

N° 6030⁸

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2012-2013

PROPOSITION DE REVISION

portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis de la Cour supérieure de justice (14.7.2011)	1
1. Extrait du procès-verbal du 14 juillet 2011	1
2. Avis de la Cour supérieur de justice	2
2) Avis du Parquet général (19.8.2011)	5
3) Avis de la Cour administrative	14
1. Dépêche du président de la Cour administrative au Ministre de la Justice (11.7.2011)	14
2. Procès-verbal de l'Assemblée générale de la Cour adminis- trative du vendredi, 8 juillet 2011 à 9.30 heures	14
3. Avis de la Cour administrative	14

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(14.7.2011)

EXTRAIT DU PROCES-VERBAL DU 14 JUILLET 2011

L'avis tel que soumis à la Cour est admis.

*

La COUR ordonne qu'une expédition du présent procès-verbal sera transmise à Monsieur le Procureur général d'Etat à Luxembourg à telles fins de droit.

Ainsi fait et délibéré en la chambre du conseil de la Cour Supérieure de Justice à Luxembourg, Cité Judiciaire, Plateau du Saint-Esprit, date qu'en tête.

La Présidente de la Cour,
Marie-Paule ENGEL

La greffière en chef,
Lily WAMPACH

*

AVIS DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

Par courrier daté du 10 mai 2011, Monsieur le Ministre de la Justice a informé Madame la Présidente de la Cour supérieure de Justice de l'intention du Gouvernement de préparer une réforme dont l'objectif est de simplifier l'organisation judiciaire et de réaliser une meilleure répartition des compétences. Plus particulièrement, la création d'une Cour suprême est prévue. Située au sommet de la hiérarchie judiciaire, la future Cour suprême serait à la fois juge de cassation et juge constitutionnel. Cette proposition implique la suppression de la Cour constitutionnelle et de la Cour supérieure de Justice en leurs formes actuelles ainsi que la création d'une nouvelle Cour d'appel. Monsieur le Ministre de la Justice a sollicité une prise de position de la Cour supérieure de Justice sur la réforme envisagée. Au courrier précité était joint un questionnaire en relation avec la création projetée d'une Cour suprême.

*

La Cour constate tout d'abord que la nouvelle Cour suprême serait appelée à se substituer à la fois à la Cour constitutionnelle et à la Cour de cassation. A l'instar de la Cour constitutionnelle, la nouvelle Cour suprême ne ferait partie ni de l'ordre judiciaire ni de l'ordre administratif, „chapeautant“ en quelque sorte les deux ordres.

La Cour voudrait rappeler qu'elle s'est prononcée, dans le cadre de la révision de la Constitution actuellement en cours, et dans un avis commun exprimant la position de la Cour supérieure de Justice, du Parquet général, du Parquet près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, du Tribunal d'arrondissement de Diekirch, du Parquet près le tribunal d'arrondissement de Diekirch et de la Justice de Paix de Diekirch, pour la création d'un ordre juridictionnel unique. Or, la proposition d'instituer une Cour suprême ne semble pas, au vu du questionnaire, traduire une volonté politique de s'engager dans pareille voie.

Si la Cour n'entend pas rouvrir ici le débat, il lui semble néanmoins utile de fournir quelques précisions: la création d'un ordre juridictionnel unique n'implique pas la „fusion-absorption“ des juridictions de l'ordre administratif par les juridictions de l'ordre judiciaire. Une séparation fonctionnelle, et même géographique, paraît concevable. Ce serait donc la séparation structurelle qui disparaîtrait, avec création d'une magistrature unique. Dans une telle optique, la création d'une Cour suprême, en tant que juridiction commune, ferait davantage de sens.

La création d'une Cour suprême ne résout pas le problème, également esquissé dans l'avis précité, que suscite l'existence de juridictions spécialisées, qui tout en étant considérées comme relevant de l'ordre judiciaire, fonctionnent cependant en dehors des structures de l'ordre judiciaire proprement dit. C'est plus particulièrement le cas du Conseil supérieur de la sécurité sociale. Compte tenu de l'importance qu'a pris le contentieux de la sécurité sociale depuis plusieurs années, et des impacts budgétaires que la jurisprudence du Conseil supérieur est susceptible d'avoir, la Cour estime que l'intégration du Conseil supérieur au sein de la Cour d'appel, avec des magistrats à plein temps, devient impérieuse.

*

La nouvelle Cour suprême serait appelée à se substituer à l'actuelle Cour constitutionnelle.

Dans la foulée, le contrôle de la constitutionnalité des lois (à l'exception des lois portant approbation des traités internationaux) serait dévolu à l'ensemble des juridictions, tant judiciaires qu'administratives. Bien entendu, la Cour suprême (en tant que juge de cassation) se verrait investir du même pouvoir. La fonction de juge constitutionnel ne lui serait donc pas spécifique. Elle serait, en tant que juge de cassation, aussi juge constitutionnel, tout comme le juge de première instance ou le juge d'appel seraient aussi juges constitutionnels. Ce n'est que si le système de la question préjudicielle était maintenu, que la Cour suprême serait d'une part juge constitutionnel, et d'autre part juge de cassation qui pourrait cumuler ces fonctions avec celles de juge constitutionnel. Le système de la question préjudicielle ne concernerait alors plus que les juridictions inférieures.

Une telle option réduirait les problèmes de composition que connaît la Cour constitutionnelle lorsqu'elle est saisie par la Cour de cassation d'une question préjudicielle (ou lorsqu'une décision d'une juridiction est cassée parce que les juges n'ont pas saisi la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle, sans se trouver dans un des cas de dispense de saisine prévus par la loi).

Ces difficultés pourraient cependant aussi trouver une solution par la nomination de membres suppléants de la Cour constitutionnelle.

Par ailleurs le cumul des fonctions de juge constitutionnel et de juge de cassation peut engendrer des risques de décisions contraires. Ainsi, la Cour suprême pourrait être saisie d'une question préjudicielle de constitutionnalité d'une disposition légale. Après décision de la Cour suprême (pour les besoins de la discussion il y a lieu d'admettre que la Cour suprême a jugé que la disposition légale en cause n'est pas contraire à une norme constitutionnelle déterminée), l'affaire poursuit son chemin devant les juridictions de fond, pour aboutir finalement devant la Cour suprême, siégeant comme juge de cassation. La constitutionnalité de la disposition légale n'est plus en cause, par contre la conformité de cette même disposition légale à une norme de droit international est en cause. Ce serait l'hypothèse d'une norme de droit international et d'une norme constitutionnelle garantissant un même droit fondamental, par exemple. L'arrêt de la Cour suprême, siégeant en tant que juge de cassation, ira-t-il nécessairement dans le même sens que l'arrêt de la Cour suprême, ayant siégé auparavant comme juge constitutionnel?

