

Agnès Rausch

La fonction du Conseil d'État dans la procédure législative

« Il est parfois nécessaire de changer certaines lois, mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante. »
(Montesquieu)

Avant d'entrer au Conseil d'État, en février 2000, mes connaissances en étaient fort limitées ; les seuls contacts que j'avais eus avec cette institution étaient liés au droit d'asile. En effet, jusqu'en 1995, l'instance de recours, en cas de décision négative, était bien le Conseil d'État. Aussi, lors de l'élaboration de la première loi sur l'asile (loi du 3 avril 1996), le Lëtzebuenger Flüchtlingsrot, dont j'étais membre à cette époque, participa activement à son élaboration. Nous avions préparé à l'aide de juristes, spécialistes du droit d'asile, un texte alternatif, qui ne resta pas sans effet. Nous considérions le Conseil d'État comme un allié, dans la mesure où la Convention de Genève, norme supérieure, était en cause, ainsi que d'autres questions de droit, comme le double degré de juridiction en matière administrative. Ce principe amena d'ailleurs le Conseil d'État à refuser la dispense du second vote à la Chambre des députés concernant la loi actuelle régissant le droit d'asile (loi du 5 mai 2006).

Fondements

La Constitution, en son article 83bis, donne sa mission au Conseil d'État : « donner son avis sur les projets et propositions de loi et les amendements . . . ainsi que sur toutes autres questions qui lui sont déférées par le Gouvernement ou par les lois ».

La loi du 12 juillet 1996 portant réforme du Conseil d'État précise dans ses articles 2 et 3 les attributions en matière législative et réglementaire. Voici des extraits de l'article 2 : « *Aucun projet ni aucune proposition de loi ne sont présentés à la Chambre des députés et, sauf le cas d'urgence à apprécier par le Grand-Duc, aucun projet de règlement pris pour l'exécution des lois et des traités ne sont soumis au Grand-Duc,*

C'est la force de persuasion de ses arguments et le bien-fondé de ses propositions de modification de textes qui constituent le pouvoir du Conseil d'État.

qu'après que le Conseil d'État a été entendu en son avis. Cet avis est donné par un rapport motivé contenant des conclusions et, le cas échéant, un contre-projet. S'il estime un projet ou une proposition de loi contraire à la Constitution, aux conventions et traités internationaux, ainsi qu'aux principes généraux du droit, le Conseil d'État en fait mention dans son avis. Il en fait de même, s'il estime un projet de règlement contraire à une norme de droit supérieure... »

Quant à l'article 3, il dit ceci : « *Le Gouvernement, avant de soumettre au Conseil d'État un projet de loi ou règlement, peut*

demander son avis sur le principe. » Lors des dernières cinq années, le gouvernement a fait une seule fois usage de cette disposition, en demandant au Conseil d'État de l'éclairer sur la question de la participation des ressortissants communautaires non luxembourgeois au référendum sur la « Constitution européenne ». L'article 3 continue : « *De son côté, le Conseil d'État peut appeler l'attention du Gouvernement sur l'opportunité de nouvelles lois ou de nouveaux règlements ou de modifications à introduire dans les lois et règlements existants.* » Le fait que le Conseil d'État, depuis que j'en suis membre, n'a jamais fait usage de ce pouvoir légalement établi, n'infirme-t-il pas à lui seul tout reproche d'opportunisme à son égard ?

Voilà pour les textes !

