

Eradiquer les plages de non droit

Il a été beaucoup question, dans le passé relativement récent, de la nécessité de doter notre système judiciaire d'un mécanisme de nature à garantir que la norme réputée suprême en droit, à savoir la Constitution, soit assurée de le rester en fait. Le malaise déclenché par le procédé - pour certains seulement "inélégant", pour d'autres purement et simplement inconstitutionnel - suivant lequel nos responsables politiques ont entrepris la ratification du Traité de Maastricht, et le sentiment qu'à cette occasion même le Conseil d'Etat, pourtant réputé gardien de la Constitution, a failli à sa mission en succombant à des considérations d'opportunité politique, ont donné une impulsion supplémentaire au débat.

Au risque de me tromper, je dirai qu'en général le défaut de contrôle de constitutionnalité des lois semble actuellement être ressenti, dans notre pays, comme constituant l'entorse la plus sensible aux principes de l'Etat de droit, compris comme un Etat dans lequel tous les actes du pouvoir, y compris législatif, doivent se faire dans le respect de la hiérarchie des normes et doivent être susceptibles de faire l'objet d'un contrôle correspondant. A cet égard, il est significatif que se soit constituée une association dont la dénomination même - "Konstitutionun a Rechtsstaat" - est de nature à favoriser une assimilation entre les problématiques "Etat de droit" et "contrôle de la constitutionnalité des lois".

Sans vouloir d'aucune manière minimiser l'importance que revêt le contrôle de constitutionnalité pour la perfection de l'Etat de droit, le débat sur la nécessité d'un tel contrôle ne doit pas, à mon sens, occulter le fait que notre système juridique connaît d'autres plages de non droit à l'éradication desquelles il est impéatif de s'attacher. Sans prétendre être complet, j'identifierai trois plages de la sorte, c'est-à-dire des domaines dans lesquels les actes du pouvoir et des membres de celui-ci échappent au contrôle de la justice: l'immunité des membres du gouvernement; le défaut de contrôle de constitutionnalité des lois; les lacunes de notre contentieux administratif.

Au niveau du principe, toutes ces entorses à l'impéatif de l'Etat de droit revêtent, à mon sens, une importance similaire. En pratique, par contre, leurs implications sur le comportement du pouvoir sont d'im-

portance inégale et je les aborderai dans l'ordre inverse de la gravité qu'elles revêtent à mon sens, tout en soulignant qu'il y a urgence à les éliminer toutes.

L'immunité des membres du Gouvernement

Il s'en est fallu du scandale du sang contaminé - ou empoisonné - en France pour que l'on prenne conscience de la perversité qu'il y a à soustraire les membres du gouvernement à la justice dite "de droit commun" dont relève le bas peuple. On a ainsi vu comment le seul fait de demander le renvoi d'un ministre devant la Haute Cour de Justice sera taxé de manœuvre politicienne par la majorité gouvernementale - pas nécessairement à tort d'ailleurs - et que celle-ci n'entamera guère de procédure de ce genre que si l'accusé l'y invite. Drôle de justice pourtant que celle qui ne fonctionne que sur invitation de l'inculpé!

Dans des systèmes politiques où de plus en plus les parlements chantent à l'unisson avec leurs gouvernements, le fait de confier aux députés - d'ailleurs dans leur grande majorité tout à fait incompetents en la matière - la responsabilité de décider s'il y a lieu d'entamer des poursuites pénales à l'encontre d'un ministre revient - plus manifestement que ce n'était probablement l'intention des auteurs de dispositions constitutionnelles de ce genre - à créer un privilège tout à fait exorbitant au profit des membres du gouvernement, privilège incompatible avec le principe de l'égalité des citoyens devant la loi et en conséquence avec notre conception de l'Etat de droit.

En l'état actuel, l'article 82 de notre Constitution réserve pourtant à la Chambre des Députés le monopole pour "accuser les membres du Gouvernement". Il est significatif qu'alors que l'alinéa 2 de l'article 82 de la Constitution - qui date de 1868 - dispose qu' "une loi déterminera les cas de responsabilité, les peines à infliger et le mode de procéder, soit sur l'accusation admise par la Chambre, soit sur la poursuite des parties lésées", une telle loi n'a jamais vu le jour, la loi sur l'organisation judiciaire se bornant à prévoir qu'en cas d'accusation d'un ministre par la Chambre, il appartient à la Cour Supérieure de Justice d'y sta-

Notre système juridique connaît plusieurs plages de non droit: l'immunité des membres du gouvernement; le défaut de contrôle de constitutionnalité des lois; les lacunes de notre contentieux administratif.

tuer. L'empressement mis par le gouvernement et les députés à donner de la consistance à l'article 82 de la Constitution est révélateur du peu d'intérêt que le pouvoir attache à la possibilité de voir mettre cette disposition en oeuvre, et en conséquence de voir les siens "traînés" devant les tribunaux.