Y a-t-il des arguments qui militent en faveur de l'abandon du système de la question préjudicielle? Un des arguments en faveur du contrôle de la constitutionnalité des lois par toute juridiction, qui a déjà été développé lors des travaux parlementaires ayant abouti à la révision constitutionnelle du 12 juillet 1996 (voir, entre autres, l'avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1996 sur le projet de révision de l'article 95 de la Constitution, document parlementaire 4153¹), réside dans la contradiction apparente qu'il y a à reconnaître à toute juridiction le droit d'opérer un contrôle de conventionnalité (c'est-à-dire un contrôle de la conformité des lois à une norme d'essence supérieure, en l'occurrence supranationale) et à lui refuser le droit d'opérer un contrôle de constitutionnalité, notamment dans les cas où une norme issue du droit international et la norme constitutionnelle sont en substance identiques.

Il faut dire que cette contradiction existait aussi déjà du temps où il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité du tout.

En examinant le questionnaire, on peut arriver à la conclusion que le nouveau système, qu'il est éventuellement prévu de mettre en place, ne résoudra pas nécessairement cette contradiction apparente. Il est en effet envisagé de prévoir l'institution d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi à l'encontre des décisions ayant retenu l'inconstitutionnalité d'une disposition légale, lorsque, pour une raison ou une autre, la décision n'est pas entreprise, dans les délais légaux et par une des parties, par une voie de recours ordinaire ou extraordinaire.

Ce „pourvoi dans l'intérêt de la loi“ suscite plusieurs interrogations:

- n'est-ce pas, par la petite porte, réintroduire la question préjudicielle?
- pourquoi prévoir un pourvoi dans l'intérêt de la loi pour les seules décisions ayant déclaré une disposition légale contraire à telle ou telle norme constitutionnelle? Il y aura des cas où il n'y a pas de différence entre l'effet d'un contrôle de conventionnalité par une juridiction et un contrôle de constitutionnalité par cette même juridiction (ou par une autre juridiction), et ce lorsque la norme supranationale et la norme constitutionnelle sont en substance identiques. Bien sûr, la possibilité d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi est possible déjà actuellement sous l'empire des textes existants (article 4 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, article 422 du Code d'instruction criminelle). L'articulation d'un tel pourvoi dans l'intérêt de la loi à l'encontre de décisions judiciaires ayant déclaré une disposition légale contraire à une disposition de droit international, avec la mission du juge de cassation ne semble cependant pas aisée (il est renvoyé, à titre d'illustration, à la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle l'appréciation du dépassement du délai raisonnable relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond). En définitive, la contradiction apparente qui existe, au niveau des conditions d'exercice, entre contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité, risque d'être simplement déplacée au niveau du résultat du contrôle.
- Le pourvoi dans l'intérêt de la loi pose la question des conséquences attachées aux arrêts de la Cour suprême rendus sur un tel pourvoi. En règle générale (article 4 de la loi modifiée du 18 février 1885 et article 422 du Code d'instruction criminelle, précités), les parties ne pourront pas se prévaloir de la décision rendue sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi.

Reconnaître aux parties à la décision attaquée le droit de se prévaloir de l'arrêt de la Cour suprême rendu sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, c'est susciter la question si dans d'autres espèces, où la question de la constitutionnalité a été tranchée de la même manière que dans la décision sujette à pourvoi dans l'intérêt de la loi, les parties à ces décisions pourront également se prévaloir de l'arrêt de la Cour suprême. Or, il ne devrait pas revenir à la Cour suprême, en tant que juridiction, de rendre

des arrêts ayant effet erga omnes. Il est renvoyé à ce sujet au rapport de la commission des institutions et de la révision constitutionnelle de la Chambre des députés sur la proposition de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle (document parlementaire 4218⁹), qui s'est exprimée comme suit au sujet des conséquences attachées aux arrêts de la Cour: „les décisions d'ordre législatif s'imposant à tous sont du domaine réservé du pouvoir législatif“. L'exception instituée par la loi de 1997 à l'effet relatif des arrêts de la Cour constitutionnelle (en ce sens que les juridictions, devant lesquelles une question de constitutionnalité est soulevée, sont dispensées de saisir la Cour constitutionnelle si la question a déjà été tranchée par celle-ci) ne semble pas de nature à justifier qu'on fasse de l'exception la règle.

- La portée des arrêts rendus par la Cour suprême, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, semble par ailleurs fonction de l'exercice de cette voie de recours tout à fait particulière que constitue le pourvoi dans l'intérêt de la loi: est-ce que le Procureur général d'Etat peut, ou est-ce qu'il doit se pourvoir dans l'intérêt de la loi, toutes les fois qu'une décision retient l'inconstitutionnalité d'une disposition légale? L'obligation faite au Procureur général d'Etat d'exercer un pourvoi dans l'intérêt de la loi ne manquerait pas de faire surgir nombre de questions pratiques épineuses (comment savoir si une décision n'est plus susceptible d'être attaquée par une voie de recours ordinaire, si le point de départ du délai est lié à une signification de la décision à l'initiative d'une partie). Ce qui plus est, il serait alors légitime de se poser la question si l'objectif (assurer, de façon uniforme, le respect des règles constitutionnelles fondamentales; proposition de révision de l'article 95 de la Constitution, exposé des motifs, document parlementaire 4153, page 4) n'est pas garanti de manière beaucoup plus effective par le système d'une Cour constitutionnelle ayant seule pouvoir, sur question préjudicielle, de se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi.

La Cour voudrait encore ajouter qu'un contrôle de constitutionnalité des lois, aligné sur le contrôle de conventionnalité, risque de susciter des controverses au sujet de l'exclusion des lois portant approbation de traités internationaux. Il est renvoyé à ce sujet au rapport de MM. Guy Reiland et Georges Wivenes présenté à la rencontre des Cours à compétence constitutionnelle de l'Union européenne de septembre 1997, publié à la Pasicrisie luxembourgeoise, tome 30, pages 33 à 41, et plus particulièrement page 37, où ces deux magistrats écrivent: „on a pu regretter l'attitude contradictoire des juridictions qui se refusaient à opérer un contrôle de constitutionnalité tout en sanctionnant la primauté du droit international. Il faut toutefois reconnaître que cette approche était en harmonie avec l'absence, dans la Constitution, d'une disposition consacrant la primauté du droit international sur la loi. En effet, la consécration constitutionnelle de la primauté du droit international sur le droit interne aurait pu susciter des interrogations sur le fondement juridique de cette primauté et faire apparaître le conflit entre une norme interne et un traité également comme un conflit entre une norme interne et la Constitution“.

