence massive de membres de droit (8 sur 15), la dissolution ne pourrait avoir un impact que sur l'identité de sept membres. Si un tel mécanisme était retenu, il faudrait à tout le moins l'entourer de précautions (ex. accord de la Chambre des députés à une majorité qualifiée, avis du Conseil d'Etat, etc.). Se poserait également la question du titulaire d'une telle prérogative (le Grand-duc, donc, de facto, le gouvernement). Pour toutes ces raisons, il est en vérité préférable de ne pas retenir un tel mécanisme.

8 Ce contrôle serait, en l'état actuel du droit administratif luxembourgeois, exercé par les juridictions administratives. En cas de création de la Cour suprême, celle-ci interviendrait en dernière instance. A noter qu'en France, les recours contre les actes du CSM relèvent directement du Conseil d'Etat qui statuera en première et dernière instance.

donc à bien escient que le constituant a prévu, en l'état actuel de la proposition n°6030, d'aborder la question du CNJ dans le chapitre 7 intitulé « De la justice », et non dans un chapitre séparé.

[19] Dans la Constitution, il y a lieu de consacrer: l'existence, les fonctions, la composition de l'organe et aussi le principe de l'indépendance de ses membres. Il va de soi que ses membres devront décider librement en âme et conscience, sans être soumis aux injonctions de personne (acteurs politiques, électeurs, syndicats, collègues, supérieurs, etc.). Sur ce point, on pourrait s'inspirer par exemple de la formulation retenue en France ou en *Rheinland-Pfalz*.

Art. 10-1 Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature:

Les membres du Conseil supérieur exercent leur mission dans le respect des exigences d'indépendance, d'impartialité, d'intégrité et de dignité. Ils veillent au respect de ces mêmes exigences par les personnes dont ils s'attachent les services dans l'exercice de leurs fonctions.

§ 15 Landesrichtergesetz (LRiG) Rheinland-Pfalz vom 22. Dezember 2003, à propos des membres du *Richterwahlausschuss*:

« Die Mitglieder sind bei der Wahrnehmung ihres Amtes unabhängig, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur dem Gesetz unterworfen, sie dürfen in der Ausübung ihrer Befugnisse nicht behindert und wegen ihrer Tätigkeit weder benachteiligt noch begünstigt werden.

[20] La liberté de vote de chaque membre pourra aussi être rappelée ou précisée dans le texte de la loi, au niveau de l'article 37 (sous forme d'un alinéa 3). Une telle disposition serait utile, et importante, pour contrebalancer la référence, quelque peu obscur, à la nécessaire « fidélité au Grand-duc ». <sup>9</sup> Le serment à jurer par les membres du CNJ (art. 37 al. 1 avant-projet) devrait inclure le mot « indépendance » (« Je promets de remplir mes fonctions en toute indépendance, avec intégrité, exactitude et impartialité »). Faut-il aller plus loin et même reconnaître une indépendance organique à l'organe CNJ? C'est l'option la plus communément retenue (cf. l'absence d'une procédure de dissolution des divers conseils supérieurs de justice).

[21] Mais, si le CNJ se rattache à la justice, il n'en découle pas que cet organe, que l'on pourra même qualifier « d'organe représentatif du pouvoir

judiciaire », devra, nécessairement, être composé exclusivement de juges. La justice n'est pas seulement l'affaire des juges.

### 1. *Le point de départ: la justice émane du peuple*

[22] Dans une démocratie, et même dans un Etat de droit démocratique (sur ce point, il n'y a aucune nuance, que l'on utilise le premier terme synthétique ou le second), tous les pouvoirs émanent du peuple, y inclus le pouvoir judiciaire. Celui-ci n'émane ni du Grand-duc, ni des juges eux-mêmes, ni d'aucune autre instance. Ce point doit être précisé de prime abord, car les idées sur ce point sont parfois ambiguës. Or ce point est crucial car il doit servir d'orientation théorique sur la question de la composition du CNJ.

[23] Pour ce qui est du Grand-duc: il n'est plus *fons iustitiae*, la fontaine de toute justice, comme c'était d'antan le cas sous le régime de la monarchie absolue et encore, en partie, sous la monarchie constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle (en matière administrative, par rapport au Conseil d'Etat, le principe de la justice retenue n'a été aboli au Luxembourg qu'en 1939). A l'heure actuelle, il subsiste toujours un vestige apparent de cette vieille idée puisque les juges sont nommés par le Grand-duc et, selon l'article 49 Const., la justice est rendue au nom du Grand-duc. Cette scorie de l'art. 49 n'a plus sa place dans un système moderne de séparation des pouvoirs et elle a d'ailleurs été supprimée dans le cadre de la refonte de la Constitution. La NouvC. abroge implicitement l'actuel article 49, sans toutefois le remplacer par une autre formule, ce qui laisse du coup un vide, ce qui est très regrettable. Au nom de qui est censée être rendue la justice?

[24] La justice ne saurait être rendue par les juges en leur propre nom. Ils ne sont pas, au sens strict, les titulaires de ce pouvoir, ils ne font que l'exercer. Sans quoi, si on adoptait ce principe, il faudrait en déduire que, en toute rigueur, seuls les juges en place sont légitimes pour désigner les futurs juges. La composition du CNJ devrait se faire, à 100 %, par voie de coopération au sein de la justice.

[25] Dans d'autres pays, républicains, la justice est rendue « au nom du peuple », « au nom de la loi », voire « au nom de la République » (i.e. de l'Etat). La dernière formule peut être écartée car elle ne répond pas à la question: le juge dit qu'il rend une décision, non pas en son nom propre, mais en tant qu'organe de l'Etat. Un organe d'Etat proclame qu'il est organe d'Etat. Or la question sous-jacente à la formule « la justice est rendue au nom de X » creuse plus profondément. Elle pointe vers la source de légitimité

9 Voir le commentaire sous l'article 37.

de la justice. A ce titre, on en arrive à ce sujet symbolique fondateur qu'est le peuple. Son rôle « fondateur » peut-être appréhendé sous au moins quatre angles:

- La justice est rendue, dans un cas d'espèce, par application de règles générales. Elle est rendue conformément à la loi, aux diverses règles du droit. Or, dans une démocratie, ces règles sont posées par le peuple ou, du moins, par ses représentants.
- Rendre justice n'est pas un acte mécanique de pure application des textes et d'un savoir technique, spécialisé. Il y va aussi de valeurs, valeurs qui interviennent, par exemple, dans l'opération d'interprétation du sens de ces textes, surtout lorsqu'il s'agit des textes suprêmes de l'ordre juridique à contenu vague. Or, là aussi, le juge est censé faire valoir non pas ses propres valeurs, mais celles du peuple, l'idéal du juste présent au sein du peuple.<sup>10</sup>
- La justice est rendue par des personnes issues du peuple. Cf. à l'étranger le système des jurys, des « *Laienrichter / lay judges* » ou, au Luxembourg, l'exigence de la nationalité imposée à tout candidat pour un poste de magistrat professionnel.
- La justice est rendue pour le peuple: la fonction de pacification des relations sociales qui incombe aux juges doit servir à la société. Il est donc logique à ce que la justice doive se justifier et s'expliquer vis-à-vis du peuple, que ce soit sur le fond des décisions prises (cf. l'exigence de motivation des décisions) ou sur la gestion administrative de sa fonction (les doléances doivent trouver un interlocuteur, les abus doivent pouvoir être corrigés voire sanctionnés).

[26] En quelque sorte, l'on pourrait essayer de résumer cette construction complexe de légitimation par la formule suivante, nécessairement imparfaite: « La justice est rendue au nom du peuple, conformément à la loi ». On peut citer aussi l'article 101 de la Constitution italienne de 1947: « La justice est rendue au nom du peuple. Les juges ne sont soumis qu'à la loi. »

10 G. Timsit, Gouverner ou juger: blasons de la légalité (1995); G. Timsit, Les figures du jugement (1993).

## 2. Le choix de l'ouverture opérée par l'avant-projet

[27] L'idée que la justice émane du peuple invite à ne pas limiter la composition du CNJ aux seuls magistrats. En plaçant une telle ouverture, l'on n'est point obligé de dénoncer le corps des magistrats comme une corporation fermée sur elle-même. Les juges professionnels jouissent d'une certaine légitimité démocratique. Ils exercent des fonctions selon la Constitution et la loi, ils sont issus du peuple, ils ont été recrutés selon le critère démocratique de la méritocratie (concours, après des études de droit). En ce sens, leur présence confère déjà une certaine légitimité démocratique au CNJ. Mais, il est préférable de renforcer celle-ci par la présence de non-magistrats.

