

XIXe Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles

Européennes

Formes et limites de la déférence judiciaire : le cas des cours constitutionnelles

Les cultures constitutionnelles varient et la perception des cours constitutionnelles de leur propre rôle dans une démocratie constitutionnelle affecte l'intensité de leur analyse dans les affaires qui impliquent les droits fondamentaux. De nombreux tribunaux font preuve de déférence judiciaire.

La déférence judiciaire représente un outil juridique inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et pour s'abstenir d'intervenir dans des litiges qu'ils considèrent aller au-delà de leur expertise ou de leur légitimité à trancher. L'instrument a surtout été utilisé dans des affaires qui impliquent les droits fondamentaux, et ce, en raison de leur qualité transcendante, de leur capacité à traverser tous les domaines substantiels du processus décisionnel public.

Une attitude de déférence systématique est susceptible de mettre en danger la prééminence du droit et la séparation des pouvoirs autant qu'un activisme judiciaire excessif. La manière dont les juges exercent leur déférence est donc une question fondamentale de droit constitutionnel, qui concerne le rôle approprié de chaque branche du gouvernement par rapport à des questions importantes de politique publique.

Les questions suivantes cherchent à découvrir les différences entre les manières dont les cours constitutionnelles européennes exercent la déférence judiciaire.

Questionnaire

Pour les rapports nationaux

I. Matières non justiciables et intensités de déférence

1. Qu'entend-on par « déférence judiciaire » dans vos juridictions?

Le droit luxembourgeois ne connaît pas explicitement la notion de déférence judiciaire. Reprenant la définition donnée dans l'introduction du questionnaire – « *La déférence judiciaire représente un outil juridique inventé par les juges pour maintenir la séparation des pouvoirs et pour s'abstenir d'intervenir dans des litiges qu'ils considèrent aller au-delà de leur expertise ou de leur légitimité à trancher* ») – on observe que cet argument a été invoqué à plusieurs reprises devant les juridictions administratives sur le fondement de la doctrine de « l'acte du gouvernement »¹ ou « de la compétence liée ». Pour ce qui concerne la doctrine de l'acte du gouvernement, le débat a été relancé en 2020 par le Tribunal administratif, lequel s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour examiner un litige concernant la demande d'un député d'accéder aux accords conclus par le gouvernement avec le principal opérateur de médias,

¹ R. ERGEC, *Le contentieux administratif en droit luxembourgeois, Supplément au Bulletin de jurisprudence administrative*, Pasirisie luxembourgeoise, 2023, p. 41, paras 48 et 49.

incluant des clauses de confidentialité². Pour le Tribunal il s'agissait d'un acte de gouvernement. Cependant, la Cour administrative a refusé de l'appliquer sur le fondement même du principe de la séparation des pouvoirs³. La position des juges administratifs sur l'argument de la compétence liée est bien distincte: ils n'examinent pas la proportionnalité d'une mesure lorsque le décideur se trouve en situation de compétence liée⁴.

La Cour de cassation refuse d'accueillir ce type d'argumentation, considérant que les juges peuvent statuer (en l'espèce en matière de responsabilité de l'Etat) « *sans qu'il y ait lieu de distinguer a priori entre actes d'autorité et actes de gestion, ni même entre exercice d'un pouvoir discrétionnaire et exercice d'une compétence liée* »⁵.

La Cour constitutionnelle n'a pas eu l'occasion de se prononcer explicitement sur la question de la déférence judiciaire. Au contraire, étant donné les missions qui lui sont confiées par la Constitution⁶, la Cour doit régulièrement examiner l'intention du législateur lors de l'élaboration des lois⁷ pour déterminer si celles-ci sont conformes au principe de l'égalité devant la loi.

La doctrine⁸ relève néanmoins, que la Cour exerce une forme de *judicial restraint* (au sens de la doctrine américaine⁹) lorsqu'elle a recours à la notion de « marge d'interprétation » du législateur (théorie empruntée à la pratique de la Cour Constitutionnelle belge)¹⁰. Les auteurs considèrent que ce *restraint* est moins présent lors de l'examen des questions relevant du droit de la famille¹¹ que dans le domaine économique ou social¹². D'autre part, la Cour considère qu'en matière de la légalité de la peine le législateur a un « *très large pouvoir d'appréciation* »¹³ et « *est seul compétent pour déterminer les impératifs de l'ordre public et*

² Trib. admin., 12 août 2020, n°43866, <https://ja.public.lu/40001-45000/43866.pdf>, cité in ERGEC op. cit.

³ Cour admin., 26 janvier 2021, n°44997C, <https://ja.public.lu/40001-45000/44997C.pdf>, cité in ERGEC op. cit.

⁴ Cour admin., 16 octobre 2018, n°41110C, <https://ja.public.lu/40001-45000/41110C.pdf>, cité in A. KLETHI, « Le principe de proportionnalité à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et des juridictions administratives luxembourgeoises », in *Actes du séminaire des Conseils d'Etat français et luxembourgeois et de la Cour administrative luxembourgeoise du 16 novembre 2021*, Luxembourg, Revue luxembourgeoise de droit public, 2023, n°15, p.145, spéc. p. 24.

⁵ Cour cass., 29 janvier 1981, arrêts n°6/81 à 10/81, *ETAT c/MAJERUS et consorts*, cités in R. ERGEC op. cit. et G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Pasirisie luxembourgeoise, 3^e édition, 2014, p.277, n°242.

⁶ Cf. Question 2, *infra*.

⁷ Cf. Question 12, *infra*.