L'institution d'une Cour suprême avec des magistrats dont la mission première (et non plus seulement accessoire) serait de veiller au respect des règles constitutionnelles fondamentales, est assurément un objectif en soi louable. Il est cependant possible d'avancer cette même préoccupation à propos d'autres juridictions (tel le Conseil supérieur de la sécurité sociale, comme déjà indiqué ci-dessus). Par ailleurs, il n'y a pas lieu de perdre de vue que le nombre de questions préjudicielles dont la Cour constitutionnelle a été saisie depuis sa création, reste quand même limité, et il n'y a pas lieu d'admettre qu'avec l'institution d'une Cour suprême ce nombre ira en augmentant (la constitutionnalité d'une disposition légale n'étant pas liée à la nature de la juridiction ayant à statuer sur le contrôle de constitutionnalité). La principale fonction des membres de la Cour suprême sera dès lors celle de juges de cassation.

*

La Cour suprême serait par ailleurs juge de cassation.

La Cour n'entend pas prendre position sur la question de l'opportunité d'introduire également le recours en cassation en matière administrative, n'étant pas en premier lieu concernée par l'introduction d'un recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives.

Une réforme actuelle de la Cour supérieure de Justice ne s'impose en tout cas que s'il est envisagé d'introduire le recours en cassation en matière administrative.

*

La Cour n'entend pas se prononcer en l'état sur des questions de détail de l'organisation d'une future Cour suprême.

Elle signale cependant que l'attribution à la Cour suprême du pouvoir de statuer sur les accusations admises contre les membres du Gouvernement, de même que le pouvoir de statuer sur les accusations portées par la Chambre des députés contre les membres de la Commission européenne, pourraient poser problème au regard de l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (double degré de juridiction).

*

AVIS DU PARQUET GENERAL

(19.8.2011)

PREMIERE PARTIE DE L'AVIS RELATIVE A LA CREATION D'UNE COUR SUPREME

Afin d'éviter toute confusion il y a lieu de rappeler que les avis des instances judiciaires émis en été 2010 ne portaient pas sur la création éventuelle d'une Cour suprême mais constituaient une prise de position à l'égard de la proposition de révision de la Constitution de la Commission des Institutions et de la Révision Constitutionnelle où il n'était pas question de la création d'une Cour suprême. Le présent avis a donc un tout autre objet.

*

I. La création éventuelle d'une Cour suprême constituerait sans doute une réforme majeure du système juridictionnel luxembourgeois, qui a déjà connu, surtout dans un passé récent, de profondes modifications

En effet, depuis l'indépendance du Luxembourg et tout au long du XIXe et du XXe siècles, la préoccupation du législateur était de s'inspirer des modèles français et belge. Ceci a certes conduit à des résultats globalement satisfaisants, étant cependant remarqué que la taille des pays de référence ainsi que le nombre de leurs habitants rendaient assez artificielles certaines transpositions et ont surtout conduit à un gonflement des institutions judiciaires luxembourgeoises peu adaptées à la population et à la taille du pays. Depuis les années 1990, sous l'impulsion, essentiellement, de juridictions internationales, le Luxembourg a connu des innovations extrêmement importantes en la matière. En effet, la justice administrative a été réorganisée et un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a été institué, et cela sans que les exemples traditionnels français et belge aient été suivis, le constituant luxembourgeois s'étant engagé dans des voies nouvelles qui ont, d'ailleurs, dans une large mesure, fait leurs preuves.

Il ne faut dès lors pas rechigner devant l'idée de la création d'une juridiction, au sommet de la hiérarchie judiciaire, adaptée aux spécificités luxembourgeoises et, en particulier, à la taille du pays.

L'idée même de la création d'une Cour suprême appelée à se situer au sommet des deux ordres de juridiction actuels est à saluer pour différentes raisons, certaines ayant déjà été exposées dans différents papiers consacrés au sujet:

A. Une vraie unité de la jurisprudence – la recherche de cette unité constituant la raison d'être d'une Cour de cassation dans un grand pays doté de plusieurs cours d'appel risquant de s'engager dans des jurisprudences divergentes – n'est pas garantie au Luxembourg, malgré l'existence d'une Cour de cassation au sommet des juridictions de l'ordre judiciaire, et cela pour deux raisons:

- tout d'abord, la Cour administrative est la juridiction suprême de l'ordre administratif, de sorte que le risque d'une contrariété de jurisprudences entre la Cour de cassation et la Cour administrative ne peut être écarté. S'il est exact que ces contrariétés de jurisprudence sont rares – les matières dans lesquelles les deux juridictions sont compétentes étant différentes – il n'en reste pas moins qu'elles sont apparues sur plusieurs points, ce qui est fort fâcheux. La tâche des avocats est évidemment encore plus difficile en raison de ces divergences;
- ensuite, il y a un risque de contrariété entre les jurisprudences de la Cour constitutionnelle, d'une part, et respectivement, de la Cour de cassation et de la Cour administrative d'autre part. La question est loin d'être théorique. En effet, il a été jugé par la Cour constitutionnelle que l'inter-

diction de l'adoption plénière d'un enfant par un célibataire n'est pas contraire à la protection de la vie familiale constitutionnellement garantie, mais il a été jugé postérieurement, en dernière instance, par l'ordre judiciaire, qu'une telle interdiction est contraire à la protection de la vie familiale telle que garantie par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pour arriver à une vraie unité de la jurisprudence, il faudrait donc conférer à la Cour suprême les compétences actuellement dévolues tant à la Cour de cassation qu'à la Cour constitutionnelle.

- B. La création d'une Cour suprême qui, comme il vient d'être dit, cumulerait les fonctions de juge de cassation en toutes matières et de juge constitutionnel, permettrait d'éliminer une anomalie du système juridictionnel luxembourgeois actuel. Selon le système en vigueur, tout juge est juge de la conventionalité des lois, tandis que dès lors qu'il se pose une question de constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle doit être saisie à titre préjudiciel.