[28] La justice n'est pas seulement l'affaire des juges. Il y a d'autres juristes, spécialistes eux-aussi du droit et de la justice (avocats, professeurs de droit). Il y a aussi la voix des citoyens ordinaires, non-juristes, ceux qui sont de potentiels justiciables, et qui, de l'extérieur, peuvent rappeler aussi à la justice son nécessaire lien avec les valeurs du peuple, en premier lieu, sur le fond, l'idéal du juste et, sur la forme, l'idéal d'un service public rendu avec célérité, efficacité et humanité. Le CNJ est censé recevoir les doléances de ces citoyens. Pour que ceux-ci aient le plus de confiance dans le CNJ et, donc, dans la justice luxembourgeoise dont le CNJ peut être considéré à la fois comme le représentant (la vitrine) et le contrôleur, il faut s'assurer du lien entre le CNJ et les gens ordinaires. De même qu'il faut éviter, dans une démocratie, l'image désastreuse que les députés ne soient issus d'une même « caste », d'un même groupe social fermé, il faut éviter l'image que le CNJ reste entre les mains de la « corporation » des juges, pour employer les termes d'une certaine vulgate. Le CNJ se doit d'être *le lien* entre la justice et le peuple. Imaginons, par exemple, le gain de légitimité démocratique que pourrait constituer, pour le CNJ, la présence de tel ténor populaire du barreau! Voilà un acteur qui à la fois maîtrise les arcanes souvent impénétrables pour le commun mortel de la technique du droit et de la justice et, d'autre part, se voit investi des espoirs et attentes du justiciable.

[29] Aussi, l'option retenue par l'article 31 de l'avant-projet de loi d'ouvrir la composition du CNJ à la société (en bref: 10 magistrats et 5 non-magistrats, sur un total de 15) et de ne pas y faire figurer exclusivement des magistrats professionnels ne peut qu'être saluée.

[30] Jusqu'où faut-il « ouvrir »? Faut-il mettre surtout des magistrats et peu de non-magistrats? Ou faut-il, au contraire, accorder la moitié des sièges à des non-magistrats? Sur ce point, les avis divergent, ainsi qu'en témoigne le droit comparé, et la science juridique ne peut pas livrer « la » solution.

L'avant-projet a retenu un certain dosage: sur les 15 membres, 10 membres sont des magistrats, 5 sont des non-magistrats dont 2 ou 3 seraient des juristes (les deux avocats, le représentant du monde académique est, potentiellement, un professeur de droit). Deux (voire trois) membres du CNJ pourraient être des non-juristes car l'article 34 de l'avant-projet exige soit une « connaissance adéquate du système judiciaire national », soit « une expérience professionnelle utile ».

### 3. Une ouverture escamotée par la suite

[31] Affichée, afin de susciter la confiance des citoyens, l'ouverture est pourtant escamotée dans le détail de la réglementation, les non-magistrats étant progressivement évincés du cœur du travail du CNJ. Une telle relégation est fortement critiquable.

[32] D'abord, il faut noter qu'en matière de nomination des futurs membres de la justice, l'essentiel du travail n'est pas fait par le CNI, mais par une « commission d'évaluation » (art. 7 et 8), qui, elle, ne comporte que des magistrats. Celui qui juge aurait-il peur d'être jugé par autrui? Pourtant, loin d'être un apanage des juges, la justice est un service public, c'est un service rendu aux citoyens. C'est pour eux qu'existe la justice. Comment pourrait-on expliquer aux citoyens ordinaires que tel ténor du barreau siège certes au CNJ, mais qu'il n'est nullement qualifié pour évaluer le travail des juges, que ce soit dans le cadre d'une nomination ou d'une procédure de discipline (cf. l'article 47)? C'est aussi faire peu de cas du professeur d'université et des deux représentants de la société civile qui seraient donc, tout au plus, « utiles » pour faire la promotion et la défense de la justice auprès du public... Une telle rétrogradation risque, en vérité, d'être contraire au principe d'égalité (art. 10bis Const.). Car, la loi a décidé de créer, au profit de certains citoyens luxembourgeois, un nouveau droit politique, celui de participer à ce pouvoir qu'est le pouvoir judiciaire. Toute exclusion ou, en l'espèce, modulation de la participation doit se justifier à l'aune du principe d'égalité et du principe de proportionnalité. Or, pour ces 5 citoyens non-magistrats, la soi-disant *participation* est réduite à de la *figuration*.

[33] A noter également: selon l'art. 8 al. 2, « aucun membre [pas même les magistrats] du CNJ ne peut faire partie de la commission ». Une telle disposition paraît pour le moins curieuse: car comment le CNJ peut-il être considéré comme étant l'instance qui, *en réalité, pour l'essentiel*, désigne les futurs magistrats si le CNJ lui-même ne fait pas le travail (chronophage,

cela va sans dire) d'éplucher les dossiers de candidatures ou de faire l'évaluation ponctuelle de magistrats en-dehors de toute procédure de nomination (cf. art. 7 al. 2 avant-projet)? A quoi sert-il d'organiser des élections, au sein des magistrats (art. 33), si, en réalité, les élus ne doivent pas s'occuper de ce qui est, quand même, l'essentiel de la fonction d'un tel organe représentatif de la justice à savoir la sélection des futurs juges?<sup>11</sup> A l'instar de poupées russes, l'avant-projet opère un double déplacement de la réalité du pouvoir: le Grand-duc, certes, nomme les juges, mais n'est pas censé intervenir dans le recrutement pris en charge par le CNJ; le CNI, certes, est l'organe qui propose telle candidature à la signature du Grand-duc, mais, en vérité, il s'appuie sur une « commission d'évaluation », externe, qui, elle, évalue. Or, celle-ci ne comporte plus que des magistrats, dont aucun magistrat du CNJ. L'opinion publique ne risque-t-elle pas de réduire le CNJ à une coquille vide?

[34] A cet évincement des non-magistrats dans leur globalité, s'ajoute, dans l'article 47, une exclusion frappant spécifiquement les avocats. Voilà qui froie l'ostracisme! N'est-ce pas saborder l'image de légitimité du CNJ si, d'un côté, on admet deux avocats en son sein (nombre qui, de surcroît, ne peut être augmenté par le biais des nominations des autres non-magistrats: cf. art. 35 al. 2) et que, de l'autre, on les exclut du pouvoir de décision au sein du CNJ? C'est bien maltraiter des acteurs clé du système juridique. Un avocat serait-il incapable d'évaluer les qualités d'un juge/d'un futur juge? Pourtant, l'avocat a l'avantage de connaître sur le terrain le travail d'un juge qui cherche un avancement. Une telle exclusion risque, comme déjà indiqué, de contredire le principe d'égalité et le principe de proportionnalité.

[35] Une telle forme de rétrogradation ne se rencontre dans aucun système étranger, parmi les démocraties occidentales. Faut-il rappeler qu'en Angleterre, les juges étaient traditionnellement nommés parmi les candidats sélectionnés par le barreau au sein du barreau? Qu'aux Etats-Unis, l'avis de la *American Bar Association* a un poids important dans la nomination des juges fédéraux, particulièrement lors des débats de confirmation devant le Sénat,<sup>12</sup> et qu'il est tout à fait usuel que les barreaux locaux évaluent, dans

11 Toutes les recommandations du Conseil de l'Europe ou du *European Network of Councils for the Judiciary* (ENCI) vont dans ce sens.

12 [http://www.americanbar.org/groups/committees/federal\\_judiciary/ratings.html](http://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings.html) (last accessed on 12 March 2014).



des études publiées par eux, le travail effectué par les juges de leur ressort.<sup>13</sup> En France, le Conseil national des barreaux désigne un avocat au sein du Conseil supérieur de la magistrature. Celui-ci siège avec les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres, que ce soit en matière de nomination, d'avancement, de définition des règles déontologiques ou de discipline.<sup>14</sup> En Belgique, le Conseil supérieur de la justice est composé de 44 membres, dont 22 non-magistrats parmi lesquels figurent 8 avocats. Ces avocats siègent au Conseil en tant que membres à plein droit.<sup>15</sup> En Italie, les non-magistrats (les « *laici* ») au sein du *Consiglio superiore de la magistratura*, forment un tiers des membres élus du Conseil (8 sur 24) et sont soit des professeurs de droit, soit des avocats ayant quinze ans d'exercice professionnel.<sup>16</sup> Chacun d'eux a le droit de vote. Le droit italien (art. 4 loi 195/1958) précise même qu'en matière de discipline, la section disciplinaire (*sezione disciplinare*) du Conseil doit comporter six membres titulaires dont deux sont des « *laici* » (le vice-président du CSM, qui préside aussi la section disciplinaire, et un autre membre élu par le parlement) et quatre suppléants dont un « *laico* ». En Allemagne, d'habitude, les diverses procédures de

13 Voir, par ex, pour l'États de l'Illinois: <http://www.isba.org/judicial/evaluations> (last accessed on 12 March 2014). Pour d'autres circonscriptions judiciaires, cf. par ex <http://www.kcba.org/judicial/surveys/surveys.aspx> (last accessed on 12 March 2014).