⁸ P. KINSCH, « L'égalité devant la loi », in *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Luxembourg 1997-2007*, Luxembourg, Pasirisie luxembourgeoise, 2008, p. 85-103, spéc. p. 95.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Pour un exemple récent, cf. Cour const., 7 juillet 2017, n°129, Mémorial A, n°638 du 14 juillet 2017, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2017/07/07/a638/jo>.

¹² « *Ce n'est, on le voit, pas à la Cour Constitutionnelle qu'il appartient de définir la politique économique et sociale de la nation* », KINSCH, préc., p. 99.

¹³ Il s'agit d'une jurisprudence constante, cf. entre autres Cour const., 19 mars 2010, n° 54/10, Mémorial A, n°49 du 1^{er} avril 2010, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2010/03/19/n1/jo>: « *le législateur est seul compétent pour déterminer les impératifs de l'ordre public et les moyens les plus aptes à atteindre leur réalisation; qu'il lui appartient d'apprécier s'il est souhaitable d'instaurer des peines plus sévères quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général; que la Cour constitutionnelle ne pourrait censurer pareil choix que si celui-ci aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable d'infractions comparables.* »

(cont.)

les moyens les plus aptes à atteindre leur réalisation »¹⁴.

Cependant, même dans les cas de figure où la doctrine y voit une *retenue*, en toute circonstance, la Cour garde toujours son pouvoir d'apprécier si les choix du législateur sont proportionnés au regard du but poursuivi¹⁵.

2. Votre Cour envisage-t-elle un éventail de déférence ? Existe-t-il des zones „interdites”, ou des zones prédéterminées de non-responsabilité, ou des questions non justiciables pour votre Cour (par exemple, des questions morales controversées, des sensibilités politiques, des controverses sociétales, l'allocation de ressources limitées, des implications financières importantes pour le gouvernement,

La Constitution (article 112)¹⁶ ainsi que la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle (article 2)¹⁷ disposent que la Cour statue sur la conformité des lois à la Constitution¹⁸. A contrario, une des “zones interdites” pour la Cour est la compétence pour vérifier la constitutionnalité des actes réglementaires¹⁹. Ces questions relèvent des juridictions administratives.

Une autre limitation réside dans le fait que la Cour ne peut pas statuer sur les lois qui portent sur l'approbation des traités (article 112(2) de la Constitution et article 2(1) de la loi modifiée du 27 juillet 1997).

A titre d'information, la Cour peut statuer sur les recours formés contre les décisions de la Chambre des Députés portant sur la perte de qualité de député (article 67(3) de la Constitution²⁰ et article 2(2) alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997). Depuis la réforme de la Constitution de

(cont.) « *Considérant qu'au regard de l'objectif poursuivi par le législateur et de son très large pouvoir d'appréciation ainsi que du fait que le juge pénal est appelé à adapter la sanction à la gravité des négligences commises et l'importance des suites, l'aggravation de la sanction de l'article 422 du Code pénal se trouve dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi* ».

¹⁴ Cour constit., 9 mars 2012, n° 71/12, Mémorial A, n°54 du 23 mars 2012, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2010/03/09/n1/jo> : « la loi répond à ces critères [de proportionnalité] et n'a pas dépassé sa marge d'appréciation »

¹⁵ P. KINSCH, préc., p. 21, citant Cour constit., du 7 avril 2006, n°29/06 à 33/06, Mémorial A n° 69 du 21 avril 2006, p. 1334 à 1342, <https://legilux.public.lu/filestore/eli/etat/leg/memorial/2006/a69/fr/pdf/eli-etat-leg-memorial-2006-a69-fr-pdf.pdf>.

¹⁶ La version consolidée au 1^{er} juillet 2023 de la Constitution est disponible ici : <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/constitution/1868/10/17/n1/consolide/20230701>

¹⁷ Loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, Mémorial A n°58 du 13 août 1997, la version consolidée au 3 juillet 2023 est disponible ici : <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1997/07/27/n6/consolide/20230703>.

¹⁸ La Cour ne contrôle pas la conformité d'une loi qui n'est plus en vigueur, cf. Cour constit., 20 décembre 2013, n°107/13, Mémorial A, n°2 du 3 janvier 2014, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2013/12/20/n2/jo>. La question de savoir si la Cour est exclusivement compétente pour statuer sur des dispositions législatives qui deviennent caduques du fait de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions constitutionnelles et si les juridictions inférieures ont également cette compétence n'a pas été clairement arrêtée par la jurisprudence de la Cour, cf. P. KINSCH, « Que reste-t-il de la compétence de la Cour constitutionnelle après l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle? », *Journal des Tribunaux Luxembourg (JTL)*, 2023, p. 111, spéc. point B. et Conclusion p.114.

¹⁹ Cour constit., 19 mai 2023, n°00179, Mémorial A, n°251 du 24 mai 2023, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2023/05/19/a251/jo>; Cour constit., 3 juin 2011, n°65/11, Mémorial A, n°127 du 22 juin 2011, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2011/06/03/n1/jo>; Cour constit., 6 mars 2009, n°48/09, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2009/03/06/n1/jo>.

²⁰ Compétence auparavant attribuée par l'ancien article 116 de la Constitution à la Cour supérieure de justice.

2023²¹, la Cour a également la compétence pour statuer sur les conflits d'attribution (article 2(2) de la loi modifiée du 27 juillet 1997, article 112(3) de la Constitution mis en œuvre par la loi du 23 janvier 2023 portant règlement des conflits d'attribution²²).