Alors, deux solutions sont raisonnablement possibles: soit instaurer un contrôle de la conventionalité par la seule Cour constitutionnelle, soit aligner le contrôle de la constitutionnalité des lois sur celui de la conventionalité. La première solution constituerait un recul par rapport au principe de l'application directe des Conventions internationales pour autant que les conditions techniques en sont données et serait contraire aux traditions luxembourgeoises; elle n'est d'ailleurs actuellement envisagée par personne et on peut se demander pourquoi une Cour „constitutionnelle“ serait compétente en la matière. La deuxième solution, qui est à préférer, ôte à la Cour constitutionnelle sa raison d'être.

- C. Actuellement, les questions de conflits de compétence entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives relèvent de la compétence de la Cour supérieure de justice, organe judiciaire, ce qui est illogique dans un système de dualité des ordres de juridictions (cf. en France, le tribunal des conflits).
- D. La Cour constitutionnelle, qui juge des affaires qui sont en règle générale d'une importance capitale, est dépourvue de ministère public, alors qu'en matière de cassation, les conclusions du ministère public constituent un élément extrêmement important de la procédure. En cas de réunion de la cassation et du contrôle de la constitutionnalité entre les mains d'une Cour suprême, celle-ci pourrait profiter des vues du ministère public. Ceci est très important dans des matières qui portent sur des questions intéressantes au plus haut degré l'ordre public et dans lesquelles la Cour constitutionnelle doit actuellement se contenter des conclusions des parties qui ont en vue leur seul intérêt particulier, ce qui est d'ailleurs tout à fait légitime, et non pas l'intérêt supérieur du bien public.
- E. A ces considérations théoriques s'ajoutent quelques éléments en fait. Tout d'abord, il y a un large consensus que le fonctionnement actuel de la Cour de cassation ne saurait perdurer. Celle-ci, composée de trois conseillers, mais siégeant à cinq, doit se compléter, pour chaque affaire, par deux conseillers de la Cour d'appel.

Ce système fait régulièrement l'objet de graves objections dans le monde judiciaire en général et dans celui des avocats en particulier. (voir les différents avis de l'Ordre des avocats). Ces contestations, qui ne manquent pas de pertinence et méritent certainement une discussion, portent principalement sur l'absence de véritable indépendance de la Cour de cassation par rapport à la Cour d'appel. Aussi avance-t-on qu'il devrait y avoir une séparation effective entre la Cour d'appel et la Cour de cassation.

- F. Il y a également une considération pratique à formuler au niveau de la Cour constitutionnelle. Actuellement, les litiges les plus importants, à savoir ceux qui concernent la constitutionnalité des lois, sont traités par des juges ne s'occupant de cette matière que de manière accessoire. Il s'agit à présent des conseillers de la Cour de cassation, du président et du vice-président de la Cour administrative, de trois présidents de chambre de la Cour d'appel et de la présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui assument la fonction de juge constitutionnel à côté de leurs charges ordinaires.

Il y a plus: puisque, dans le système actuel, les magistrats siégeant dans la juridiction qui pose la question préjudicielle de constitutionnalité, ne sont pas habilités à siéger dans la formation de la Cour constitutionnelle qui répond à la question, il arrive fréquemment que des magistrats non spécialistes dans une matière soient appelés à se prononcer, dans cette même matière, sur la constitutionnalité d'une loi. On a ainsi vu la Cour de cassation poser à la Cour constitutionnelle une question de droit pénal sur laquelle, en raison des règles de composition, les membres de l'ordre

administratif de la Cour constitutionnelle étaient appelés à concourir à la réponse. L'inverse peut se présenter encore plus souvent. Il est ainsi imaginable que les deux membres actuels de la Cour administrative concourent à l'arrêt qui pose à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle de droit administratif et que cette dernière soit obligée de se composer de magistrats dont aucun ne relève de l'ordre administratif.

II. Dans l'ordre chronologique, la Cour administrative, puis la Cour supérieure de justice, ont émis, chacune, un avis concernant la création éventuelle d'une Cour suprême. Ces avis appellent les observations suivantes:

A. La Cour administrative se prononce contre la création d'une Cour suprême. A bien comprendre l'avis, il semble qu'elle soit essentiellement préoccupée par la crainte de perdre son autonomie.

Il est vrai qu'en cas d'institution d'une Cour suprême, les arrêts de la Cour administrative seraient susceptibles d'un pourvoi en cassation. Ceci ne présenterait rien d'anormal, les arrêts de la Cour d'appel – laquelle, à l'instar de la Cour administrative, constitue une juridiction du second degré jugeant les affaires en fait et en droit – pouvant également être attaqués par un pourvoi.

1. La Cour administrative n'a cependant pas tort de souligner le caractère spécifique de la procédure administrative. Un recours devant le tribunal administratif a, en règle, déjà fait l'objet d'une procédure précontentieuse dans laquelle des règles très protectrices des droits des administrés ont été appliquées, de sorte qu'en forçant quelque peu les concepts, on pourrait soutenir qu'en matière de contentieux administratif, il existe d'ores et déjà, comme en matière judiciaire, trois instances avec, pour le surplus, un triple examen du recours au fond.

2. Il y a également le danger d'un allongement de certaines procédures qui requièrent célérité dans l'intérêt à la fois de l'administration et de l'administré. En cas de contestation d'une adjudication publique, l'on ne saurait attendre éternellement avant de savoir à qui doit revenir le marché public. L'exemple le plus éloquent est certainement celui du droit des étrangers. Par nature un recours en matière de protection internationale est suspensif. Si, en raison d'une procédure de cassation, systématique (comme actuellement la procédure d'appel, l'expérience l'a montré) puisqu'elle permet au demandeur d'asile de rester au pays en attendant une décision définitive, le séjour des demandeurs d'asile déboutés se perpétue indûment, tout le système des rapatriements risque de devenir ingérable, ce qui constitue un réel danger pour la paix publique.

La solution ne saurait, pour des raisons évidentes d'égalité devant la loi, consister dans la suppression de la faculté de former un pourvoi dans certaines matières. Il faudrait plutôt instaurer, à l'instar de ce qui est la règle dans la presque totalité des pays dotés d'une Cour suprême, un système de filtrage des pourvois pour déclarer, dans un bref délai à déterminer par la loi, irrecevables les pourvois manifestement dénués de tout fondement.

3. La Cour administrative a également raison de se soucier de la spécialisation des magistrats de la Cour suprême. Il serait incompréhensible qu'en première et deuxième instance, les recours soient traités par des magistrats spécialisés en droit administratif et fiscal – ce qui est la raison d'être de l'existence de l'ordre de juridiction administratif – et que la Cour suprême ne reflète en aucune manière cette spécialisation.

Pour pallier ce risque, on pourrait prévoir législativement que la Cour suprême soit composée obligatoirement d'un certain nombre de magistrats de chacun des deux ordres de juridiction.