14 Art. 65 Const. 1958; art. 5-1 Loi organique n°94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature telle que modifiée par la suite. Pour une version consolidée, cf. <http://www.legifrance.gouv.fr> (last accessed on 12 March 2014).

15 Cf. Art. 151 Const. et art. 259bis-1 du Code judiciaire. Pour les textes, cf. <http://www.osj.be/fr/content/lois-et-reglements> (last accessed on 12 March 2014).

16 L'organisation du CSM italien est régie par la Constitution (art. 104) et par la loi du 24 mars 1958, n°195, telle que modifiée par la loi n°695 de 1975 et la loi n°44 de 2002. Le texte consolidé de la loi 195/1958 peut être consulté sur le site: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:statto:legge:1958-03-24:1951vig> (last accessed on 12 March 2014). A ces normes s'ajoute encore le décret n°916 du 16 septembre 1958. À l'heure actuelle, depuis les modifications introduites par la loi 44/2002, le Conseil est composé de trois membres de droit et de 24 membres élus. Les membres de droit sont le président de la République qui est aussi, formellement, le président du CSM (en réalité, cette fonction est assurée par le vice-président qui doit être choisi parmi les non-magistrats), le président de la Cour de cassation et le procureur général auprès de la Cour de cassation. Sur les 24 membres élus, 16 sont des magistrats élus par leurs pairs, 8 sont des « *laici* », des non-magistrats élus par le parlement en session jointe des deux chambres, à la majorité renforcée des 3/5 des membres (lors des deux premiers tours de vote) ou de la majorité des 3/5 des suffrages exprimés (lors des tours de vote ultérieurs).

nomination des juges, que ce soit au niveau fédéral ou fédéré, ne font pas intervenir les avocats. Mais, lorsqu'un avocat siège dans un *Richterwahlausschuss*, comme c'est le cas par exemple en Rheinland-Pfalz, il va de soi qu'il dispose des mêmes droits et pouvoirs que les magistrats membres de cette commission de sélection.<sup>17</sup>

[36] C'est dire que, du point de vue du droit comparé, le choix de l'avant-projet de faire figurer des avocats dans le CNJ, sans leur accorder le droit de vote en matière de nomination, d'avancement et d'évaluation des juges, ne connaît aucun précédent dans les démocraties occidentales. En droit comparé, soit les avocats siègent dans ce type d'organe (et dans ce cas, ils sont membres à plein titre), soit ils n'y siègent pas du tout (c'est le cas, souvent, en Allemagne). Il n'y a pas un entre-deux bancal.

[37] Au reste, si les deux avocats, au sein du CNJ, devaient se faire le vecteur d'un certain « populisme » (menace qui reste à vérifier), ils ne pourraient à eux seuls pousser une candidature d'un candidat également imposer, à l'égard des avocats, une durée minimum d'activité professionnelle, comme c'est le cas en Italie (15 ans), mais, à la limite, on imagine mal que le barreau puisse envoyer au CNJ un avocat fraîchement assermenté.

#### 4. Les modalités d'ouverture concernant les représentants du monde académique et de la société civile

[38] Parmi les cinq non-magistrats, figure un « représentant du monde académique » désigné par le Conseil de gouvernance de l'Université du Luxembourg. Au niveau du choix de cette personne, l'avant-projet a retenu, à

17 Cf. § 15 Landesrichtergesetz (LRiG) Rheinland-Pfalz vom 22. Dezember 2003: « Stimmberechtigte Mitglieder des Richterwahlausschusses sind 1. acht Abgeordnete des Landtags, 2. eine Richterin oder ein Richter aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit als ständiges Mitglied, 3. eine Richterin oder ein Richter des Gerichtszweigs, für den die Wahl stattfindet, 4. eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt. Nicht stimmberechtigtes Mitglied ist die oder der für die Angelegenheiten der Rechtspflege zuständige Ministerin oder Minister als vorsitzendes Mitglied. » Le texte intégral de la loi peut être consulté sur le site: [http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/14/page/bsrtpprod.psnl?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js\\_peid=1&trefferliste&documentnummer=1&numberefults=1&fromdoco-doc=yes&doc.id=jlr-RiGRP2004rahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#focuspoint](http://landesrecht.rlp.de/jportal/portal/t/14/page/bsrtpprod.psnl?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=1&trefferliste&documentnummer=1&numberefults=1&fromdoco-doc=yes&doc.id=jlr-RiGRP2004rahmen&doc.part=X&doc.price=0.0#focuspoint) (last accessed on 12 March 2014).

bon escient, eu égard au nombre réduit d'universitaires de nationalité luxembourgeoise à l'Université du Luxembourg, une formulation très souple. Ce « représentant », si, à première vue, il doit bien être professeur ou enseignant-chercheur (il doit être issu du « monde académique »), ne doit pas forcément être professeur de droit ou être professeur à l'Université de Luxembourg. L'article 35 al. 2 exclut toutefois la possibilité de désigner un professeur qui, dans le passé, a été avocat ou magistrat (au Luxembourg, voire à l'étranger<sup>17</sup>) ou qui l'est toujours. Une telle restriction paraît peu proportionnelle. Un professeur luxembourgeois qui, à l'étranger, au début de sa carrière, aurait exercé en parallèle, ne serait-ce que pour une courte période, le métier d'avocat devrait-il être exclu? Dans beaucoup de pays, le fait pour un professeur d'être aussi impliqué dans la pratique, que ce soit celle d'avocat ou de magistrat, est considéré comme un avantage, voire une nécessité, afin que sa recherche et son enseignement puissent se nourrir de la pratique la plus récente.

[39] Quant aux *deux représentants de la société civile*, se pose la question complexe des modalités de leur désignation. L'avant-projet de loi retient le choix de la coopération par le CNJ, une solution qui présente plus de désavantages que d'avantages. Les avantages de cette méthode ne sont pas, à vrai dire, connus. En revanche, il n'est pas difficile d'en entrevoir les inconvénients. Les membres du CNJ étant forcément amenés à « recruter » des candidats dans leur milieu et/ou dans leur entourage social, la coopération est la pire solution pour poursuivre l'objectif, officiel, de l'ouverture et de la diversification de la composition du CNJ. L'autorité sociale du président de la Cour suprême, parmi les autres magistrats, risquera de faire le jeu inévitablement des candidats soumis par lui. Un tel procédé de coopération risquera aussi de créer un lien de subordination, ou du moins de déférence, du candidat coopté envers celui qui a patronné sa candidature. Enfin, la coopération risquera dans l'opinion publique de susciter des images délétères d'un « marché interne » ou d'un « copinage ». Toute solution autre que la coopération est donc à privilégier.

[40] L'option de faire désigner ces représentants parmi des associations (à l'instar des deux représentants des associations de patients, présents dans le Comité chargé du suivi et de l'évaluation de la loi sur l'euthanasie) paraît exclue, faute d'associations pertinentes « d'usagers de la justice ».

[41] Il y a, en revanche, la possibilité de faire désigner ces deux représentants par la Chambre des députés, qui jouit d'une légitimité indéniable pour le faire. En Belgique, tous les non-magistrats (22 sur 44) sont élus, suite à un appel à candidatures, par le Sénat à la majorité des deux tiers des suffrages

exprimés. En Italie, les « laici » sont désignés, à une majorité qualifiée, par les deux chambres du parlement. En France, le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat nomment, chacun, deux personnalités extérieures au Conseil supérieur de la magistrature; ces candidats doivent être confirmés par une commission parlementaire, suite à une audition. Au Portugal, outre les sept magistrats élus par leurs pairs, deux personnalités extérieures sont désignées par le président de la République et sept autres sont élues par le parlement. En Allemagne, c'est le parlement fédéral qui, à la majorité renforcée des 2/3, désigne les membres du *Bundesverfassungsgericht*, ce qui, là encore, atteste d'un lien organique entre le parlement et la justice. L'exigence d'une majorité renforcée (ex. 2/3, 3/4) obligerait la Chambre des députés à rechercher un large consensus. Les règles d'incompatibilité (art. 35 avant-projet) assureraient du reste que ces personnes sont issues de la « société civile » plutôt que du monde politique *stricto sensu*.