En matière de contrôle de constitutionnalité, la saisine de la Cour ne se fait que par voie préjudicielle²³; ce mécanisme agissant ainsi comme un filtre qui restreint le champ des affaires examinées et constitue une limitation procédurale supplémentaire au pouvoir de la Cour. Les juges du Grand-Duché sont, en principe, tenus de saisir la Cour quand une des parties soulève une question portant sur la conformité d'une loi à la Constitution²⁴; cependant la loi précise que la saisine n'est pas obligatoire quand « a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre son jugement; [ou] b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement; [ou] c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet »²⁵.

3. Existe-t-il des facteurs qui déterminent comment et quand votre Cour doit faire preuve de déférence (par exemple, la culture et les conditions de votre pays; les expériences historiques de votre pays; le caractère absolu ou restreint des droits fondamentaux en question; la question débattue devant la Cour; si les circonstances de l'affaire impliquent un changement des conditions sociales et des attitudes)?

Contrairement à d'autres pays, les juges qui composent la Cour constitutionnelle du Grand-Duché ne sont pas issus du monde politique. Ce sont des juges de carrière, qui continuent à exercer leurs missions dans leur juridiction d'origine même après la nomination à la Cour constitutionnelle (Article 3(6) de loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle²⁶).

²¹ Compétence auparavant attribuée par l'ancien article 95 de la Constitution à la Cour supérieure de justice, mais uniquement pour l'ordre judiciaire. A. STEICHEN, *La constitution luxembourgeoise commentée, Chapitre VII. La justice*, Legitech, 2024, p. 423, spéc. p. 428, para 453. N'était pas visée la question des conflits d'attribution entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, cf. travaux préparatoires de la loi du 23 janvier 2023 portant règlement des conflits d'attribution, Doc. Parl. 7960, spéc. Projet de loi du 27 janvier 2022, Exposé des motifs, p. 4, <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/0127/139/255397.pdf>.

²² Loi du 23 janvier 2023 portant règlement des conflits d'attribution et portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, Mémorial A, n° 43 du 25 janvier 2023, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2023/01/23/a43/jo>.

²³ En matière de décision de la Chambre des députés, il s'agit d'un recours (article 67(3) de la Constitution et article 2(2) alinéa 2 de la loi du 27 juillet 1997, la procédure à suivre est prévue par la loi du 29 juin 2023 portant modification : 1° de la loi électorale modifiée du 18 février 2003; 2° de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, Mémorial A, n°340 du 29 juin 2023, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2023/06/29/a340/jo>). En matière de conflit d'attribution, la juridiction saisie renvoie l'affaire devant la Cour constitutionnelle par une décision motivée (articles 1 et 2 de la loi du 23 janvier 2023 portant règlement des conflits d'attribution et portant modification de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, Mémorial A, n°43 du 25 janvier 2023, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2023/01/23/a43/jo>).

²⁴ Article 6, premier alinéa, de la loi modifiée du 27 juillet 1997, préc. Pour étude plus approfondie de la question, cf. N. EDON, « Les questions non posées », in J. GERKRATH (dir), *Les 20 ans de la Cour Constitutionnelle : Trop jeune pour mourir ? Actes du colloque du 31 mars 2017*, Luxembourg, Pasicrisie Luxembourgeoise, 2018, p. 22.

²⁵ Article 6, deuxième alinéa, de la loi modifiée du 27 juillet 1997, préc.

²⁶ Loi citée *supra*.

Code de champ modifié

Ils sont certes nommés par le pouvoir exécutif, cependant la loi prévoit qu'en font partie automatiquement : le Président de la Cour supérieure de justice, le Président de la Cour administrative et les deux conseillers à la Cour de cassation les plus anciens en rang (Article 3(3) de loi modifiée du 27 juillet 1997). En outre, les autres conseillers (ainsi que leurs suppléants) sont nommés sur l'avis conjoint de la Cour supérieure de justice et de la Cour administrative (article 3(4) de loi modifiée du 27 juillet 1997).

La doctrine considère que cette façon de composer la Cour « implique que pour le pouvoir constituant l'interprétation de la constitution est exclusivement une opération juridique, dépouillée de toute considération politique »²⁷.

Cette autonomie, ainsi que le fait que ses missions soient essentiellement cantonnées au contrôle de la conformité de la loi à la Constitution²⁸, font qu'on peut affirmer l'absence de déférence de la Cour.

4. Existe-t-il des situations dans lesquelles votre Cour a fait preuve de déférence parce qu'elle ne disposait pas de la compétence ou de l'expertise institutionnelle nécessaire?

La Cour vérifie soigneusement sa propre compétence. Les seuls cas de figure dans lesquels la Cour décline de statuer sur une question qui lui est posée sont si la Cour considère qu'elle n'a pas la compétence *rationae materiae* pour statuer ou si elle considère la question irrecevable²⁹. Les juges constitutionnels doivent juger à partir des conclusions et documentations qui leur sont soumises par les parties et les représentants du gouvernement³⁰.

5. Avez-vous des cas où votre Cour a fait preuve de déférence parce qu'il y avait un risque d'erreur judiciaire?

Non.

6. Y a-t-il des cas où votre Cour a fait preuve de déférence en invoquant la légitimité institutionnelle ou démocratique du décideur?

Cf. réponse à la question 1, *supra*, sur la « marge d'appréciation » accordée au législateur. Cependant, la Cour ne se réfère pas explicitement aux notions de légitimité institutionnelle ou démocratique du législateur.

7. „Plus la législation concerne une question de politique sociale publique au sens large, moins le tribunal sera disposé à intervenir.” Est-ce une norme valide pour votre Cour? Votre Cour partage-t-elle le point de vue selon lequel les questions d'ordre public

²⁷ A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 423, spéc. p. 428, n°452 *in fine*.

²⁸ Pour un résumé des autres compétences de la cour, cf. Question 2, *supra*.