B. Dans son avis, la Cour supérieure de justice souligne un certain nombre de problèmes que pose la création d'une Cour suprême, sans cependant se prononcer contre une telle innovation.

1. Elle met en évidence la position de la Cour suprême qui constituerait un organe qui se situerait au sommet des deux ordres de juridiction – judiciaire et administratif – sans relever de l'un ou de l'autre.

Cette considération théorique ne porte pas à conséquence; par ailleurs, actuellement, la Cour constitutionnelle se trouve dans la même situation, la Cour supérieure le souligne d'ailleurs.

2. La Cour reconnaît le problème potentiel d'une contradiction entre un arrêt prononcé par la Cour suprême siégeant comme juge constitutionnel, sur question préjudicielle, et comme juge de cassation, statuant ultérieurement dans le même litige. Elle admet que cet état de choses milite en faveur de l'abandon du système de la question préjudicielle, ce qui fait de tout juge un juge constitutionnel, la Cour suprême étant alors naturellement appelée à se prononcer en dernier ressort, comme juge de cassation, sur les questions soulevées. Elle souligne également, dans ce

contexte, la contradiction entre le contrôle de la conventionalité des lois qui peut être exercé par tout juge et celui de leur constitutionnalité, réservé à la Cour constitutionnelle et conclut que l'institution d'une Cour suprême éliminerait cette difficulté.

Les remarques faites par la Cour à propos de la dichotomie entre le contrôle de la constitutionnalité des lois et celui de leur conventionalité, qui n'est pas rationnellement justifiée, emportent la totale adhésion du soussigné. Seul l'alignement d'un contrôle sur l'autre permet d'éliminer cette anomalie. En effet, il serait hautement inopportun d'instaurer un système de renvoi préjudiciel en matière de contrôle de la conventionalité des lois, un tel système risquant, par la fréquence de tels contrôles et le retard que prend une affaire en cas de renvoi préjudiciel, de provoquer, de manière inacceptable, une complication des procédures et un grave arriéré judiciaire. La seule solution rationnelle consiste, ainsi que le préconise la Cour supérieure de justice, dans l'abandon du système de la question préjudicielle en matière de constitutionnalité des lois et dans la possibilité, pour tout juge, d'exercer un tel contrôle, la décision finale revenant, par le jeu de l'exercice des voies de recours, à la juridiction suprême.

3. Dans le cadre de ses développements sur les conséquences qu'impliquerait la suppression de la Cour constitutionnelle avec attribution à chaque juge de la compétence de déclarer une loi anticonstitutionnelle, la Cour exprime surtout ses franches réserves quant à l'instauration de la possibilité, pour le Procureur général d'Etat, de faire un pourvoi dans l'intérêt de la loi contre une décision d'une juridiction autre que la Cour suprême, qui a déclaré une loi contraire à la Constitution, un tel pourvoi étant conçu pour contrebalancer le pouvoir qui serait reconnu à tout juge de déclarer une loi contraire à la Constitution. La Cour se demande encore pourquoi un tel recours serait réservé à la matière de la constitutionnalité des lois, à l'exclusion de leur conventionalité. Dans ce contexte, elle souligne que dans le cadre d'un pourvoi en cassation, le contrôle de la conventionalité risque de se révéler délicat. Elle donne l'exemple du contrôle du respect du délai raisonnable qui, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Tout en montrant de la compréhension pour les préoccupations de la Cour supérieure de justice concernant l'introduction d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, il y a lieu de formuler les considérations suivantes.

Contrairement à ce que semble avoir compris la Cour, le pourvoi dans l'intérêt de la loi s'appliquera indistinctement dans le domaine du contrôle de conventionalité et dans celui du contrôle de constitutionnalité. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi constitue au demeurant une institution qui existe depuis la création de la Cour de cassation.

L'exemple cité par la Cour relatif au respect du délai raisonnable, appelle les observations qui suivent. Il n'y a pas de différence de nature entre le contrôle de la conventionalité des lois et celui de leur constitutionnalité. Il s'agit d'un contrôle abstrait, de pur droit, pouvant parfaitement être exercé par un juge de cassation. Il est vrai que l'appréciation du respect du délai raisonnable relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, mais il s'agit en l'occurrence d'un contrôle concret du respect, par un juge, du délai raisonnable, question de fait dont ne connaît actuellement pas la Cour de cassation et dont ne connaîtra pas la Cour suprême. S'il s'agissait de contrôler le respect du délai raisonnable institué par une loi – p. ex. pour rendre une décision juridictionnelle – il s'agirait de toute évidence d'une question de droit qui relèverait du contrôle de la Cour de cassation et, désormais, de la Cour suprême.

On ne saurait par conséquent que souscrire à l'idée de l'institution d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, à la fois en matière de contrôle de la conventionalité des lois et en matière de constitutionnalité de celles-ci.

4. La Cour se pose par ailleurs des questions sur la portée des arrêts rendus sur pourvoi dans l'intérêt de la loi et se demande si de tels arrêts s'imposent aux autres juridictions saisies ultérieurement d'une question pareille. Elle conclut que tel ne saurait être le cas qu'à la condition de reconnaître aux arrêts de la Cour suprême rendus en la matière un effet erga omnes, c'est-à-dire, concrètement, d'un arrêt de règlement, banni de notre système institutionnel. Concernant les modalités pratiques d'un tel pourvoi, elle pose la question de savoir si un tel pourvoi sera obligatoire et à partir de quel moment le délai pour l'exercer commencera à courir. Elle souligne qu'un tel litige risquerait de ne pas aboutir, en dernière instance, à la Cour suprême, étant donné que l'exercice des voies de recours est à la disposition des parties.

Il ne faut pas perdre de vue la finalité d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Un tel pourvoi ne sert absolument pas à interférer dans l'affaire de l'espèce ni à se substituer aux recours éventuels des parties. La seule finalité du pourvoi consiste à éviter qu'une jurisprudence considérée comme erronée s'instaure.

Il y a encore lieu de remarquer que le recours en cassation dans l'intérêt de la loi existe déjà à l'heure actuelle et ceci tant en matière civile que pénale sans que les arrêts rendus en vertu de cette procédure n'aient jamais donné lieu à des difficultés.