Si cette plage de non droit n'a qu'une portée relativement limitée en fait - jusqu'au jour où nous serons gratifiés d'un scandale comparable à celui du sang contaminé en France - elle a une valeur symbolique toute particulière parce qu'elle ne peut manquer d'établir le sentiment que ceux qui nous gouvernent ont la conviction d'être au-dessus du commun des mortels - et plus encore des lois - et sont décidément soucieux de ne pas avoir, comme tout un chacun, à répondre de leurs actes devant le pouvoir judiciaire.

Le défaut de contrôle de constitutionnalité des lois

Le sujet étant sur la place publique, je n'ai pas à m'y attarder.

C'est un fait qu'en l'état actuel, nos juridictions refusent de contrôler la conformité des lois votées par la Chambre avec les dispositions inscrites dans la Constitution et d'écarter l'application des dispositions législatives qui seraient contraires à celle-ci¹, alors que simultanément elles font prévaloir les dispositions issues de traités internationaux sur les lois nationales et refusent en conséquence d'appliquer ces dernières lorsqu'elles sont incompatibles avec les premières. Par ailleurs, nous n'avons actuellement aucune juridiction spéciale qui aurait pour mission de procéder à un contrôle de la constitutionnalité des lois, qu'il s'agisse d'un contrôle préalable (c'est-à-dire précédent l'entrée en vigueur de la loi) ou à posteriori (dans le cadre d'un litige donné).

Eu égard au fait qu'il ne paraît plus guère y avoir personne qui ne préconise l'introduction d'un contrôle de la constitutionnalité des lois, point n'est besoin de plaider ici la cause d'une telle réforme². Il faut effectivement être imbu de théories politiques du 18ème pour trouver quelque logique à un système où la norme réputée suprême peut être violée à sa guise par le parlement qui tire lui-même ses attributions de cette Constitution que rien ne l'oblige à respecter!

Les débats en cours portent essentiellement sur les modalités suivant lesquelles le contrôle de constitutionnalité devrait se faire, mais ce n'est pas là l'objet de la présente contribution.

Les lacunes du contentieux administratif

A mon sens, c'est dans le domaine du contentieux administratif que notre système juridique présente les plages de non droit aux implications factuellement les plus lourdes. Ce n'est certes pas ce qui y paraît à première vue, notamment si on compare la situation à celle en matière de contrôle de constitutionnalité: tandis que, dans ce dernier domaine, la situation actuelle se caractérise par un vide pur et simple³, les

actes de l'administration sont, dans leur grande majorité, soumis au contrôle, ou du moins à un certain contrôle, du Conseil d'Etat, Comité du contentieux; par ailleurs, l'enjeu que représente le contrôle du respect de la Constitution par le législateur paraît, d'une certaine manière, plus grave que celui du contrôle juridictionnel de tout acte de la gestion administrative courante. Et pourtant: du fait de la permanence de l'action administrative, de la multiplicité des actes de l'administration et des implications directes que ceux-ci ont sur la situation concrète des administrés et du pays, le risque de l'arbitraire dans l'action administrative pèse d'un poids particulièrement lourd lorsqu'il s'agit de dire dans quelle mesure un Etat est effectivement un Etat de droit.

Quelles sont donc les lacunes de notre droit administratif à l'élimination desquelles il faut, à mon sens, s'attaquer avec vigueur?

Rappelons que dans notre système juridique, la compétence pour juger de la régularité des actes de l'administration appartient au Comité du contentieux du Conseil d'Etat, à propos duquel l'article 83 bis alinéa 2 de la constitution, telle qu'elle a été modifiée le 13 juin 1989, dispose qu'il "constitue la juridiction suprême en matière administrative".