²⁹ Cf. à titre d'exemple Cour constit., 19 mai 2023, n°00179, préc.

³⁰ Article 10 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle, préc.

devraient être tranchées par des processus démocratiques parce que les tribunaux ne sont pas élus et n'ont pas le mandat démocratique de trancher les questions d'ordre public?

Non applicable; cf. réponse à la question 1, *supra*.

8. Votre Cour accepte-t-elle un principe général de déférence dans le jugement des politiques et de la philosophie criminelles?

La jurisprudence accorde au législateur une large marge d'appréciation en matière de détermination des peines. Cependant, même dans ce cas de figure, la Cour contrôle la proportionnalité de la norme et son adéquation au but poursuivi.

Cf. réponse à la question 1, *supra*.

9. Il peut y avoir des circonstances plus strictes dans lesquelles le gouvernement ne peut pas divulguer des informations à la Cour, en particulier dans le contexte d'affaires de sécurité nationale impliquant des informations classifiées. Votre Cour a-t-elle déjà fait preuve de déférence pour des raisons de sécurité nationale?

Non, ce cas de figure ne s'est pas encore présenté.

10. Compte tenu du rôle des cours constitutionnelles en tant que gardiennes de la Constitution, devraient-elles interférer avec des politiques publiques prétendument inconstitutionnelles lorsque les gouvernements sont passifs dans la mise en œuvre des réformes des droits fondamentaux?

Les cours constitutionnelles devraient être des juridictions, et non pas des instances politiques. A ce titre, elles ne devraient traiter que des questions qui leur sont expressément soumises, sans s'immiscer dans le débat politique. Les situations d'immobilisme ou d'inactivité des instances politiques devraient se résoudre dans les urnes, ou par le biais d'actions en responsabilité civile.

II. Décideur

11. Votre Cour témoigne-t-elle plus de déférence à une loi du Parlement qu'à une décision de l'exécutif? Votre Cour fait-elle preuve de déférence en fonction du niveau de responsabilité démocratique du décideur initial?

La Cour ne peut connaître que des questions préjudicielles portant sur la conformité d'une loi à la Constitution et ne contrôle pas les actes réglementaires. Cette dernière mission est confiée aux juridictions administratives.

Cf. réponse à la question 2, *supra*.

12. Quel poids votre Cour accorde-t-elle au processus législatif? Quelle pertinence juridique, le cas échéant, l'analyse parlementaire devrait-elle avoir pour l'analyse par les juges de la compatibilité avec les droits fondamentaux?

La Cour analyse quasi systématiquement les travaux préparatoires des lois – notamment dans les recours fondés sur le principe d'égalité devant la loi, lorsqu'il s'agit de vérifier la raison pour laquelle deux catégories de personnes sont traitées différemment par la loi³¹. D'après une jurisprudence classique, « *en cas d'inégalité créée par la loi entre des catégories de personnes, il appartient au juge constitutionnel de rechercher l'objectif de la loi incriminée ; qu'il lui incombe, à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires, de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur pour, une fois l'objectif ainsi circonscrit, examiner s'il justifie la différence législative instituée au regard des exigences de rationalité, d'adéquation et de proportionnalité* »³². L'analyse des travaux préparatoires est également opérée pour le contrôle de proportionnalité des mesures adoptées par les lois par rapport aux objectifs poursuivis (cf. réponse à la question 21, *supra*).

La doctrine considère que la Cour a ainsi « défini une règle hiérarchisant les procédés de découverte du but poursuivi au moyen d'une distinction opérée par une disposition normative. Dans ce domaine, ce n'est qu'« à défaut de justification suffisamment exprimée dans les travaux préparatoires³³ » qu'il incombe au juge constitutionnel « de reconstituer le but expliquant la démarche du législateur³⁴ »³⁵. Il s'agirait « d'une manière stricte de procéder, en passant d'abord par l'examen des travaux préparatoires »³⁶.

Outre les travaux préparatoires, sont également régulièrement pris en compte dans ce travail de reconstitution les arguments des représentants de la partie étatique ou par le ministère public³⁷.

13. Votre Cour vérifie-t-elle si le décideur a justifié sa décision ou s'il s'agit d'une décision que la Cour elle-même aurait rendue si elle avait été le décideur?

Cf. réponse la question 12, *supra*.

³¹ P. KINSCH, « L'égalité devant la loi », préc., p. 85-103, spéc. p. 95, spéc. p.109.

³² Cour constit., 5 mai 2000, n°09/00, Mémorial A, n°40 du 30 mai 2000, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2000/05/05/n1/jo>; Cour constit., 4 mai 2011, n°64/11, Mémorial A, n°94 du 13 mai 2011, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2011/05/04/n1/jo>. Pour un arrêt plus récent reprenant les mêmes considérants, cf. Cour. constit., 27 janvier 2012, n°69/12, Mémorial A, n°20 du 6 février 2012, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2012/01/27/n1/jo>.

³³ En italique dans le texte cité.

³⁴ En italique dans le texte cité.

³⁵ P. KINSCH, « Les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg (le bon, le mauvais et l'indicible) », *Pas. Lux.* 2020, t. 39/4, p. 763, spéc. p. 768; article en libre accès ici : <https://hdl.handle.net/10993/46792>; également publié in *Etudes en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 157, spéc. p. 169; L'auteur cite deux arrêts : Cour constit., 5 mai 2000, n°9/00 préc. et Cour constit., 4 mai 2011, n°64/11, préc.

³⁶ P. KINSCH, « Les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg (le bon, le mauvais et l'indicible) », *Pas. Lux.*, préc., spéc. p.766, *infra* note 15.