Différentes conséquences en découlent:

Tout d'abord, on pourrait prévoir que les arrêts rendus sur pourvoi dans l'intérêt de la loi ne le seraient effectivement que dans l'intérêt de la loi, et resteraient sans effet sur les droits des parties au litige. Un tel arrêt n'aurait par ailleurs aucun effet contraignant sur les juridictions saisies ultérieurement de la même question, mais il constituerait une très forte source d'inspiration et les parties à ce litige seraient conscientes qu'en cas de jugement contraire, elles auraient tout intérêt à introduire elles-mêmes un pourvoi. Un tel arrêt n'aurait donc pas d'effet inter partes, ni même, techniquement, erga omnes, et il ne constituerait certainement pas un arrêt de règlement, la Cour suprême, comme les autres juridictions, restant par ailleurs parfaitement libre de ne pas suivre sa précédente jurisprudence au cas où elle serait ultérieurement saisie de la même question.

Ensuite, en ce qui concerne les modalités pratiques de l'exercice du pourvoi, la finalité du recours dans le seul intérêt de la loi et l'absence d'effet de l'arrêt sur les droits des parties dans le litige concret impliqueraient qu'aucun délai ne doit être prévu pour l'exercice du pourvoi, celui-ci pouvant être exercé alors même que la décision est coulée en force de chose jugée depuis longtemps.

Puisque seule une décision connaissant une certaine publicité peut faire jurisprudence – ce que tend à éviter le pourvoi dans l'intérêt de la loi – l'on pourrait se dispenser de prévoir une notification au Procureur général d'Etat des décisions ayant déclaré une loi anticonstitutionnelle ou contraire à une Convention internationale. Un tel système serait d'ailleurs difficile à organiser puisque la signification des décisions est à la discrétion des parties, beaucoup de décisions n'étant jamais signifiées. Il faudra conférer au Procureur général le droit d'exercer le pourvoi dans l'intérêt de la loi, sans limitation dans le temps, dès qu'il prend connaissance de l'existence d'une telle décision. Un tel système s'accommode d'ailleurs mal de l'obligation d'exercer un pourvoi, le Procureur général d'Etat devant pouvoir juger de l'opportunité de saisir la Cour suprême d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Il y aurait, bien entendu lieu, en cas d'exercice d'un tel pourvoi, d'appeler les parties au litige dans la procédure en leur conférant la possibilité de prendre position. Il n'est pas certain que les parties, une fois que la décision est coulée en force de chose jugée, soient intéressées à s'investir dans une procédure ne pouvant plus changer leurs droits respectifs.

5. La Cour soulève finalement la question de l'exclusion du contrôle de constitutionnalité des lois portant approbation de traités internationaux, due à l'absence d'une disposition constitutionnelle claire reconnaissant aux traités internationaux un effet supraconstitutionnel.

Bien que la Cour ait décidé que les Conventions sont une norme supérieure au droit interne, la question de la suprématie des traités internationaux sur la Constitution est et reste une question épineuse. Cette question se pose dans les mêmes termes, que l'on institue ou non une Cour suprême avec les compétences prévues.

6. La Cour estime encore qu'il y aurait lieu d'intégrer le Conseil supérieur de la sécurité sociale au sein de la Cour d'appel.

Le soussigné n'a aucune objection à ce sujet tout en avouant qu'il ne voit en l'espèce pas le lien avec la création d'une Cour suprême.

Il en est de même de l'observation de la Cour selon laquelle l'attribution à la Cour suprême de la compétence de statuer sur les accusations contre des membres du Gouvernement prive ces derniers du droit au double degré de juridiction. Il y a en effet lieu de noter que ceux-ci ne bénéficient à l'heure actuelle pas d'un double degré et que l'alinéa 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme prévoit précisément que le droit au double degré de juridiction peut faire l'objet d'exceptions „*lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus*

haute juridiction ou a été déclaré coupable et condamné à la suite d'un recours contre son acquittement“.

III. Il suit de ce qui précède que l'idée de l'institution d'une Cour suprême est à accueillir favorablement et que, moyennant les aménagements exposés plus haut, elle s'intégrerait sans heurt dans le système juridictionnel actuel.

*

DEUXIEME PARTIE DE L'AVIS RELATIVE AU STATUT DU MINISTERE PUBLIC

La proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution prévoit au chapitre VII/De la Justice/Dispositions communes en son article 105, deuxième alinéa que:

„Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche de poursuite.“

Dans sa prise de position du 22 juin 2011 le Gouvernement a proposé le libellé suivant du même alinéa:

„Le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et des poursuites individuelles. Le Ministre de la Justice peut arrêter des directives générales de politique criminelle.“

Il y a en premier lieu de saluer que dorénavant le ministère public soit mentionné dans la Constitution, ce qui paraît normal, en raison de l'importance du ministère public dans notre système judiciaire. C'est d'ailleurs pour cette raison que dans chaque Constitution moderne une référence est faite au ministère public, notion que l'on retrouve également dans le traité de Lisbonne.

Le premier bout de phrase de l'alinéa sous examen, à savoir que *„le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles“* est d'une nécessité évidente et va dans la bonne direction.

Compte tenu de la nature et de l'étendue du domaine de l'action du Parquet – la décision de poursuivre constituant dans un certain sens un premier jugement porté sur une affaire – sa démarche s'apparente à celle d'un juge. L'exercice des pouvoirs qui lui sont confiés, notamment celui d'initier la procédure pénale ou de s'y refuser, détermine en fait, au regard de la proportion très faible de poursuites engagées en dehors de son initiative, de quelles affaires pénales les juridictions auront à connaître.

L'indépendance de la Justice ne se conçoit dès lors pas sans celle du ministère public.

Or, dans la mesure où l'organisation du troisième pouvoir – la Justice – permet, par le biais du statut du ministère public, d'introduire une dose de dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, la critique concernant l'absence d'une vraie séparation des pouvoirs devient admissible.

Il se trouve que le statut actuel du ministère public, tel qu'il résulte des dispositions combinées du Code d'instruction criminelle et de la loi sur l'organisation judiciaire, reste pour le moins complexe.

En effet, il s'agit d'un corps hiérarchisé, indivisible et unitaire qui, tout en étant placé sous l'autorité du Ministre de la Justice, fait partie des juridictions auprès desquelles il exerce ses fonctions.

Or, les juridictions répressives ne peuvent pas seulement être saisies par le ministère public, mais également par citation directe (sauf en matière criminelle) ou par plainte avec constitution de partie civile entre les mains du juge d'instruction.

A cet égard, il y a lieu de tenir compte d'une donnée essentielle:

En 2007, sur les 13.638 décisions pénales au fond qui ont été rendues par les juridictions répressives, il y en eut exactement 53 qui furent introduites par voie de plainte avec constitution de partie civile ou par voie de citation directe.