De l'image¹ du Conseil d'État

Ce sont les O qui prévalent parmi les critiques : opportunisme, obscurantisme, organe obsolète crient les uns, un organe à vocation exclusivement « légistique » disent les autres ou, tout au plus, un conseil législatif ! Les conseillers, eux, quelque peu étonnés de ce tollé, se réfèrent aux textes fondateurs et expriment à l'occasion de l'exposition « Le Conseil dans tous ses États – Schlaglichter auf 150 Jahre Staatsrat Luxemburg² » leur propre image de l'institution, dont ils

sont membres. Et voici quelques citations de mes collègues :

- *Éclairer et conseiller en toute indépendance*
- *Par une approche objective, non partisane, surmonter les clivages politiques*
- *Apporter une plus-value en élaborant des avis communs sur des questions politiquement controversées*
- *Veiller à la qualité de textes législatifs et réglementaires, tant du point formel que par rapport au fond*
- *Avoir le souci de textes structurés et cohérents, qui s'insèrent harmonieusement dans l'ordre juridique existant*
- *Contribuer à la maturité des lois*
- *Passer au peigne fin les textes, pour en enlever les imperfections et le manque de cohérence*

Sans avoir fait le compte, les termes d'**in-dépendance** et de **cohérence** sont ceux qui reviennent le plus souvent dans les textes proposés à la lecture au visiteur de l'exposition.

Du pouvoir du Conseil d'État

D'un point de vue tout à fait subjectif, je dois avouer que dans l'enceinte du n° 5 rue Sigefroi prévaut une atmosphère de service, de réflexion, de discussion parfois véhémement, toujours respectueuse, et de recherche du consensus. L'intérêt général, le souci du bien-être public ou la cohésion interne de l'État social sont d'autres termes qui peuvent décrire cette atmosphère. Le pouvoir réel que détient le Conseil d'État est un pouvoir de réflexion et non de décision ; c'est la force de persuasion de ses arguments et le bien-fondé de ses propositions de modification de textes qui constituent son pouvoir. Car que peut-il faire d'autre, le Conseil d'État, s'il n'est pas suivi en ses oppositions formelles, que de retarder de trois mois l'entrée en vigueur d'une loi, en refusant la dispense du second vote constitutionnel ?

Mais n'aurait-il pas un pouvoir caché, presque occulte, celui de laisser les projets ou propositions dans ses tiroirs, c'est-à-dire de ne pas les aviser et ainsi de les bloquer ? Sincèrement, je ne connais aucun dossier que le gouvernement ou le Parlement ait mis sur leur liste de priorité et que le Conseil d'État aurait omis d'aviser. Cela prend parfois du temps, c'est vrai ! Par contre, je connais un certain nombre de propositions de loi pour lesquelles une prise de position du gouvernement

fait toujours défaut, respectivement des textes avisés auxquels la Chambre des députés ne donne pas de suite ; il est souverain, le Parlement, donc nous n'avons pas à nous plaindre. La notion biblique de serviteur inutile peut aider le conseiller à garder ses pieds sur terre.



© SIP

Peut-être est-il bon d'ajouter, en ces temps où les activités de lobbying se multiplient, que le Conseil d'État n'est pas un super-lobby, une fois notre avis écrit, et soit rendu public pour les textes législatifs, soit rendu au gouvernement pour les textes réglementaires, nous n'en faisons ni publicité ni démarche en groupe de pression pour défendre mordicus l'une ou l'autre de nos propositions. L'indifférence stoïque ou ignacienne règne dans « l'après-avis ».

En pratique, comment cela se passe-t-il ?

A. Un projet de loi est soumis par le Premier ministre au Conseil d'État

- Une première discussion générale a lieu, de préférence après l'obtention des avis obligatoires des chambres professionnelles, et d'autres instances ayant reçu cette compétence par leur loi organique. C'est le cas par exemple du Collège médical pour ce qui touche à la santé ou du Conseil national des étrangers pour tout ce qui traite du droit des étrangers.

- Le secrétariat complète le dossier par les textes législatifs afférents en vigueur au Luxembourg et, le cas échéant, dans nos pays voisins.

- En fonction de la complexité et de la « sensibilité » du projet, la lecture et la discussion se fait soit globalement, soit article par article, facilitant la rédaction d'un projet d'avis par le rapporteur.

- Nourri par la réflexion et la discussion collective, par les textes existants, il appartient au rapporteur de chercher en plus de la documentation scientifique, nécessaire pour l'éclairer davantage, avant de se mettre à la formulation d'un projet d'avis. Ici encore, le secrétaire de la commission et la responsable de la bibliothèque rendent de bons services.