[42] Dans certaines instances, la légitimité du parlement à désigner des membres du conseil supérieur de la justice est contestée. Ainsi, dans son rapport Councils for the Judiciary Report 2010-2011, le Réseau européen des Conseils de la Justice (RECD) / European Network of Councils for the Judiciary (ENCJ), écrit:

« In these circumstances the mechanism for appointing judicial members of a Council must be a system which excludes any executive or legislative interference and the election of judges should be solely by their peers and be on the basis of a wide representation of the relevant sectors of the judiciary ».<sup>18</sup>

Ce même rapport prône également d'ouvrir ce type de conseil à des personnalités extérieures, sans toutefois aborder la question de leur désignation.<sup>19</sup> En France, l'actuel gouvernement prépare une réforme du CSM afin de faire désigner les personnalités extérieures par un « collège indépendant » composé du vice-président du Conseil d'Etat, du premier président de la Cour des comptes, du président du Conseil économique, social et environnemental, du Défenseur des droits, du président de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et d'un professeur d'université.<sup>20</sup> Mais, à cette tendance hostile à l'intervention du parlement, l'on pourrait opposer

<sup>18</sup> Point 2.3, page 5 du rapport. Il est disponible sur internet: [http://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report\\_project\\_team\\_councils\\_for\\_the\\_judiciary\\_2010\\_2011.pdf](http://www.encj.eu/images/stories/pdf/workinggroups/report_project_team_councils_for_the_judiciary_2010_2011.pdf) (last accessed on 12 March 2014).

<sup>19</sup> Voir *ibid.*, 5, point 2.4.

<sup>20</sup> *Le Monde*, 26 janvier 2013.

les multiples exemples cités précédemment. En Allemagne, nul ne conteste ni la légitimité du parlement fédéral à désigner les juges de la Cour de Karlsruhe, ni la qualité des juges ainsi désignés. Sur ce point, il faut regarder le contexte local pour voir si la confiance dans le parlement est intacte et méritée.

[43] A titre alternatif, il y aurait également une dernière solution, plus audacieuse en matière démocratique, qui est le tirage au sort parmi des citoyens volontaires. Si l'on veut, véritablement, la présence de deux citoyens ordinaires, la méthode la plus démocratique serait d'inviter tous les citoyens intéressés à s'inscrire sur une liste de candidature. Le choix pourrait être fait par tirage au sort, ce qui est la méthode utilisée en France pour la désignation des jurés des cours d'assises. C'était aussi déjà la méthode utilisée à Athènes, à l'époque de la Grèce antique.

### III. Le pouvoir réglementaire du Conseil national de la justice

#### 1. Diversité des actes et diversité des régimes juridiques à prévoir

[44] Le Conseil national de la justice sera amené à produire une pluralité de types d'actes, ce dernier terme étant pris au sens large. Il y a lieu de différencier ces différents types d'actes car, en fonction de sa nature, chacun devra suivre un régime spécifique (en matière de publicité ou de confidentialité, de motivation, de respect de la procédure du contradictoire, de régime contentieux, etc.). C'est ce que méconnaît, par exemple, l'article 49 de l'avant-projet en ce qu'il impose une obligation de « motivation, en droit et en fait », à tous « les actes du Conseil national de la justice », sans distinction. Or, si une telle motivation se justifie, bien évidemment, pour des rapports, avis et pour des actes administratifs individuels, elle ne vaut pas à l'égard d'un acte de nature réglementaire.

[45] Voici les différents types d'actes que l'on peut distinguer :

- Des messages de communication et documents d'information (art. 29, 30 avant-projet).
- Des rapports d'activités (art. 28 avant-projet), des avis sur des lois ou règlements grand-ducaux (art. 26), des avis sur les demandes de financement (art. 27). Ces actes n'ont pas de valeur normative. Leur régime juridique, du point de vue contentieux, ne pose pas de problèmes particuliers. En revanche, comme déjà indiqué, le poids politique de ces avis

devrait être élevé eu égard au risque de dilution de toute responsabilité dans un tel système complexe d'imbrication des compétences.<sup>21</sup>

- Des « conseils » à destination d'un juge individuel en matière d'éthique (art. 12) et des « recommandations » à destination des juridictions en matière de gestion (art. 20). N'étant que des conseils et recommandations, ces actes n'ont pas, en principe, de valeur normative. Le destinataire garde, en principe, sa liberté d'action. En matière d'éthique, leur non observation risquera toutefois d'être considérée par le CNI et par la juridiction disciplinaire compétente comme une faute disciplinaire. Dans le cadre des recommandations de gestion, il est possible que, en pratique, l'autorité de ces recommandations soit plus élevée que celle d'une simple recommandation: *a priori*, les chefs de juridiction et de parquet présents au sein du CNJ seront naturellement enclins à relayer et à appliquer localement ces recommandations; quant aux chefs de juridiction et de parquet non présents au sein du CNJ (exemple: la justice de paix), un refus de leur part de mettre en œuvre ces « recommandations » pourrait leur valoir, par la suite, une mauvaise évaluation en cas de demande d'avancement.
- Des normes générales et impersonnelles sous forme de « règlements » (art. 2, 3, 10, 11, 18, 50) qui doivent à juste titre être publiées au Mémorial A (art. 51 avant-projet).
- Des « propositions de nomination » (art. 4 al. 1 et 2): ces actes sont, certes, nominalement, de simples « propositions » soumises à la signature du Grand-duc, mais eu égard au fait que la compétence du chef d'Etat est liée, cette « proposition » constitue la véritable décision de nomination.
- Une liste de rang de tous les magistrats (art. 4 al. 4).
- Des rapports d'évaluation individuelle et des programmes de suivi (art. 7, art. 8, art. 9)
- Des rapports d'instruction en matière disciplinaire, visant une personne précise (art. 14), des actes déclenchant une procédure judiciaire en matière disciplinaire (art. 9 al. 2, art. 25 al. 3) ou, à l'inverse, des décisions de classement (art. 15).

<sup>21</sup> Dans son rapport Councils for the Judiciary Report 2010-2011 (p. 12, point 3.1.8), le Réseau européen des Conseils de la justice / European Network of Councils for the Judiciary propose par ex. que les pouvoirs exécutif et législatif demandant ces avis à une phase suffisamment précoce de la réflexion afin que l'avis puisse éclairer utilement, en amont, l'action des deux pouvoirs.

- Des enquêtes sur le fonctionnement et les éventuels dysfonctionnements de la justice (art. 19 avant-projet). Ces enquêtes, qui ne visent pas une personne précise (à l'inverse de l'art. 14, où la confidentialité est justifiée), seraient-elles, en partie/en totalité, rendues publiques? La société aurait un intérêt légitime à disposer de ces informations. Comment la Chambre pourrait-elle légiférer en matière de justice sans ces informations?

## 2. La question particulière du pouvoir réglementaire du CNJ

[46] Afin que le CNJ puisse assurer ses diverses missions, le projet, en ses articles 2, 3, 10, 11, 18 et 50, attribue un pouvoir réglementaire au CNJ. Une telle attribution est cohérente par rapport à la volonté de rendre le pouvoir judiciaire plus indépendant et, surtout, plus autonome. Cela va dans le sens d'un Etat de droit renforcé et rénové.

[47] Mais, cela exige, en retour, que cette instance dispose d'une légitimité démocratique forte (voir *supra*).

[48] L'attribution d'un tel pouvoir réglementaire implique aussi une *révision de la Constitution*. Pour l'instant, le texte de la NouvC s'inscrit encore dans la logique classique selon laquelle l'édiction des règlements relatifs aux lois portant sur la justice fait partie de la compétence générale d'exécution des lois attribuée au pouvoir exécutif (Grand-duc et/ou gouvernement; cf. art. 50 al. 1 NouvC).

[49] Il est nécessaire d'introduire dans le projet de la NouvC (dans la partie relative à la justice/ au CNJ) une disposition fondant le pouvoir réglementaire du CNJ. Proposition d'une telle disposition:

Le Conseil national de la justice prend les règlements d'exécution des lois relatifs à la justice. Il adopte son règlement intérieur.

Formulation plus précise comportant une liste de matières:

Le Conseil national de la justice prend les règlements d'exécution des lois en matière de recrutement des juges et membres du ministère public, de formation initiale et continue des magistrats et attachés de justice, d'évaluation des magistrats et attachés de justice, de déontologie et d'éthique judiciaire, et d'administration de la justice. Il adopte son règlement intérieur.

[50] Il y aura lieu de passer en revue les diverses matières touchant à la justice afin de définir avec précision la frontière entre le pouvoir réglementaire de droit commun (Grand-duc / gouvernement) et celui du CNJ.