Cependant, en l'état actuel de la loi de jurisprudence, la compétence et le pouvoir du Comité du contentieux pour contrôler les actes de l'administration sont limités à un double titre⁴: d'une part le Comité du contentieux ne se reconnaît juge que des actes administratifs individuels, par opposition aux actes ayant un caractère réglementaire; d'autre part, sauf disposition légale expresse, le recours ouvert contre un acte administratif individuel n'est jamais qu'un recours en annulation dans le cadre duquel la seule légalité de la décision critiquée est soumise au contrôle du Conseil d'Etat, sans que celui-ci puisse se faire juge du bien fondé de la décision prise.

Un contrôle limité aux actes administratifs individuels

Aux termes de l'article 31 de la loi portant organisation du Conseil d'Etat, "le Comité du contentieux statue... sur les recours... contre toutes les décisions administratives".

Sur base de ce texte, le Conseil d'Etat déclare irrecevable tous recours à l'encontre d'actes administratifs à caractère réglementaire, c. à d., selon la jurisprudence actuelle, ayant une portée générale et impersonnelle. Alors qu'il est incontestable que l'intention du législateur était de ne pas attribuer, au Comité du contentieux, compétence pour statuer sur la légalité des actes réglementaires proprement dits, le Comité du contentieux a délibérément opté pour une définition restrictive de la notion de "décision administrative" en ne qualifiant comme telles que les décisions prises sur base des lois et règlements pour régler une situation déterminée et dont l'effet est rigoureusement restreint à la situation individuelle à laquelle elle se rapporte⁵.

De la sorte sont déclarés irrecevables non seulement, en principe⁶, les recours à l'encontre de règlements

Nous n'avons actuellement aucune juridiction spéciale qui aurait pour mission de procéder à un contrôle de la constitutionnalité des lois, qu'il s'agisse d'un contrôle préalable ou a posteriori.

grand-ducaux pris pour l'exécution d'une loi, mais encore, par exemple, tous recours à l'encontre des décisions qui jalonnent l'adoption d'un plan d'aménagement, contre celles qui déclarent des travaux d'utilité publique en vue d'une expropriation ou encore contre la décision d'une commune par laquelle celle-ci fixe son programme scolaire⁷.

La justification donnée à la règle suivant laquelle un recours ne peut pas être dirigé contre un acte réglementaire, est tirée essentiellement de ce que de tels actes ne lésaient jamais directement les droits des administrés, ceux-ci ne pouvant être lésés que par les décisions individuelles qui seront le cas échéant prises à leur égard sur base de ces actes réglementaires. Or, en vertu de l'article 95 de la Constitution, "les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois". En pratique, cela signifie que lorsque le Comité du contentieux est saisi d'un recours contre une décision individuelle, il a le pouvoir de contrôler si les actes réglementaires sur lesquels se fonde cette décision individuelle sont légaux et, dans la négative, d'écarter l'application de ces règlements et, en conséquence, d'annuler la décision individuelle critiquée pour défaut de base légale. C'est un peu difficile à comprendre pour les non-juristes, mais, en règle générale, cela fonctionne, non sans inconvénients cependant⁸. On appelle cela le contrôle "incident" de la légalité des actes réglementaires.