En d'autres mots, dans 99,6% des cas le ministère public a été à l'origine de la saisine des juridictions répressives (en 2008 le pourcentage visé était de 99,7%).

Dire que le ministère public joue un rôle déterminant dans l'application de la loi pénale est dès lors une évidence.

De ceci se dégage une question essentielle.

Quelle serait la portée réelle de l'indépendance la plus parfaite des juridictions, si les affaires leur soumises n'émanaient pas d'un organe indépendant?

Pour poser la même question en d'autres mots:

Quelles affaires ne seraient pas soumises aux juridictions si le principal „fournisseur“ d'affaires pénales dépendait du pouvoir politique?

A titre d'exemple: Combien d'affaires de corruption ou autres affaires mettant en cause des personnes exerçant des fonctions publiques seraient soumises aux juridictions si le ministère public était une instance dépendante du pouvoir politique?

L'indépendance des juridictions risquerait dans ce cas d'être sans effet réel quant à la sanction effective d'une partie de ces affaires dites sensibles.

Par rapport au texte proposé et repris ci-avant il importe toutefois de rappeler que le ministère public n'a pas seulement des fonctions en matière répressive, même s'il s'agit de ses fonctions principales.

En effet en matière civile (affaires d'état civil, garde d'enfants etc.) et commerciale (faillites, liquidations de sociétés) il joue un rôle extrêmement important. De même, en matière de cassation et dans les affaires relevant de la Cour constitutionnelle son rôle est essentiel. Ainsi qu'il a été développé dans la première partie du présent avis, le ministère public gagnera encore en importance lors de la mise en place de la Cour Suprême.

Il semble inutile d'insister sur le fait que, dans les fonctions visées à l'alinéa qui précède, le ministère public doit bénéficier de par son statut de la même indépendance. Pour cette raison, il est indispensable de modifier le texte proposé.

Le texte proposé par la Commission des Institutions de la Chambre des Députés prévoit encore (en bout de phrase) que le ministre de la Justice [pourrait arrêter des directives] en matière de politique de recherche et de poursuite [d'infractions].

Ce texte s'inspire de la Constitution belge [article 151 § 1] dans laquelle il a été inséré à une époque où l'on estimait en Belgique que, la preuve étant libre en matière pénale, les méthodes d'enquête ne devraient pas être nécessairement définies par la loi mais pourraient être arrêtées par le Ministre de la Justice. C'est ainsi qu'il y a eu en Belgique des circulaires du Ministre de la Justice définissant les conditions juridiques dans lesquelles des méthodes particulières de recherche telles que le recours à l'infiltration, aux livraisons surveillées et contrôlées ou encore au témoin anonyme, pouvaient être mises en oeuvre.

Peut-on sérieusement concevoir à l'heure actuelle que le recours à de telles méthodes, y compris aux témoins anonymes, aux informateurs, voire aux indicateurs (à leur gestion et indemnisation) et aux infiltrations ou à la collecte systématique de renseignements financiers au sujet d'une personne déterminée, puissent trouver leur source non dans une loi, mais dans des directives du Ministre de la Justice?

Il y a dès lors lieu de supprimer le bout de phrase visé de l'alinéa sous examen.

S'il est exact que l'avis du Gouvernement propose de supprimer ce passage il convient de noter que ceci repose sur un malentendu. En effet pour justifier la suppression du passage en question on estime que des directives en matière de politique criminelle englobent nécessairement „la politique de recherche et de poursuite“. Il en résulte que le gouvernement estime que les méthodes particulières de recherche énumérées ci-avant relèvent du ministre ayant la Justice dans ses attributions et non de la loi, ce qui dans un Etat qui se veut réellement démocratique n'est guère compatible avec les notions de la séparation des pouvoirs et du procès équitable. En outre, les mêmes raisons qui ont été développées ci-avant s'opposent à ce que les méthodes particulières de recherche soient arrêtées par un membre du gouvernement et non par la loi.

Par ailleurs, il est pour le moins très osé, pour ne pas dire inexact de soutenir que les méthodes particulières de recherche et de poursuite d'infractions relèvent des „directives générales de politique criminelle“. Ce faisant, on donne au concept de directives générales de politique criminelle une portée qu'il n'a pas, les dispositions visées devant être inscrites au code d'instruction criminelle.

Tant selon le texte proposé par la Commission des Institutions que selon l'avis du Gouvernement, „le ministre de la Justice (le ministre ayant la Justice dans ses attributions) peut arrêter des directives générales de politique criminelle.“

Il est exact que les procureurs estiment parfois, à tort, qu'il leur revient de diriger la „politique criminelle“. En droit et en fait leur rôle se limite – un peu de modestie n'étant jamais de trop – à diriger les poursuites et les enquêtes, donc l'action publique.

La „politique criminelle“, quant à elle, a pour objet de tenter de proposer des réponses à la délinquance de la part de l'Etat ou de la société, et ceci dans le respect des droits de l'homme.

Ainsi définie, la „politique criminelle“ ne se réduit pas au droit pénal, à la détermination des infractions et des peines, mais s'étend à l'organisation judiciaire, à l'organisation et au travail de la police, à l'exécution des peines, à la procédure pénale et, au-delà, aux mesures de prévention de la délinquance, tels l'assistance sociale et l'encadrement ou le soutien de populations fragiles, la prévention routière, la lutte contre le trafic de stupéfiants etc.

En d'autres mots: il ne revient très certainement pas au seul ministre ayant la justice dans ses attributions d'arrêter des directives générales de politique criminelle, sans empiéter par la force des choses sur les attributions d'autres ministres.

Il revient assurément aux instances politiques, évidemment dans le respect de la plus stricte séparation des pouvoirs entre le premier et le deuxième pouvoir, de déterminer la „politique criminelle“ ainsi définie, notion infiniment plus large que celle de l'action publique et dans laquelle le ministère public n'a un rôle à jouer que sur un point particulier. Bien des aspects de la politique criminelle, parmi les plus importants, relèvent de la loi et non pas de mesures gouvernementales. Si l'action publique fait bien partie de la politique criminelle elle n'en est qu'un élément ainsi qu'il a été indiqué ci-avant. En d'autres mots, il est évident que la détermination de la politique criminelle relève du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire. Le ministre qui a dans ses attributions la Justice y joue un rôle certes très important mais pas exclusif et ceci même au niveau du Gouvernement, le rôle des ministres qui ont dans leurs attributions, notamment la Police et les Forces Publiques ou encore la Santé, les Transports, l'Immigration, la Famille n'est pas à négliger.

A partir du moment où le ministre de la Justice peut donner des directives fussent-elles générales au ministère public l'indépendance de ce dernier peut être mise en doute.