[51] Il y a lieu aussi de réfléchir si, en cas de « crise internationale » (art. 50 al. 4 NouvC = art. 32 al. 4 Const.), le Grand-duc pourra prendre des règlements exceptionnels en matière de justice, au détriment de la compétence ordinaire du CNJ. La question n'est pas futile: en France les pouvoirs exceptionnels confiés par l'article 16 de la Constitution au président de la République ont servi aussi, lors de son unique utilisation en 1962, à agir en matière de justice et à établir des juridictions d'exception. Eu égard à l'idéal de l'Etat de droit, une telle pratique est hautement contestable. Il aurait donc lieu, dans la nouvelle Constitution, à protéger la justice contre des empiètements. Proposition d'une telle limite à insérer à la fin de l'art. 50 al. 4 NouvC:<sup>22</sup>

« Ces règlements ne peuvent porter atteinte à l'indépendance de la justice ».

Plus explicite/plus strict encore:

« Ces règlements ne peuvent déroger à la législation et à la réglementation relatives à la justice ».

## IV. La nouvelle procédure de nomination des membres du pouvoir judiciaire

[52] L'article 4 pose le principe que tous les membres du pouvoir judiciaire (juges et membres du parquet) sont sélectionnés et recrutés, *en réalité*, par le CNJ.

[53] Une telle coupure avec la pratique actuelle où la nomination relève de l'exécutif, ne peut qu'être saluée. C'est un renforcement de l'Etat de droit. Afin que le droit règne et que justice soit rendue, il faut que les personnes investies de cette mission délicate attestent des qualités indispensables: non seulement ils doivent avoir les connaissances nécessaires en droit, mais ils doivent aussi, en fonction des missions variées à remplir, faire preuve de certaines qualités humaines, morales et psychologiques et, surtout, pour les postes de direction, avoir un sens de la gestion d'une institution et de motivation d'une équipe de personnes.

[54] La procédure de nomination que propose l'article 4 fait intervenir en dernier lieu, pour l'acte de nomination formel, le Grand-duc, dont l'acte

<sup>22</sup> Ces deux propositions vont au-delà de la (faible) protection qu'assure pour l'instant l'art. 86 Const. à l'égard des pouvoirs exceptionnels du Grand-duc. Dans la NouvC, la protection est encore plus faible: cf. art. 95 NouvC.

serait contresigné non plus par un ministre responsable devant le parlement, comme c'est la pratique actuelle, mais par le président du CNI. Trois observations peuvent être faites à propos de cet article 4 :

### 1. *A qui attribuer le pouvoir formel de nomination des magistrats?*

[55] Ne serait-il pas approprié de confier le pouvoir formel de nomination des juges et des membres du parquet non pas au Grand-duc, mais au président du Conseil national de justice?

[56] L'un des objectifs majeurs de la refonte de la Constitution est de repenser la place du Grand-duc au sein de l'organisation de l'Etat. Alors qu'autrefois, sous la monarchie absolue, le monarque détenait la totalité des pouvoirs, y compris le pouvoir de juger, le modèle de la monarchie constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle va opérer une relégation du monarque en ce que ce dernier n'est plus le tout. Il reste toutefois une « clé de voûte » : il fait le lien avec *tous* les pouvoirs dans lesquels il « intervient », selon des modalités variées. Pour ce qui est du pouvoir législatif, il en fait partie du fait de son pouvoir d'initiative et de sanction. Chaque député devait également jurer « fidélité au Grand-duc ». Pour ce qui est du pouvoir exécutif, le Grand-duc était, initialement, investi tout seul de ce pouvoir, quitte à y associer des ministres et des fonctionnaires nommés et révoqués par lui. Pour ce qui est du pouvoir judiciaire, il nommait et, dans certains cas, il pouvait révoquer des juges du siège (à l'instar des membres du Conseil d'Etat, juges en matière administrative) qui, en son nom, rendaient justice. Il avait un pouvoir hiérarchique à l'égard du parquet, considéré comme une partie de l'administration. Il avait également le droit de grâce.

[57] L'actuelle refonte n'entend pas enlever toute prérogative simplement formelle, nominale, au Grand-duc, comme c'est le cas en Suède et, en partie, au Japon. Elle entend toutefois dépasser le modèle antérieur du XIX<sup>e</sup> siècle. Elle vise à reléguer le rôle du Grand-duc *principalement au domaine du pouvoir exécutif*. Cf. art. 47 NouvC: « Il [Grand-Duc] exerce le pouvoir exécutif dans les limites prévues par la Constitution et les lois ». A l'inverse, le pouvoir législatif est désormais presque entièrement (sous la seule réserve du droit d'initiative) entre les mains de la Chambre des députés. Cf. art. 62 NouvC: « La Chambre des députés représente la Nation [...] Elle exerce le pouvoir législatif ».

[58] Or qu'en est-il du troisième grand pouvoir, la justice? Selon une logique de séparation des pouvoirs qui évoque le modèle des Etats-Unis (art.

III, section 1 Const. 1787), mais aussi l'article 92 du *Grundgesetz*, l'article 92 de la proposition n°6030 attribue le pouvoir judiciaire non pas au Grand-Duc, mais aux magistrats (ceux du siège et même ceux du parquet). Article 92 NouvC: « Le pouvoir judiciaire est exercé par les juridictions, qui comprennent les juges et les représentants du ministère public ».

[59] Si le constituant et le législateur veulent être cohérents par rapport à cette logique de recentrage du rôle du chef d'Etat principalement au domaine de l'exécutif, il serait logique de couper même ce lien formel qu'est la nomination des magistrats par le Grand-duc. Un tel pas aurait un triple avantage:

- Celui de la cohérence.
- Celui de la clarté: l'objectif de la réforme est de donner le véritable pouvoir de nomination au CNI. Si tel est l'objectif, pourquoi passer par l'intermédiaire du Grand-duc? Pourquoi ne pas attribuer à l'organe qui est censé détenir le pouvoir *réel*, aussi le pouvoir *formel* de nomination?
- Celui de la modernité. En coupant même ce dernier lien, en principe formel, nominal, on évite tout soupçon malencontreux d'influence de l'exécutif sur le judiciaire. Le Grand-duc nomme les ministres et les fonctionnaires. Est-il judiciaires, en termes d'image, d'ajouter à cette liste encore et toujours les juges? Est-on sûr que le justiciable ordinaire soit parfaitement au courant des subtilités du raisonnement juridique qui, certes, sur le plan des *apparences*, met en avant le pouvoir de nomination du Grand-duc, mais entend confier la *réalité* du pouvoir de nomination à un autre organe (le CNI)? Ne serait-il pas utile, pour signaler l'existence d'une refonte, de créer de nouvelles images, une nouvelle apparence de l'Etat?

### 2. *S'assurer de la compétence liée du pouvoir de nomination du Grand-duc*

[60] Si l'on maintient l'idée d'une nomination formelle par le Grand-duc, il faut s'assurer que, conformément aux intentions des auteurs de cet avant-projet, cette prérogative apparaisse clairement dans le texte comme une *compétence liée*, et non comme une compétence *discrétionnaire*, pour éviter tout débat et toute crise future autour d'un éventuel « droit de veto » du Grand-duc. Il est préférable que la formulation du texte soit limpide sur ce point. On peut, à titre d'exemple, citer l'article 6 de la Constitution du Japon

de 1946: « L'Empereur nomme le premier ministre désigné par la Diète. L'Empereur nomme le président de la Cour suprême désigné par la Diète. »

[61] L'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> de l'avant-projet de loi retient une formulation assez proche qui ne laisse aucun doute sur l'existence d'une compétence liée, puisqu'il parle d'*un* poste et d'*un* candidat.

[62] En revanche, la disposition prévue dans la proposition n°6030 relative à la refonte de la Constitution est beaucoup moins précise et impérative. L'article 100 alinéa 1<sup>er</sup> NouvC.: « Les juges et les représentants du ministère public sont nommés par le Chef d'Etat sur proposition du Conseil national de la justice ». Une telle formulation, plus vague et ambiguë, ne dit en rien que le Grand-duc est tenu, pour chaque poste, de nommer le candidat (l'unique candidat) proposé par le CNJ. Ce texte pourrait valider un choix discrétionnaire du Chef d'Etat: il nomme tel juge à partir d'une liste de candidats pour ce poste.

[63] La matière de la désignation des titulaires de la justice étant au plus haut point de nature constitutionnelle dans un Etat de droit, il convient de poser, avec toute la clarté souhaitable, les principes fondamentaux relatifs à ce sujet dans la Constitution. Pour cela, il suffirait d'inclure la formulation de l'article 4 de l'avant-projet dans le texte de la future Constitution.