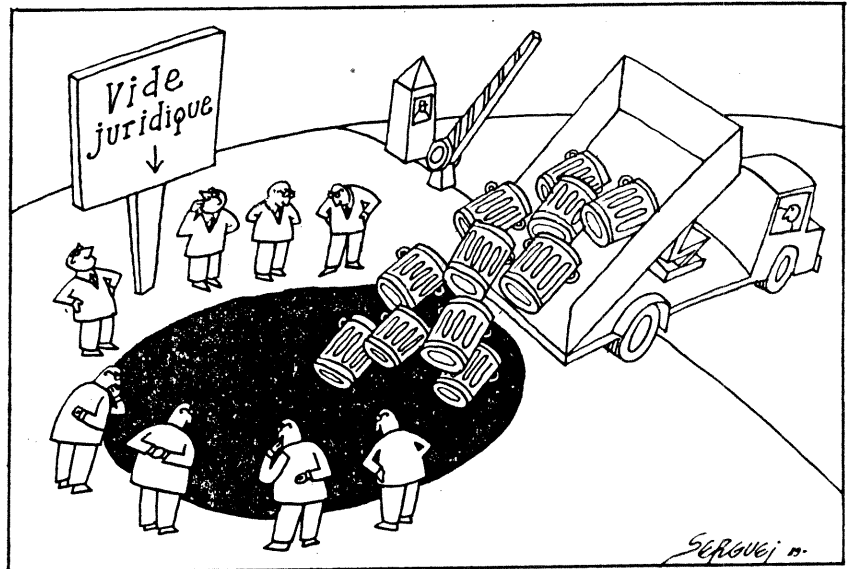
Ainsi que le relève Fernand Schockweiler, on a pu croire que "cette possibilité du contrôle incident de légalité ... ferait disparaître toute nécessité d'un contrôle direct, les particuliers pouvant toujours, à l'occasion d'un acte individuel d'application qui affecte leurs droits, contester la légalité de l'acte réglementaire qui en constitue la base et obtenir ainsi la consécration judiciaire de leurs droits et intérêts lésés par un acte réglementaire"⁹. Cependant, ainsi que le fait remarquer le même auteur, "cette affirmation qui a pu apparaître comme convaincante à première vue ne résiste toutefois pas à une confrontation avec la réalité. En effet, il existe des actes réglementaires qui lèsent directement les particuliers, sans avoir besoin de l'interposition d'un acte individuel d'application. En leur refusant le droit d'agir en annulation contre l'acte réglementaire, on leur dénie tout droit à une protection juridictionnelle".

Ceci est surtout vrai en raison de la définition étroite que le Conseil d'Etat donne du concept de "décision administrative" et de la définition large qu'il donne de celui de "l'acte réglementaire". Ainsi, par exemple, la délibération d'un conseil communal arrêtant un programme scolaire, délibération que le Conseil d'Etat ne considère pas comme constituant une décision administrative mais comme un acte réglementaire, sortira directement ses effets à l'égard des enfants qui fréquentent l'école, sans qu'aucune décision administrative individuelle ait encore à intervenir. Il en résulte que les personnes concernées par de tels actes se voient privées de tout droit de recours à l'encontre d'un acte qui, finalement, affecte bel et bien leur situation et leurs droits individuels.

C'est ce constat qui a amené Me Alex Bonn, ancien président du Conseil d'Etat, à parler, à propos du Luxembourg, d'un Etat de droit imparfait ("Der un-

vollkommene Rechtsstaat", Letzeburger Land, 26 février 1988), en relevant que "Einer der Grundpfeiler des Rechtsstaates ist aber das Vorhandensein eines Richters für jeden Rechtsstreit. Dies gilt besonders für Verwaltungsstreitigkeiten. Gegenüber der allmächtigen Verwaltung, muss die Schwäche des einzelnen durch die Möglichkeit der Anrufung eines unabhängigen Richters ausgeglichen werden".

Cette lacune de notre contentieux administratif soulève finalement la question de la compatibilité de celui-ci avec les exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dont l'article 6, 1



Serguei, in: Le Monde

dispose que "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... par un tribunal ... qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil", tandis que son article 13 dispose que "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale."

L'article 6, 1 ne vise pas tous les droits d'un individu, mais seulement ses "droits et obligations à caractère civil". De même, l'article 13 de la Convention ne vise que les hypothèses de violation de l'un des droits ou libertés "reconnus par la Convention". Mais dans la mesure où un acte administratif, qualifié par le Conseil d'Etat de réglementaire et à ce titre non susceptible de recours, lèse directement des droits civils ou des droits et libertés protégés par la Convention, l'inexistence d'un recours au profit de la personne concernée est incompatible avec les articles 6, 1 et 13 de la Convention.

Mais les exigences de l'Etat de droit tel que nous le concevons, vont au-delà de celles consacrées par la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et l'existence d'un recours juridictionnel devrait être garantie en toutes matières. En effet, le seul moyen de contraindre tant soit peu le pouvoir exécutif au respect conséquent de la légalité est d'ouvrir - comme c'est le cas, par exemple, en France - le recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'ensemble des actes de l'administration, y compris les actes de nature réellement réglementaire.



Guy W. Stoos

L'existence d'un recours juridictionnel devrait être garantie en toutes matières. En effet, le seul moyen de contraindre tant soit peu le pouvoir exécutif au respect conséquent de la légalité est d'ouvrir - comme c'est le cas, par exemple, en France - le recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'ensemble des actes de l'administration, y compris les actes de nature réellement réglementaire.