³⁷ Cour constit., du 30 septembre 2022, n°00170, Mémorial A, n°509 du 6 octobre 2022, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2022/09/30/a509/jo>.

14. Votre Cour fait-elle preuve de déférence quant à la mesure dans laquelle la décision ou la mesure a été précédée d'une analyse approfondie de la compatibilité avec les droits fondamentaux? Quelle doit être, par exemple, la profondeur de l'analyse du législateur pour que votre Cour lui donne du poids?

Cf. réponse la question 12, *supra*.

15. Votre Cour examine-t-elle si les points de vue opposés ont été pleinement représentés dans le débat parlementaire lors de l'adoption d'une mesure? Suffit-il qu'il y ait eu un débat approfondi sur le contenu général de la législation, ou faut-il qu'il y ait eu une considération spéciale des implications sur les droits?

Non. Cf. réponse la question 12, *supra*.

16. Le fait que la décision appartienne au pouvoir législatif ou qu'elle ait été prise après des consultations publiques ou des débats publics est-il une preuve concluante de la légitimité démocratique de la décision?

Non. Cf. réponse la question 12, *supra*.

III. Le champ d'application des droits, légalité et proportionnalité

17. Votre Cour a-t-elle déjà fait preuve de déférence à l'étape de la définition des droits, en donnant du poids à la définition des droits du gouvernement ou à son application aux faits en cause?

Non. Cf. réponse la question 12, *supra*.

18. Des droits applicables affectent-ils l'intensité de la déférence? Votre Cour considère-t-elle que certains droits ou aspects de droits sont plus importants et que, par conséquent, les ingérences dans leur exercice méritent un examen plus rigoureux que d'autres?

Non. Cf. réponse à la question 12, *supra*.

19. Disposez-vous d'une échelle de clarté lors du contrôle de constitutionnalité d'une loi? Comment décidez-vous de la clarté d'une loi? Quand appliquez-vous la règle d'interprétation *In claris non fit interpretatio*?

La règle « *in claris non fit interpretatio* » est classique en droit luxembourgeois et a été jadis

appliqué par les juridictions administratives³⁸, de même que par les juridictions judiciaires³⁹. Elle conduit les juges à ne pas appliquer la méthode d'interprétation téléologique dans les cas de figure où le texte de la loi est considéré comme étant clair. Cependant, depuis un arrêt du 14 juillet 2009, la Cour administrative déclare que « [m]ême l'application du texte légal le plus clair en apparence peut nécessiter une démarche d'interprétation lorsqu'une application littérale conduirait à un résultat absurde, humainement ou scientifiquement. »⁴⁰.

Cependant, le manque de clarté d'une loi peut constituer une raison pour laquelle cette loi se voit l'objet d'un recours préjudiciel devant la Cour.

A plusieurs occasions, les juges constitutionnels ont eu l'occasion de sanctionner des lois qui n'étaient pas suffisamment précises à l'égard des dispositions constitutionnelles visées. La sanction est particulièrement fréquente dans le domaine de la légalité de la peine⁴¹. La cour sanctionne le manque de précision au regard de l'ancien article 14 de la Constitution, actuel article 19.

La Cour dessine néanmoins les contours de cette sanction, en laissant néanmoins la place à l'interprétation jurisprudentielle et considère qu'« [i]l n'en découle pas que toute règle législative, qui de par sa nature est générale et abstraite, doit couvrir dès une première lecture toutes les hypothèses et cas de figure. Elle est nécessairement soumise à l'application jurisprudentielle concrète au cas par cas, ces applications devant en dégager la portée concrète »⁴².

20. Quelle est l'intensité du contrôle de votre Cour au stade de l'établissement du but légitime ?

Cf. réponse à la question 21, *infra*.

21. Quel test de proportionnalité votre Cour applique-t-elle ? Votre Cour applique-t-elle toutes les étapes du test classique de proportionnalité (c'est-à-dire satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict) ?

³⁸ P. HURT, « Attendu que la loi est claire...Propos irrévérencieux sur l'utilisation de l'argument du sens clair en jurisprudence luxembourgeoise », *JTL*, 2010, p. 193, spéc. p. 194, partie 1; cité par, et dans le même sens P. KINSCH, « Les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg (le bon, le mauvais et l'indicible) », préc., p. 763, spéc. p. 768.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Cour admin., 14 juillet 2009, n°23857C et n°23871C, cité in R. ERGEC, *op cit.*, p. 191, para 288, <https://ja.public.lu/20001-25000/23857C.pdf>; cf. également Trib. admin., 31 juillet 2013, n°30544, <https://ja.public.lu/30001-35000/30544.pdf>, p. 8, qui considère que « [l']application textuelle du texte clair et précis par le juge ne peut trouver exception que dans la mesure où il a aboutirait à une situation absurde, contraire à toute logique, bref au bon sens même », cité par P. KINSCH, « Les usages des travaux préparatoires des lois au Luxembourg (le bon, le mauvais et l'indicible) », préc., p. 763, spéc. p. 768.

⁴¹ Cf. entre autres : Cour constit., 6 juin 2018, n°00138, Mémorial A, n°459 du 8 juin 2018, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2018/06/06/a459/jo>

⁴² Cour constit., 23 décembre 2022, n°00176, Mémorial A, n° 19 du 13 janvier 2023, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2022/12/23/a19/jo>, cf. note de P. KINSCH, *JTL*, 2023, p. 172.