### 3. *A propos du contreseing de l'acte grand-ducal de nomination*

[64] Selon l'article 4 al. 3 de l'avant-projet, l'arrêté grand-ducal de nomination des juges et des membres du ministère public doit être contresigné par le président du CNJ. Cette solution est cohérente avec la volonté d'écarter toute intervention du ministre de la justice dans la procédure de nomination. La solution la plus simple serait, comme déjà indiqué, de couper le dernier lien ombilical avec l'exécutif, et d'attribuer le pouvoir de nomination formel au président du CNJ.

[65] Si l'on maintient la nomination par le Grand-duc, il faut un contreseing. L'avant-projet prévoit le contreseing du président du CNJ. De prime abord, il faut être conscient que, dans ce nouveau système, le contreseing change de nature et de fonction par rapport à la pratique actuelle. Le contreseing ne permettra pas, en effet, de désigner un responsable politique qui devrait éventuellement, en cas de dysfonctionnement, rendre des comptes au parlement et/ou aux citoyens. En l'état actuel de l'avant-projet, le président du CNJ ne sera point responsable de cet acte ni devant la Chambre des députés, ni devant les citoyens. Le seul moyen de prévoir une telle res-

abilité serait de prévoir, comme autrefois en Italie, la possibilité d'une dissolution du CNJ (or cette solution, rare, est peu efficace et présente divers inconvénients). Le contreseing du président du CNJ aura donc pour seule fonction de souligner que le Grand-duc ne peut agir seul en matière de nomination des juges. Or, en vérité, le danger n'est pas tant qu'il décide seul de nommer tel juge, mais qu'il s'oppose à la nomination d'un candidat retenu par le CNJ (« veto »). En l'espèce, le contreseing est donc à la fois dénaturé de sa fonction première (il n'y a pas de transfert de la responsabilité politique pour les actes du Grand-duc) et, en partie, inefficace.

[66] En tout état de cause, il faut impérativement modifier l'actuel article 45 de la Constitution, selon lequel seul « un membre du Gouvernement responsable » peut et doit contresigner les dispositions du Grand-duc. La proposition n°6030 a prévu, pour l'instant, de garder tel quel l'article 45 (cf. art. 48 NouvC.: « Les dispositions du Chef de l'Etat doivent être contresignées par un membre du Gouvernement, qui en assume la responsabilité »).

Proposition de reformulation de l'art. 48 NouvC.:

« (1) Les dispositions du Chef de l'Etat doivent être contresignées par un membre du Gouvernement, qui en assume la responsabilité.

(2) Par dérogation à l'alinéa précédent, les arrêtés grand-ducaux de nomination des juges et des membres du ministère public seront contresignés par le président du Conseil national de la justice ».

[67] A noter que, dans un tel système, les arrêtés grand-ducaux de nomination des membres du Conseil national de la justice seraient toujours contresignés par un membre du gouvernement. La seule alternative serait de faire contresigner les actes de nomination des nouveaux membres du CNJ par le président (actuel ou sortant) du CNJ.

### B. *Examen des Articles:*

#### Article 1:

La fin de la phrase (« institué par la Constitution ») est inutile.

La mention du siège est-elle, en droit, utile et nécessaire? Selon l'article 8 NouvC., le siège des « institutions constitutionnelles » se trouve à Luxembourg. Le terme « d'institutions constitutionnelles » est ambigu: il peut s'agir soit, dans un sens formel, de tout organe public luxembourgeois mentionné dans le texte constitutionnel (ex. le Grand-duc, le Gouvernement, la Chambre des députés, mais aussi le parquet, la Cour administrative, le collège des bourgmestre et échevins, etc.), soit, dans un sens matériel, d'un nombre restreint d'organes publics luxembourgeois « participant à la vie constitutionnelle ». On admettra que le premier critère est trop vaste et aboutit à des exigences absurdes qui sont

incompatibles avec le reste de la Constitution (ex. le parquet du tribunal de Diekirch devrait être à Luxembourg, *idem* pour le collège des bougmestre et échevins de Bettembourg, d'Heiderscheid, de Remich, etc.). Il ne reste donc, raisonnablement, que le second critère. Or ce critère est, en partie, flou.

La justice est, assurément, un pouvoir « constitutionnel », mais cela ne peut vouloir dire que toutes les institutions de la justice (cf. les juges de paix, les tribunaux d'arrondissement, etc.) doivent avoir leur siège à Luxembourg. Cela dit, pour ce qui est de cet organe central du pouvoir judiciaire que sera le Conseil national de la justice, l'on admettra aisément qu'il s'agit d'une « institution constitutionnelle ». Donc, en soi, du strict point de vue juridique, l'article 1 § 2 est redondant (il n'ajoute aucune norme), mais, d'un point de vue littéraire, c'est un rappel utile.

Le véritable problème se situe au niveau de l'article 8 NouvC. Il serait recommandé de revoir la formule projetée des « institutions constitutionnelles », en égard notamment aux diverses institutions de la justice. Celle-ci est, dans son ensemble, incontestablement un pouvoir constitutionnel, mais tous ces organes ne sauraient pour autant être qualifiés « d'institution constitutionnelle » (au sens de l'article 8) au risque d'aboutir à des conclusions absurdes. Le constituant pourrait éviter ce problème en énonçant, dans l'article 8, une liste des organes qui, en vertu de la Constitution, doivent siéger dans la capitale.

**Articles 2 et 3:**

Voir les remarques *supra* sur le pouvoir réglementaire (n°46 *et seq.*).

**Article 4:**

Voir les remarques *supra* sur la nouvelle procédure de nomination (n°52 *et seq.*)

**Article 5:**

Au vu des remarques faites *supra* (n°32 ss), il est recommandé de fusionner les articles 5 et 8. C'est au CNJ qu'il revient de faire l'évaluation des dossiers, et non à une commission externe. Dès lors, il n'est plus nécessaire de faire une deuxième évaluation par le CNJ telle que prévue à l'heure actuelle par l'article 5. Du point de vue stylistique, la formule « le CNJ prend en considération, outre les critères indiqués au paragraphe qui précède, l'adéquation des candidats au profil recherché pour la fonction visée » (§ 2) est pour le moins maladroite. Car elle suggère, *a contrario*, que pour les candidats sélectionnés selon le § 1<sup>er</sup>, il n'y a aucune exigence d'adéquation au poste, ce qui serait évidemment contraire au principe constitutionnel d'égal accès, selon le mérite, des citoyens aux postes publics (art. 10bis, al. 2 Const.; art. 16 NouvC).

Le critère légitime et constitutionnel auquel se réfère la phrase du § 2 est celui des « capacités de direction et de gestion administratives » du candidat.

**Article 6:**

Le principe de la mutabilité d'un candidat issu de la carrière du ministère public vers la carrière de juge du siège, et vice versa, n'est légitime qu'à condition de consacrer le principe d'indépendance du parquet. Cf. les développements *supra* n° 4 *et seq.*

**Article 7:**

Selon le présent avant-projet, le poste de président de la Cour suprême est à pourvoir par le Conseil national de la justice. En revanche, selon l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour suprême (art. 2 § 4), le président et le vice-président de la Cour suprême seraient élus en son sein. Il y a lieu d'harmoniser les deux textes. La solution attribuant la compétence de désignation au CNJ est à privilégier car elle est logique par rapport au principe même de création d'un organe central de la justice. Du point de vue littéraire, il y a lieu de mettre « un chef de juridiction » au lieu de « le chef de juridiction », et « les prestations d'un magistrat » au lieu de « les prestations du magistrat » dans le § 2.

**Article 8:**

Au vu des remarques faites *supra* (n°32 *et seq.*), il est recommandé de fusionner les articles 5 et 8. C'est au CNJ qu'il doit revenir de faire l'évaluation des dossiers, et non à une commission externe. Dans la nouvelle procédure, il y a lieu, comme c'était déjà prévu dans l'actuel article 8, de respecter scrupuleusement le principe du contradictoire. A propos du § 3 (dernière phrase), on peut s'interroger sur le bien-fondé d'envoyer le rapport d'évaluation au chef de juridiction ou de parquet. Cela est parfaitement justifié lorsque c'est cette instance qui a demandé une évaluation d'un de ses magistrats (hypothèse de l'art. 7 § 2). En revanche, lorsqu'un magistrat candidate, sans succès, pour un avancement, le refus du CNJ doit-il être communiqué, avec les résultats de l'évaluation, au chef de juridiction ou de parquet? L'exigence de confidentialité s'oppose à cela.