Il s'agit de permettre le contrôle et la sanction de tous les actes du pouvoir exécutif et législatif - et de ses membres - et d'assurer ainsi la prééminence du Droit.

Recours en annulation et recours en réformation

Par application de la loi portant organisation du Conseil d'Etat, un recours en réformation - encore dit "de pleine juridiction" ou "au fond" - dans le cadre duquel le Conseil d'Etat peut substituer sa propre décision, et en conséquence son appréciation sur une affaire, à celle de l'administration, n'existe que lorsqu'il est expressément prévu par la loi (p. ex. en matière de *commodo/incommodo* ou d'autorisation de faire le commerce). Dans tous les autres cas (par exemple droit des étrangers - entrée, séjour, travail - et droit d'asile), seul un recours en annulation est possible. Dans le cadre d'un tel recours, le Conseil d'Etat ne peut statuer que sur la légalité de la décision critiquée, par opposition à son opportunité et il ne saurait dès lors substituer sa décision à celle de l'administration. C'est à dire que le Conseil d'Etat n'a pas, en principe, à vérifier, dans le cadre d'un tel recours, l'appréciation que l'administration a faite des faits de l'affaire et l'adéquation ou l'équité de la décision prise par rapport au contexte dans lequel elle l'a été.

L'étendue du pouvoir que l'administration tire de cette situation est bien évidemment fonction du contexte légal et réglementaire dans lequel se situe son action. Du moment que les dispositions applicables ne stipulent pas de critères précis selon lesquels les décisions sont à prendre - critères dont le respect est une condition de leur légalité - l'administration est au bout du compte libre de décider comme bon lui semble, sauf à respecter les formes et procédures prescrites, la substance de sa décision n'étant pas su-

jette à vérification par le Comité du contentieux, à moins que celui-ci ne retienne une "erreur d'appréciation manifeste", qu'il assimile à une illégalité. Il n'est pas sérieusement contestable qu'il en résulte un sérieux risque d'arbitraire de l'action du pouvoir exécutif.

Cette deuxième lacune majeure de notre système du contentieux administratif - qui mérite à mon sens d'être qualifiée de plage de non droit - soulève à son tour le problème de sa compatibilité avec les exigences de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En effet, l'article 6, 1 déjà cité de celle-ci prescrit un recours devant une juridiction "qui décidera... des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil" de la partie intéressée, tandis que l'article 13 de la Convention prescrit, en cas de violation d'un droit reconnu dans la Convention, l'existence d' "un recours effectif" devant une instance nationale.

Or, le recours en annulation peut difficilement être considéré comme un recours dans le cadre duquel le Conseil d'Etat "décide des contestations" sur les droits et obligations de caractère civil en cause le cas échéant, tout comme il est loin d'être certain que le recours en annulation mérite d'être qualifié de "recours effectif" au sens de l'article 13 de la Convention. En effet, en l'absence d'instance de pleine juridiction, c'est-à-dire d'un recours en réformation, les administrés n'ont pas la possibilité de faire entendre leur cause par un tribunal susceptible de connaître du fond de l'affaire qui lui est déférée. C'est en ce sens que s'est orientée la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de droit disciplinaire des professions libérales et il n'y a aucune raison de ne pas étendre cette jurisprudence aux matières du contentieux administratif qui mettent en cause des "droits civils" ou des droits et libertés garantis par la Convention.

Mais ici encore, il y aurait lieu, à l'occasion d'une réforme du contentieux administratif, de ne pas seulement mettre le droit luxembourgeois en accord avec les exigences de la Convention; même dans les cas de figure qui ne relèvent pas du champ de la Convention - tel est, par exemple, dans une large mesure, le cas du droit des étrangers - le droit devrait être conféré à tout administré de porter son affaire devant une juridiction pouvant connaître tous les aspects du litige, c'est-à-dire tant ceux qui touchent à la légalité de la décision, que ceux qui touchent à son opportunité.

L'Etat de droit, tel que nous le concevons de nos jours, est à ce prix. On ne peut plus y considérer comme normal que certains aspects de l'action administrative échappent à tout contrôle par une instance juridictionnelle indépendante.