Avant la réforme constitutionnelle de 2023, le test de proportionnalité ne figurait qu'à l'ancien article 32 (2) alinéa 2 de la Constitution⁴³ (actuel article 48 alinéa 2) portant sur les conditions que doivent respecter les mesures prises par le Grand-Duc en cas d'état d'urgence. La Constitution disposait que ces mesures « *doivent être nécessaires, adéquates et proportionnées au but poursuivi et être conformes à la Constitution et aux traités internationaux* ». La Cour n'a jamais été saisie d'une question préjudicielle portant sur cette disposition constitutionnelle.

Depuis 2023, inspiré de la pratique de la CEDH⁴⁴, ce principe a été généralisé pour toutes les limitations aux libertés publiques. Il a été inscrit dans la Constitution à l'article 37 qui dispose que « [t]oute limitation de l'exercice des libertés publiques doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires dans une société démocratique et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

En outre, le principe est prévu à l'actuel article 15 de la Constitution. Son premier alinéa reprend les dispositions de l'ancien article 10bis de la Constitution et dispose que « [l]es Luxembourgeois sont égaux devant la loi »; alors que son deuxième alinéa ajoute désormais que « [l]a loi peut prévoir une différence de traitement qui procède d'une disparité objective et qui est rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but ». Il s'agit ici de la codification d'une jurisprudence constante de notre Cour⁴⁵, suivant laquelle « **le législateur peut, sans violer le principe constitutionnel de l'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents à la condition que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but** »⁴⁶.

Bien qu'elle en fit régulièrement l'usage pour analyser le respect du principe d'égalité devant la loi⁴⁷, cette jurisprudence ne consacrait pas expressément le principe de proportionnalité comme « *principe constitutionnel autonome* »⁴⁸. Cette consécration a été opérée par une série de trois arrêts rendus en 2021.

Le premier de ces arrêts, rendu le 22 janvier 2021⁴⁹, considère que le principe de proportionnalité est un « *principe général de droit* ». La Cour y fait référence dans un obiter qui précède un attendu de principe important qui consacre « *le principe de sécurité juridique comme principe général inhérent à leurs ordres juridiques respectifs ainsi que les principes de confiance légitime et de non-rétroactivité des lois comme principes généraux ou fondamentaux,*

⁴³ Ce texte a été lui-même introduit assez récemment, par la loi du 13 octobre 2017 portant révision de l'article 32, paragraphe 4 de la Constitution, Mémorial A, n°908 du 16 octobre 2017, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2017/10/13/a908/jo>. Pour un historique de la genèse de cette disposition, cf. M. THEWES, « Le Conseil d'Etat Luxembourgeois et le principe de proportionnalité », in *Actes du séminaires des Conseils d'Etat français et luxembourgeois et de la Cour administrative luxembourgeoise du 16 novembre 2021*, préc. p. 138.

⁴⁴ M. THEWES, préc.

⁴⁵ P. KINSCH, « L'égalité devant la loi », préc., spéc. p. 95, note de bas de page 3.

⁴⁶ Nous soulignons, Cour constit. 26 mars 1999, n° 77/99, Mémorial A, n°41 du 20 avril 1999, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/1999/03/26/n1/jo>.

⁴⁷ M. THEWES, préc., spéc. p. 139.

⁴⁸ Formule de M. THEWES, préc.

⁴⁹ Cour constit., 22 janvier 2021, n°00152, Mémorial A n° 72 du 28 janvier 2021, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2021/01/22/a72/jo>, note de P. KINSCH, *JTL*, 2021, p. 105.

en tant qu'expressions de la sécurité juridique ». Cet obiter rappelle « que la Cour constitutionnelle a d'ores et déjà recours à un autre **principe général de droit**, à savoir celui de la proportionnalité, lorsqu'elle examine, dans le cadre de l'analyse de la conformité d'une loi au texte de l'article 10bis de la Constitution qui consacre le principe de l'égalité devant la loi, la question de savoir si la différence de traitement opérée par la loi répond à une différence objective des situations à régler en vue de décider si la loi mise en cause respecte le texte constitutionnel »⁵⁰.

Dans l'arrêt du 19 mars 2021⁵¹ la Cour précise expressément (et en faisant référence à l'arrêt du 22 janvier 2021 précité) que « le principe de proportionnalité [est] un principe à valeur constitutionnelle ». Cependant, la doctrine relève que, malgré le fait que la Cour indique qu'il s'agit d'une « mise en balance » entre les objectifs de la loi et le respect des droits des contribuables visés « la Cour ne décline aucunement les critères ou les étapes de cette « mise en balance » »⁵².

Le 12 mai 2021⁵³, saisie d'une question préjudicielle portant sur la conformité au principe d'égalité devant la loi des critères utilisés par la loi électorale pour fixer le nombre des élus par circonscription, la Cour a rappelé que « [q]uels que soient les critères à la base de la fixation du nombre des députés à élire par circonscription, le principe constitutionnel de proportionnalité s'impose de toute manière au législateur ».

Plus récemment, dans un arrêt du 30 septembre 2022, à l'occasion de l'examen de la proportionnalité des mesures de lutte contre la pandémie Covid-19, notre Cour a eu l'occasion d'énoncer le sens qu'elle entend donner au principe de proportionnalité et a précisé qu'elle « ne sera amenée à conclure à une violation de la Constitution que s'il apparaît une rupture **du juste équilibre**, devant être préservé **entre les risques existants et les moyens nécessaires** pour y pallier par la mise en place d'une mesure inadéquate au regard de la situation, par nature évolutive à laquelle le législateur avait à faire face »⁵⁴.

22. Votre Cour passe-t-elle par chaque étape applicable du test de proportionnalité ?

Non, la Cour ne suit pas systématiquement chaque étape du test de proportionnalité.