**Article 9:**

Lorsque le chef de juridiction ou de parquet dresse, à destination du CNJ, le rapport de l'évolution des prestations du magistrat, ne faudrait-il pas respecter le principe du contradictoire et demander au magistrat concerné de faire valoir son point de vue? C'est sur la base de ce seul rapport que le CNJ décide d'engager ou non des poursuites disciplinaires.

**Article 10 et 11:**

Voir les remarques *supra* sur le pouvoir réglementaire (n°46 *et seq.*).

**Article 12:**

Sur la valeur potentiellement normative de ces recommandations, cf. *supra* n°45.

**Article 13:**

Sans commentaire.

**Article 14:**

Le présent de l'indicatif « engage » (art. 14 § 1: « Lorsque le CNI..., il engage une procédure... ») exprime-t-il l'idée d'une obligation ou d'une faculté? Il serait utile de le clarifier à destination des citoyens non juristes qui sont susceptibles de former des doléances auprès du CNI. Une obligation, à ce stade, serait appropriée, un classement pouvant toujours intervenir par la suite (art. 15).

**Article 15:**

Sans commentaire.

**Article 16:**

*De facto*, seuls des juristes, des juristes versés dans les règles de procédure pourront être désignés « délégués du CNI », car on imagine mal un non juriste ou un juriste non spécialiste plaider devant les juridictions disciplinaires.

**Article 17:**

Sans commentaire.

**Article 18:**

Voir les remarques supra sur le pouvoir réglementaire (n°46).

**Article 19:**

Pour éviter tout débat et tout empiètement sur l'indépendance fonctionnelle de chaque juge, il y a lieu d'insérer après le mot « fonctionnement » l'adjectif « administratif ».

**Article 20:**

Sur la valeur de ces simples « recommandations », cf. supra n°45.

**Article 21 et 22:**

Sans commentaire.

**Article 23:**

Cet article est crucial et mériterait même de figurer, sous forme synthétique (« Le CNI ne saurait porter atteinte à l'indépendance du juge dans un cas d'espèce ») dans la Constitution. Il exprime l'idée que le CNI n'est ni une instance supplémentaire de cassation, ni un organe d'orientation de la jurisprudence. Sur l'interdit de tout « commentaire » (art. 23 in fine), voir aussi les remarques infra sous l'article 30.

**Article 24:**

Dans l'alinéa 1<sup>er</sup>, il y a lieu de rayer le point 2°. L'exclusion de toute doléance qui vise à remettre en cause le contenu de la décision est déjà opérée par le point 3°. A la limite, du point de vue de la formulation, on peut fusionner les deux phrases des points 2° et 3°.

**Article 25:**

Sans commentaire.

**Article 26, 27 et 28:**

Sur l'autorité souhaitable des avis et l'importance d'une coordination entre les différents acteurs responsables du bon fonctionnement de la justice, cf. supra les remarques générales n°11 et seq.

Il serait également opportun de préciser que le CNI peut, d'office, attirer l'attention de la Chambre des députés, et pas seulement du ministre de la justice, sur certains problèmes de la justice (art. 26 § 2).

**Article 29:**

Sans commentaire.

**Article 30:**

L'objet exact de l'article 30 n'est pas clairement délimité dans son énoncé. Il doit être lu en combinaison avec l'article 23 qui interdit toute intervention du CNI dans une affaire de justice particulière et qui, en particulier, interdit au CNI de « commenter » une décision de justice. L'avant-projet donne mission au CNI de « communiquer en cas de diffusion d'informations inexactes ou portant atteinte à l'image de la justice » (art. 30). Cette dernière hypothèse est susceptible de jouer précisément à l'occasion de décisions de justice controversées au sein de l'opinion publique. Si le CNI intervient alors, il risque d'être amené à « commenter » cette décision, au sens d'expliquer, voire justifier cette décision, ce qui lui est pourtant interdit par l'article 23. Le risque est que le CNI, en vertu de l'article 30, définit son rôle comme étant celui d'un « avocat de la justice/des juges » au tribunal de l'opinion publique. Or quid s'il s'avère que la justice a commis véritablement des dysfonctionnements? Si le CNI ne peut jamais émettre une opinion critique (une critique légitime), l'opinion publique ne verra pas dans le CNI le contrôleur de la justice, ce qu'il est pourtant aussi censé être, eu égard à son rôle en matière de réception et traitement des doléances des justiciables. Pour qu'il puisse exercer ce rôle, il doit jouer, auprès des justiciables, d'une image d'impartialité. Or celle-ci est entamée si auparavant le CNI a défendu telle décision de justice. Il y a ici une certaine contradiction entre les missions possibles du CNI (défenseur des juges v. défenseur des justiciables contre les juges). Cette dernière mission étant particulièrement importante afin de fonder la confiance du public dans la justice en démocratie, il est préférable de privilégier celle-ci. Il faut dès lors protéger l'apparence d'impartialité du CNI. Pour ce faire, il est préférable que la communication du CNI soit d'ordre général. En dehors et avant même toute affaire judiciaire précise, le CNI doit informer le public sur la justice (cf. art. 29). Lorsqu'un débat



public se noue autour d'une affaire précise, le CNI devrait s'abstenir de toute intervention sur le dossier précis, sauf à rappeler certains principes généraux. La communication sur la décision de justice devrait relever de la juridiction concernée.

**Article 31:**

Il y a lieu de remplacer, dans cet article et dans tout le texte, l'expression « membre effectif » par « membre titulaire ».

En ce qui concerne la présence des magistrats, l'on observe certains déséquilibres regrettables, à commencer par la présence massive en tant que membres de droit des chefs de juridiction et de parquet. Le nombre de sièges pourvus par la voie de l'élection est réduit à la portion congrue (1 seul!). Autant supprimer un processus électoral du reste complexe et coûteux! La présence d'un seul représentant des syndicats aboutit également à une discrimination des syndicats minoritaires et fausse le jeu entre syndicats. Il serait plus judicieux, et plus démocratique, d'augmenter le nombre de sièges pourvus par voie d'élection. Dans aucun autre pays, les syndicats ne sont appelés à désigner un membre à ce type de conseil. Un dernier déséquilibre tient à la distinction entre magistrats judiciaires et magistrats administratifs. La part de ces derniers a été réduite au strict minimum.

Sur le n° 11, voir *supra* n° 34 et *seq.*

Sur le n° 12, voir *supra* n° 38.

Sur le n° 13 (le caractère éminemment critiquable de la cooptation), voir *supra* les commentaires n° 39 et *seq.*

**Article 32:**

Il y a lieu de remplacer l'expression « membre effectif » par « membre titulaire ».

**Article 33:**

En cas de vote obligatoire, il a lieu de consacrer, au sein de la Constitution, ce principe car, pour l'instant, la Constitution ne connaît que l'idée d'un « droit de vote » (art. 53), et non d'une obligation de vote. A l'inverse de la Constitution belge (art. 62 al. 3), l'expression « vote obligatoire » ou « obligation de vote » ne figure nulle part dans le texte de la Constitution luxembourgeoise. Sans un tel fondement constitutionnel, la loi est inconstitutionnelle.

**Article 34:**

Sans commentaire.

**Article 35:**

Concernant l'art. 35 § 2, voir *supra* le n° 38.

Contrairement à ce qu'annonce le commentaire sous l'article 35 (avant-projet p. 63), le § 2 de cet article insinue non seulement une incompatibilité, mais aussi une inéligibilité. Une *incompatibilité* vise à éviter un cumul de deux fonctions à la même époque (elle prend donc en compte la situation actuelle et future, mais non le passé). A l'inverse, une

*inéligibilité* vise à empêcher absolument une personne d'accéder au statut d'élu eu égard à certains éléments situés soit dans le présent (ex. maladie mentale), soit dans le passé (ex. indignité civique pour faits de collaboration). En disant « ne doivent exercer », l'article 35 § 2 vise une incompatibilité, en se servant de l'expression « avoir exercé » il vise une inéligibilité. Le propos de l'article 35 est donc peu cohérent et peu lisible. L'inéligibilité semble à tout le moins excessive.

**Article 36:**

Sans commentaire.

**Article 37:**

La nouvelle Constitution renvoie la définition de tout serment à la loi. Article 22 Nouveau C.: « Aucun serment ne peut être imposé qu'en vertu de la loi qui en détermine la formule ». En vertu de l'article 37 de l'avant-projet, les membres du CNI sont obligés, lors de leur entrée en fonctions, de jurer non seulement « obéissance à la Constitution et aux lois de l'Etat » – ce qui, dans un Etat de droit, va de soi –, mais aussi et même en premier lieu « fidélité au Grand-Duc ». Or à quoi s'engage exactement celui qui prête un tel serment?