- Une fois le projet d'avis rédigé, il est lu à haute voix en commission, discuté, modifié, corrigé et approuvé, phrase par phrase, par les membres de la commission, pour ensuite passer en assemblée plénière. Si l'avis suscite de grandes discussions, il est renvoyé en commission en vue de la recherche d'un consensus. Ceci explique aussi pourquoi les avis minoritaires sont rares.

Lors du vote sur les avis, il arrive que des conseillers d'État s'abstiennent pour avoir participé en une autre qualité à l'élaboration du projet en question ; ceci dans le respect de la séparation des pouvoirs.

Les amendements gouvernementaux ou parlementaires passent le même chemin, mais à une vitesse supérieure, parce qu'une connaissance approfondie du dossier est déjà donnée.

B. Pour les propositions de loi émanant d'un membre de la Chambre des députés, le Conseil d'État demande au préalable une prise de position du gouvernement. Si une prise de position gouvernementale fait défaut, le Conseil d'État avise ces propositions de loi selon le même schéma que décrit plus haut, si possible, conjointement à des projets de loi ayant trait à des matières similaires.

C. Quant aux directives à transposer en droit national, le Conseil d'État veille à une transposition correcte, c'est-à-dire en suivant de près les normes communautaires données et en faisant usage des stipulations qui laissent un vrai choix aux États membres. Un exemple récent a été la discussion sur le droit au travail des demandeurs d'asile pour lequel la directive laissait une certaine latitude.

Voilà pour ce qui est de la procédure !

La grille de lecture du Conseil d'État

Pour juger un texte qui lui est soumis pour avis, le Conseil d'État se base sur le respect des normes de droit supérieur (pour les projets et propositions de loi : Constitution, conventions et traités internationaux ; pour les règlements : base légale et conformité aux lois existantes) et sur le respect des principes généraux du droit, comme le disent les textes fondateurs cités plus haut.

Si à première vue **la conformité à la Constitution** semble aller de soi, il n'est pas rare que le Conseil d'État doive en rappeler certaines règles, comme par exemple le principe de la légalité des peines (article 14) ou les matières réservées à la loi (article 32, paragraphe 3).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ou de la Cour constitutionnelle du Luxembourg sont d'autres instruments qui servent de base à une lecture analytique des textes sous avis.

Mais qu'en est-il de ces **principes généraux** de droit ? Dans les dictionnaires, on peut lire qu'il s'agit de principes juridiques non écrits, de portée générale, quasi universelle. De plus en plus, les spécialistes parlent de **sécurité juridique**, décrite comme un principe du droit qui a pour objet de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents. Ainsi le rapport public 2006 du Conseil d'État français traite de la sécurité juridique et de la complexité du droit en y jetant un regard très critique – j'y reviendrai plus loin. La confiance légitime est une autre notion qui répond à une définition précise satisfaisant la sécurité juridique, décrite comme la confiance des administrés dans le maintien d'un certain État de droit.

N'étant pas juriste, je vais en donner une énumération non pas « juridiquement correcte », mais selon le bon sens, telle que je l'ai appris et apprécié lors des dernières années.

Le Conseil d'État veille à avoir un texte :

- **cohérent** : une préoccupation majeure du Conseil d'État est le contexte plus large dans lequel s'insère le nouveau texte ; il a en vue l'ensemble de la législation et de la réglementation ;

- **compréhensible** : nul n'est censé ignorer la loi, il faut donc que sa rédaction soit claire, que le texte soit lisible, les formules utilisées non équivoques et que les normes établies ne soient pas d'une trop grande complexité ;

- **prévisible** : cette notion s'oppose à un changement trop rapide des normes et est garante d'une certaine stabilité ;

- **normatif** : sans vouloir révéler tous les secrets du vocabulaire interne au Conseil d'État, il faut que je cite à cet endroit les textes qualifiés de « *Pittis Aufsatz* » pour la simple raison que les articles de la loi qualifiés de cette expression constituent une description ou relèvent du *wishful thinking* plutôt que d'une règle claire, précise, intelligible, accessible, contrôlable et si nécessaire sanctionnable ;

Le Conseil d'État n'est pas un super-lobby, une fois notre avis écrit [...] nous n'en faisons ni publicité ni démarche en groupe de pression pour défendre mordicus l'une ou l'autre de nos propositions.