Deux approches principales se démarquent dans sa pratique. La première concerne l'application du principe de proportionnalité en tant que principe constitutionnel. Dans ce contexte, le test effectué par la Cour consiste en une « mise en balance » des droits et des objectifs de la loi (comme l'illustre l'arrêt du 19 mars 2021 précité) ou, plus récemment, la

⁵⁰ Nous soulignons.

⁵¹ Cour constit., 19 mars 2021, n°00146, Mémorial A, n°232 du 23 mars 2021, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2021/03/19/a232/jo>.

⁵² M. THEWES, « Le Conseil d'Etat Luxembourgeois et le principe de proportionnalité », préc., n°15, p.138, spéc. p. 140.

⁵³ Cour constit., 12 mai 2021, n°00165, Mémorial A, n°372 du 17 mai 2021, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2021/05/12/a372/jo>.

⁵⁴ Cour constit., 30 septembre 2022, n°00170, préc.; Cf. dans le même sens, Cour constit., 25 novembre 2022, n°00172, Mémorial A, n°605 du 7 décembre 2022, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2022/11/25/a605/jo> et Cour constit., 3 mars 2023, n°00178, Mémorial A, n° du <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2023/03/03/a114/jo>.

vérification du « juste équilibre » entre les droits protégés et les droits mis en cause par la loi (comme illustré dans l'arrêt du 30 septembre 2022 précité).

La seconde approche est appliquée dans le cadre des recours qui concernent le principe d'égalité devant la loi. Dans ces cas, le juge constitutionnel s'assure que la différence de traitement est basée sur des disparités objectives et est rationnellement justifiée, adéquate, et proportionnée à son but. Cependant, dans ce deuxième contexte, la Cour n'analyse pas toujours de manière exhaustive chaque étape du test de proportionnalité; elle peut se concentrer sur certains aspects selon les cas, sans nécessairement distinguer les trois étapes de manière explicite⁵⁵.

23. Existe-t-il des affaires dans lesquelles votre Cour admet que la mesure litigieuse satisfait à une ou plusieurs étapes du test de proportionnalité, même s'il n'y a manifestement pas suffisamment de preuves pour démontrer ce fait ?

Comme énoncé plus haut, la Cour n'analyse pas systématiquement de manière exhaustive chaque étape du test de proportionnalité, cependant il serait démesuré de considérer que la Cour l'ait fait en absence de preuves suffisantes.

24. L'apparition du contrôle de la proportionnalité dans la jurisprudence de votre Cour a-t-elle coïncidé avec l'essor de la théorie de la déférence judiciaire ?

Non.

25. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle façonné l'approche de votre Cour en matière de déférence ? La doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme sur la marge d'appréciation est-elle l'équivalent national de la marge d'appréciation que votre Cour accorde ? Si non, à quelle fréquence les considérations relatives à la marge d'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme recourent-elles les considérations relatives à la déférence de votre Cour dans des affaires similaires ?

La Cour s'est référée expressément à la jurisprudence de la CEDH dans ses arrêts du 22 janvier 2021 et 19 mars 2021⁵⁶. Cependant la référence ne portait pas sur le concept de déférence, ni sur celui de marge d'appréciation. Au contraire, elle a servi à appuyer la consécration du principe de proportionnalité en tant que principe constitutionnel⁵⁷.

⁵⁵ Cf. à titre d'exemple Cour constit. 9 décembre 2022, n°00174, Mémorial A, n° 632 du 16 décembre 2022, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2022/12/09/a632/jo>; Cour constit. 23 décembre 2022, n°00176, préc. Ces deux arrêts sont aussi des exemples où les deux types de test sont appliqués dans le même recours, c'est-à-dire une application du principe de proportionnalité en tant que principe constitutionnel une analyse de proportionnalité dans le cadre d'un recours portant sur le principe d'égalité devant la loi.

⁵⁶ Préc., cf. note 49 et 51 *supra*.

⁵⁷ P. KINSCH, « Les principes généraux du droit comme éléments de l'ordre juridique luxembourgeois », *JTL*, 2022, p. 69, spéc conclusion p.75 : « Dans les deux cas de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence constitutionnelle, les influences des juridictions européennes (Cour de justice de l'Union européenne ou Cour

(cont.)

26. La Cour européenne des droits de l'homme avait-elle condamné votre Etat en raison de la déférence dont votre Cour a fait preuve dans une affaire précise, déférence qui en a fait un recours inefficace?

Non, pas expressément. Cependant, il convient de mentionner l'arrêt de la CEDH rendu dans l'affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg⁵⁸, qui concernait le refus du Luxembourg d'accorder l'exéquatur à un jugement péruvien d'adoption plénière accordée à une mère adoptive célibataire de nationalité luxembourgeoise.

Dans cette affaire, la question préjudicielle posée à notre Cour était de savoir si la loi luxembourgeoise qui ne permettait qu'aux couples mariés d'adopter plénièrement un enfant, à l'exclusion des personnes célibataires était conforme au principe de l'égalité devant la loi. Pour notre Cour⁵⁹ « *la spécificité se justifie si la différence de condition est effective et objective, si elle poursuit un intérêt public et si elle revêt une ampleur raisonnable; [...] elle est légitime en l'espèce comme s'appuyant sur une distinction réelle découlant de l'état civil des personnes, sur une garantie accrue au profit de l'adopté par la pluralité des détenteurs de l'autorité parentale dans le chef des gens mariés et sur une proportionnalité raisonnable du fait que l'adoption simple reste ouverte au célibataire dans le respect des exigences de forme et de fond prévues par la loi* ». Sur le fondement de cette décision, les tribunaux luxembourgeois ont refusé l'exéquatur de la décision d'adoption⁶⁰.