L'enjeu: mettre en échec l'arrogance du pouvoir

A priori, la raison pour laquelle il importe de purger notre système législatif des plages de non droit ci-avant inventoriées est simple: il s'agit de permettre le contrôle et la sanction de tous les actes du pouvoir exécutif et législatif - et de ses membres - et d'assurer ainsi la prééminence du Droit.

l'autre, alors, précisément, que l'un est la cause de l'autre, ils méritent, à mon sens, d'être distingués. Il est en effet impressionnant de constater avec quelle superbe le pouvoir exécutif, à l'occasion, se met dans l'illégalité, comme si - et dans une certaine mesure c'est vrai - le fait que ses actes échappent au contrôle de la justice lui conférerait une liberté d'agir comme bon lui semble. Le comble du paradoxe, c'est qu'à l'appui de tels agissements, les pouvoirs concernés s'ingénieront généralement à faire valoir, sans les moindres états d'âme, qu'ils n'agissent que dans l'intérêt général!

Que ceux qui regrettent le système politique sous lequel ils vivent, voire ceux qui sont simplement écartés du pouvoir, estiment à l'occasion, à tort ou à raison, qu'il n'a pas coïncidence assurée entre l'intérêt général et le respect de l'ordre légal dont les gouvernants ont accouché, se comprend. Que ceux qui, par contre, tirent leur pouvoir de cet ordre légal et dont une fonction manifeste est de le faire respecter - sauf à le modifier suivant les procédures prévues à cet effet - puissent prétendre excuser publiquement les illégalités qu'ils commettent par une référence à l'intérêt général, tel que eux le conçoivent, s'entend, me paraît une démarche à proprement parler perverse.

Aussi l'élimination des plages de non droit est-il le moyen le plus sûr pour mettre en échec l'arrogance avec laquelle le pouvoir se met, à l'occasion, au-dessus des normes à la mise en place desquelles il préside pourtant.

Marc Elvinger

¹A relever pourtant que le comité du contentieux du Conseil d'Etat s'est, dans deux arrêts rendus en 1992, livré à un examen de la conformité de dispositions légales avec des normes constitutionnelles, tout en arrivant à chaque fois à la conclusion que la loi mise en cause n'était en fait pas anticonstitutionnelle. Mais le fait même que le Conseil d'Etat se soit livré à l'examen en question ne fait en principe de sens que si, le cas échéant, il eut été disposé à refuser l'application de la loi s'il était arrivé à la conclusion que celle-ci était incompatible avec une norme constitutionnelle.

²Etant précisé que la nécessité même d'une réforme paraît douteuse à ceux qui estiment que la Constitution actuelle ne fait aucunement obstacle à ce que nos juridictions, aussi bien judiciaires qu'administratives, procèdent au contrôle de constitutionnalité, de sorte que ces juridictions pourraient parfaitement revenir sur leur attitude actuelle consistant à s'abstenir d'un tel contrôle (cf aussi note 1).

³En fait, ce constat de carence peut être quelque peu relativisé par le fait que, dans le domaine des droits fondamentaux surtout, bon nombre de dispositions constitutionnelles figurent simultanément - et souvent de manière plus élaborée - dans des conventions internationales dont nos juridictions assurent la prééminence par rapport à la législation nationale.

⁴Les développements ci-après reprennent en la résumant une partie d'un avis élaboré à l'intention des députés de la GAP à la Chambre des députés, et qui fera l'objet d'une publication dans le n°1/93 du Bulletin du Cercle François Laurent, paru en mai 1993.

⁵Schockweiler, *Le contrôle de la légalité des actes à caractère réglementaire*, Pasirisie 27, p. 252; CE, 6 août 1956, Pas. 16, p. 531; CE, 11 avril 1973, Pas. 22, p. 327.

⁶En principe, parce que ce n'est pas la forme de l'acte qui importe mais son contenu; il en résulte que si l'administration prend, sous le couvert d'un règlement grand-ducal, une décision au sens de l'article 31 de la loi organique, elle n'en est pas moins susceptible de recours.

⁷ASTI, ville d'Esch-sur-Alzette, Conseil d'Etat, 6 juillet 1988, Pas. 27, p. 264.

⁸C'est ainsi que l'acte réglementaire illégal subsiste et que l'administration pourra continuer à l'invoquer à l'appui des décisions individuelles qu'elle prend, au risque bien évidemment de voir celles-ci déclarées nulles, une à une.

⁹Schockweiler, art. préc., n°258.