- **applicable** : en lisant un projet, le Conseil d'État a en tête non seulement son intention louable, mais aussi et surtout son exécution. Car à quoi servent les meilleures dispositions si elles ne deviennent pas réalité ? Je pourrais citer ici certaines mesures du domaine de l'environnement qui nous viennent de Bruxelles et qui sont d'une complexité telle que même nos experts semblent avoir du mal à s'y retrouver ! Le Conseil d'État a également pour souci la bonne gouvernance ;

- qui respecte les **compétences** données par la Constitution et par les lois à chaque organe et chacun à son niveau (exécutif-législatif ; national-local ; public-privé).

Un principe d'un autre ordre, mais non des moindres, est le principe de **précaution**, notamment en matière environnementale.

Finalement, les **répercussions financières** ne sont pas un tabou au sein du Conseil d'État. Hélas, la fiche financière obligatoire fait maintes fois défaut dans les projets soumis pour avis par le gouvernement.

Loin de vouloir faire une liste exhaustive, il m'a paru intéressant, dans un souci de transparence, d'énumérer ces principes.

Des voix critiques

Pour terminer, j'aimerais citer des voix critiques qui s'élèvent en France et qui pourraient contribuer à la réflexion sur notre État de droit.

Commençons avec une mise en garde ancienne, celle de Jean-Jacques Rousseau : « *Tout État où il y a plus de lois que la mémoire de chaque citoyen n'en peut contenir est un État mal constitué, et tout homme qui ne sait pas par cœur les lois de son pays est un mauvais citoyen.* »

Robert Badinter le dit ainsi : « *Le bel ordonnancement des codifications a, depuis longtemps, éclaté sous le poids des textes trop nombreux. Au jardin à la française dont rêvait jadis le législateur a succédé une jungle de textes ou s'enchevêtrent des dispositions disparates et, parfois, contradictoires. À ce foisonnement le droit européen communautaire a ajouté sa lourde contribution, dont l'écriture technocratique défie et décourage l'amateur du beau style juridique ... Le fleuve législatif enfle toujours, mais les eaux qu'il charrie sont plus boueuses que transparentes ... Nous sommes dans une société résolument nomophage, dévoreuse de lois. Et singulièrement, cette société est aussi nomophobe, car elle rejette ou déteste la règle.³ »*

Dans son rapport public 2006, le Conseil d'État écrit : « *Légiférons moins, légiférons mieux* ». Et son vice-président le commente avec les mots suivants : « *La France légifère trop, la France légifère mal* », restant ainsi dans la tradition du vice-président du Conseil d'État qui, en 2001, lors des vœux de nouvel an des corps constitués au chef de l'État avait regretté que « *l'action politique ait pris la forme d'une gesticulation législative ... la loi est bavarde, précaire et banalisée ... au lieu d'être solennelle, brève et permanente* ».

Que la célébration du 150^e anniversaire du Conseil d'État soit une occasion de réfléchir ensemble, non pas seulement sur le nombre de ses membres, mais sur la réforme nécessaire à toute institution, pour que, ayant fait ses preuves par le passé, elle puisse continuer à contribuer utilement à la cohérence sociale et à la sauvegarde de l'État de droit au Luxembourg.

¹ Veuillez lire ce terme avec un accent légèrement anglophone !

² Au Musée d'histoire de la Ville de Luxembourg

³ Citation de l'article La sécurité juridique en droit public et en droit européen publié sur www.prepa-isp.fr.