Si la CEDH ne sanctionne pas expressément notre Cour pour (excès de) déférence, elle retient une position tout-à-fait opposée sur la question de l'adoption par des célibataires. Elle a constaté, entre autres, que « *d'une part, les liens de l'enfant sont rompus avec sa famille d'origine, mais que, d'autre part, aucun lien de substitution plein et entier n'existe avec sa mère adoptive. L'intéressée se retrouve dès lors dans un vide juridique, qui n'a d'ailleurs pas été comblé par le fait qu'une adoption simple a été accordée entre-temps* »⁶¹ et a considéré qu'« *en l'espèce, aucun motif de nature à justifier pareille discrimination. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'avant les faits litigieux d'autres enfants péruviens adoptés par des mères célibataires ont obtenu un jugement d'adoption plénière de plein droit au Luxembourg* »⁶².

Pour la doctrine « *[c]et incident ne reflète pas une divergence de vues entre la Cour Constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme. Les deux juridictions n'avaient, tout simplement, pas à répondre à la même question* »⁶³. Ceci serait dû au fait que

européenne des droits de l'homme) ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine étrangère sont évidentes – y compris, dans les derniers arrêts de la Cour constitutionnelle, l'influence de la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral allemand et de la doctrine allemande ».

⁵⁸ CEDH, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg, n°76240/01, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-2049896-2174101>.

⁵⁹ Cour constit., 13 novembre 1998, n°2/98, Mémorial A, n°102 du 8 décembre 1998, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/1998/11/13/n1/jo>.

⁶⁰ Les procédures administratives ont également échoué : cf. CEDH, 28 juin 2007, préc. cons. 35 et s.

⁶¹ Cons. 155.

⁶² Cons. 157.

⁶³ P. KINSCH, « L'égalité devant la loi », préc. p. 112 : « *Cet incident ne reflète pas une divergence de vues entre la Cour Constitutionnelle et la Cour européenne des droits de l'homme. Les deux juridictions n'avaient, tout simplement, pas à répondre à la même question, si bien qu'il n'est pas trop étonnant que leurs réponses aient été divergentes. Mais il est clair que la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme, plus proche des faits* (cont.) »

la Cour constitutionnelle opère un contrôle abstrait des questions préjudicielles qui lui sont posées alors que la CEDH a pu prendre en compte d'autres faits litigieux.

IV. Autres particularités

27. À quelle fréquence la question de la déférence se pose-t-elle dans les affaires relatives aux droits de l'homme jugées par votre Cour?

Non applicable. Cf. réponse à la question 1, *supra*.

28. Votre Cour est-elle devenue plus déférente avec le temps?

Non. Cf. réponse à la question 1, *supra*.

29. L'attitude déférente dépend-elle du nombre d'affaires inscrites au rôle de la Cour?

Non. Cf. réponse à la question 1, *supra*.

30. Votre Cour peut-elle fonder ses décisions sur des motifs non avancés par les parties? Votre Cour peut-elle recadrer les motifs avancés en vertu d'une disposition constitutionnelle différente de celle invoquée par le demandeur?

L'article 8 de la loi du 27 juillet 1997 précitée dispose que « [l]a question préjudicielle qui figure au dispositif du jugement ne doit répondre à aucune condition particulière de forme. Elle indique avec précision les dispositions législatives et constitutionnelles sur lesquelles elle porte ». La Cour a considéré que cet article ne l'habilitait pas « à substituer une autre règle constitutionnelle à celle précisée par la juridiction de renvoi »⁶⁴. La doctrine indique que dans des arrêts subséquents, la Cour a pu « ajouter, à l'article de la Constitution cité par la juridiction de renvoi, un autre article, non cité mais intrinsèquement lié au premier »⁶⁵.

La Cour a précisé sa position sur la question pour statuer qu'il est « indifférent [...] que la juridiction de renvoi s'abstienne de désigner l'article de la Constitution susceptible d'être violé par une norme légale, dès lors qu'elle indique clairement la règle juridique contenue dans une ou plusieurs dispositions de la Constitution »⁶⁶.

et moins abstraite, était objectivement préférable. Au Luxembourg, c'est aux juridictions de fond qu'il appartenait de prendre en considération les éléments concrets de la situation internationale dont il s'agissait ».

⁶⁴ Cour constit. 17 novembre 2006, n°37/06, Mémorial A, n°220 du 20 décembre 2006, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2006/11/17/n1/jo>.

⁶⁵ Cf. arrêts cités in L. HEUSCHLING, « Pourquoi la Cour constitutionnelle devrait s'intéresser à l'histoire, ou audaces apparentes et réelles de l'arrêt no 146 (2019) relatif à « l'État de droit » », *JTL*, 2019, p. 97, spec. p. 108, *supra* section B, note 95. Selon l'auteur cité, « [c]e type de raisonnement n'est [...] pas à considérer comme une prise de distance par rapport à la lecture très restrictive posée dans l'arrêt no 37 ».

⁶⁶ Cour constit., 1^{er} octobre 2010, n°57/10, Mémorial A, n°180 du 11 octobre 2010, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2010/10/01/n1/jo>; Cour constit., 28 mai 2019, n°00146, Mémorial A, n°383 du 4 juin 2019, <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/acc/2019/05/28/a383/jo>, note de L. HEUSCHLING, *préc.*

Dans les arrêts cités sous la question 12, la Cour a recadré les questions posées en les rattachant aux principes de proportionnalité et en se référant la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE.

31. Votre Cour peut-elle étendre son contrôle de constitutionnalité à une autre loi non contestée devant elle mais liée à la situation du requérant?

Non.

Luxembourg, le 23 avril 2024