Soit la formule de la « fidélité au Grand-duc » renvoie à une idée ancestrale, médiévale, d'un lien d'obéissance personnel entre le sujet/vassal et son seigneur. Dans ce cas elle contredit l'idée fondamentale de l'Etat de droit, de l'Etat conçu comme une personne morale (les citoyens sont soumis à la loi, et non directement à la volonté d'une personne). Soit la formule est creuse, n'a plus de sens, et dans ce cas, il n'y a plus lieu, dans un Etat de droit moderne, de garder de telles scories du passé qui prêtent à confusion sur le sens exact du droit.

Il faut savoir que la formule de la « fidélité au monarque » avait été, à juste titre, supprimée/omise par la Constitution luxembourgeoise de 1848, qui, sur ce point, s'inspirait de, et même dépassait en libéralisme, la Constitution belge de 1831. Dans un Etat de droit moderne, tout acteur est soumis à la Constitution et aux lois. Il n'est soumis qu'aux ordres individuels conformes à ces normes générales. Ce sont les normes juridiques qui médiatisent le rapport entre l'individu et l'Etat. Il n'y a pas/plus de lien personnel immédiat avec le monarque, sans quoi on aboutit à des situations comme en Prusse (après 1850) ou dans le III<sup>e</sup> Reich, où l'armée prêtait serment non pas à la Constitution, mais à la personne du chef d'Etat. Au Luxembourg, il est révélateur que la formule de la « fidélité au Grand-duc » a été réintroduite dans la Constitution lors du putsch de Guillaume III en 1856. Depuis, personne n'a songé à éliminer cette disposition pré-moderne, qui contredit les principes fondamentaux de la modernité. Dans la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle, il était clairement affirmé qu'un serment de fidélité au monarque obligeait l'individu (député, fonctionnaire, magistrat, etc.) à vouloir toujours, dans chaque acte de sa vie, professionnelle ou privée, le bien de la monarchie et du monarque. Le constitutionnaliste allemand Hermann Schulze (1824-1888) écrivait ainsi à propos du *Treueid* des fonctionnaires à l'égard du monarque: « *Weiter noch als die Pflicht des amtlichen Gehorsams reicht die der Treue gegen den Staat und sein Oberhaupt. Gehorsam ist ein Staatsdieners, welcher seiner Dienstinstruktion und den Befehlen seiner Oberen gewissenhaft nachkommt, die Treue bindet ihn auch in seinem übrigen Leben. (...)* So ist die Treue, be-

*sonders gegen die Person des Landesherrn, auch heut zu Tage noch ein wichtiges Moment im Leben des Staatsdieners, sie verpflichtet denselben, in seinem ganzen Thun und Lassen stets das Wohl des Staates und seines Oberhauptes vor Augen zu haben* »<sup>23</sup> Pils à la lettre, ce serment interdirait à toute personne qui, par des moyens démocratiques et légaux, est critique à l'égard de la monarchie ou du monarque, d'accéder à des mandats publics. Ce serait, dès lors, une atteinte au caractère « démocratique » du Luxembourg (art. 1<sup>er</sup> Const.; art. 1 NouvC.) et à la liberté d'expression qui est au fondement de la démocratie (art. 24 Const., art. 10 CEDH).

Dans leur commentaire des articles 57 al. 2 et 110 al. 2 de la Constitution luxembourgeoise actuelle, où figure toujours le serment de « fidélité au Grand-duc », les membres du Conseil d'Etat sont d'ailleurs assez embarrassés par rapport à cette formule et, au final, lui refuse toute signification normative.<sup>24</sup> Ce serait certes un *mot*, un énoncé du texte de la Constitution, mais non une *norme* de la Constitution. Or, s'il s'agit d'une coquille vide, autant la supprimer du texte! D'ailleurs, dans le projet de la nouvelle Constitution, la commission des institutions et de la révision constitutionnelle a rayé la formule « fidélité au Grand-duc » du serment à prêter par les députés.<sup>25</sup> Autant aussi la supprimer pour tous les autres organes de l'Etat, à commencer par les membres du CNJ, les juges (Cour suprême, etc.), etc.!

Le serment devrait également mentionner le principe de l'indépendance (« Je promets de remplir mes fonctions en toute indépendance, avec intégrité, exactitude et impartialité »). Voir les commentaires *supra* n°20.

**Article 38:**

Il y a lieu de remplacer l'expression « membre effectif » par « membre titulaire ».

Il y a lieu de préciser le régime juridique du membre suppléant eu égard au nombre de mandats qu'il peut occuper au CNJ. Parmi les magistrats membres de droit, une même personne pourrait en pratique siéger pendant des décennies, si elle occupe successivement des postes de chef de diverses juridictions ou si elle est désignée d'abord en tant que suppléant, puis accède au poste hiérarchique lui accordant *ex officio* un siège au CNJ. Reste à clarifier dès lors le régime pour les suppléants des magistrats élus et des non-magistrats. Deux hypothèses sont à envisager.

- Si une personne de ces deux derniers groupes a exercé deux mandats successifs de membre *suppléant*, pourrait-elle être désigné/élue membre *titulaire* pour un, voire deux mandats? Au moins pour le représentant du monde académique, eu égard au nombre réduit de personnes disponibles, il serait judicieux de l'autoriser.

23 H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Band I (1886), 327.

24 Lire Le Conseil d'Etat, gardien de la Constitution et des droits et libertés fondamentaux, Luxembourg (2006), Publications du Conseil d'Etat, 229, 375 *et seq.*

25 Le procès-verbal de la réunion de la CIRC du 10 avril 2013 (PV IR 31, p. 8). Le serment des députés serait désormais le suivant: « Je jure d'observer la Constitution et les lois et de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité ».

- Si un suppléant a *parachevé* le mandat du titulaire, a-t-il le droit d'être nommé/élu membre titulaire pour un, voire deux mandats?

**Article 39:**

Il serait possible de s'inspirer de l'article 10-1, alinéa 2, de la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature en France, afin de prévoir une gradation de sanctions (avertissement ou démission):

Art. 10-1 Loi organique n° 94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature:

Les membres du Conseil supérieur exercent leur mission dans le respect des exigences d'indépendance, d'impartialité, d'intégrité et de dignité. Ils veillent au respect de ces mêmes exigences par les personnes dont ils s'attachent les services dans l'exercice de leurs fonctions.

Saisie par le président d'une des formations du Conseil supérieur de la magistrature, la formation plénière apprécie, à la majorité des membres la composant, si l'un des membres du Conseil supérieur a manqué aux obligations mentionnées au premier alinéa. *Dans l'affirmative, elle prononce, selon la gravité du manquement, un avertissement ou la démission d'office.*

**Article 40:**

Sans commentaire.

**Article 41:**

Sur la problématique de l'évidement des compétences du CNJ, voir *supra* les commentaires n°31 *et seq.*

**Article 42:**

L'autorisation d'une délégation de pouvoirs au bureau est, en soi, une solution qui peut présenter d'indéniables avantages de souplesse. Or, dans le contexte de l'actuel avant-projet, où l'essentiel des tâches du CNJ est exercé par des sous-organes (bureau), voire par des organes externes (commission d'évaluation), cette autorisation est susceptible de réduire l'assemblée générale du CNJ à une coquille vide.

Si le législateur entend maintenir le principe en soi critiquable de la relégation des avocats (cf. article 47 de l'avant-projet), la règle du quorum devrait préciser si le nombre de 8 inclut, ou non, les avocats présents.

**Articles 43 et 44:**

Sans commentaire.

**Article 45:**

Voir *supra* le n°13 des considérations générales.

*Luc Heuschling*

**Article 46:**

Sans commentaire.

**Article 47:**

Cette relégation des membres avocats est hautement critiquable. Voir les remarques *supra* n°34 et seq.

**Article 48:**

Sans commentaire.

**Article 49:**

Voir *supra* les remarques sous n°44 et seq.

**Articles 50 et 51:**

Voir *supra* les remarques générales sur le pouvoir réglementaire du CNJ (n°46 et seq.).

**Articles 52:**

Sans commentaire.

**Articles 53:**

L'entrée en vigueur de la loi sur le CNJ devra aussi être coordonnée avec l'entrée en vigueur de la loi sur la Cour suprême puisque le président de la Cour suprême et le président de la Cour d'appel siègeront au CNJ et que le CNJ est appelé, selon la version actuelle de l'avant-projet, à désigner le président de la Cour suprême.

**Articles 54:**

Sans commentaire.