En outre la question se pose si le passage du texte selon lequel le ministre de la Justice peut arrêter des directives générales de politique criminelle ne fait pas double emploi avec l'article 96 du projet de Constitution tel que proposé par la Commission des Institutions et auquel le Gouvernement s'est rallié d'après lequel: „Le Gouvernement dirige la politique générale du pays“. La politique criminelle relevant de la politique générale est une politique publique et cet article s'y applique évidemment également, tout en permettant au Gouvernement d'orienter la politique criminelle pour autant qu'elle relève du pouvoir exécutif en plein respect des pouvoirs du législateur et sans entraver de quelque manière que ce soit, même indirectement l'indépendance de la justice.

Faut-il rappeler que la séparation des pouvoirs, qui n'est pas un but en soi, mais une condition incontournable d'un régime politique démocratique, suppose une interactivité entre les pouvoirs?

Dans ce contexte, il convient de ne pas méconnaître un autre aspect très important des activités des parquets, qui est sa contribution à favoriser l'équité et l'efficacité de la politique pénale, notion prise en l'espèce au sens le plus large.

Il est un fait qu'il est essentiel pour un Gouvernement d'être exactement informé de l'évolution de la délinquance dans le pays à un moment donné. C'est lui, au premier chef qui pourra apporter des réponses par des dispositions législatives d'organisation ou encore de mise à disposition de moyens nouveaux.

Or, quel organe autre que le ministère public peut fournir ces informations et même proposer des solutions au Gouvernement?

Aussi l'indépendance du ministère public ne doit-elle pas faire courir le risque d'une césure au sein de l'appareil d'Etat par rapport aux administrations qui participent aussi à la conduite ou à la mise en oeuvre de la politique pénale. Ainsi est posée l'exigence d'une bonne coopération entre le ministère public et ces différents services qui relèvent ordinairement du pouvoir exécutif, dont le principe et les modalités doivent relever de la loi.

La coopération avec ces administrations suppose que le ministère public dispose d'une organisation interne stricte et de représentants habilités à parler en son nom. De tels mécanismes internes sont d'ailleurs indispensables pour assurer la cohérence globale de l'action des différents membres du ministère public, en particulier quant à la politique pénale effectivement mise en oeuvre dans le cadre de l'appréciation de l'opportunité des poursuites.

Il faut d'abord savoir ce qu'il y a lieu d'entendre par le concept de „directives générales de politique criminelle“.

Ainsi une directive à caractère général, même à première vue innocente, peut viser en réalité une affaire déterminée. Elle a, même en l'absence de toute intention de son auteur, des effets directs sur

des affaires en cours et peut ainsi engendrer – fût-ce par oubli – des effets parfaitement inacceptables. La question de la légalité de telles instructions se poserait nécessairement.

Une autre difficulté résulterait par exemple de directives selon lesquelles il y aurait lieu de poursuivre toutes les affaires, mais vraiment toutes, par exemple en matière de circulation routière ou encore en matière de lutte contre les stupéfiants, la police recevant des directives analogues. Le résultat serait que seules ces affaires seraient poursuivies étant donné, eu égard au principe physique de l'entonnoir, qu'on ne peut faire juger qu'un nombre déterminé d'affaires. Pourrait-on, dans ce cas de figure, encore parler d'une justice pénale indépendante?

Les directives générales du Ministre ne pourraient d'ailleurs être que positives, c'est-à-dire consister à dire d'une manière rigoureuse que dans telle ou telle matière il y a lieu de poursuivre. Le Ministre ne pourrait évidemment pas dire „ce genre de délits il faut les oublier“, ce qui équivaudrait à une suspension de la loi, donc contraire en fin de compte à la séparation des pouvoirs.

Supposons, par exemple, que le Ministre de la Justice donne comme directive de ne poursuivre, dans aucune hypothèse, la consommation de stupéfiants. Il n'est pas difficile de s'imaginer la réaction de la Chambre des Députés devant cet ordre donné par le Gouvernement de ne pas exécuter une loi en vigueur. Pareille directive serait, à juste titre, considérée comme une suspension de la loi par le Gouvernement, donc comme un empiètement du deuxième pouvoir sur les prérogatives du premier. De fait par de telles décisions il violerait la séparation des pouvoirs, en empiétant sur ceux du premier pouvoir.

Il est essentiel de rappeler à ce stade des réflexions que le code d'instruction criminelle ne permet pas au Ministre de la Justice de donner des ordres de non-poursuites, étant donné qu'aux termes de l'article 19 de ce code „le ministre de la Justice peut dénoncer au procureur général d'Etat les infractions à la loi pénale dont il a connaissance, lui enjoindre d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes“.

La loi ne donne donc pas au Ministre de la Justice – bien qu'il soit le chef hiérarchique – le droit d'ordonner aux responsables des ministères publics de ne pas entamer de poursuites.

Les directives générales du Ministre de la Justice ne peuvent donc pas être négatives, c'est-à-dire viser à ne pas poursuivre des infractions. Leur objet ne peut être que positif, partant, avoir pour objet d'encourager la poursuite d'infractions, ce qui fait que ses directives d'ordre général sont de toute façon limitées.

Or, même cette lecture soulève de sérieux problèmes.

La priorité donnée à certains types d'affaires empêche l'évacuation d'autres types d'affaires. Réserver les ressources à la poursuite de certains types d'infractions seulement engendre la diminution de celles disponibles pour la poursuite d'autres infractions. La directive positive en cache donc en réalité une qui est négative. Pourrait-on dans ce cas de figure encore parler d'une Justice pénale indépendante?

Etablir une directive en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents est une chose, sinon impossible, du moins très difficile, puisque toute directive, même générale doit englober pour chaque problème toutes les possibilités qui peuvent se présenter, ce qui est en fait impossible.

C'est à tort que le Gouvernement expose dans son avis que le ministre de la Justice donnerait depuis des décennies des directives générales au ministère public. On serait d'ailleurs en grande peine de produire des directives d'ordre général adressées au ministère public pour la simple raison qu'elles n'existent pas.

Compte tenu de toutes ces difficultés, il y a lieu de supprimer le passage selon lequel le „droit du ministre compétent d'arrêter des directives générales de politique criminelle, (y compris en matière de politique de recherche et de poursuite)“ du texte proposé.

Eu égard à toutes les considérations qui précèdent il est recommandé de prévoir dans la Constitution un texte ayant la teneur suivante:

„Le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi. Il est indépendant dans l'exercice de ses fonctions.“

*Le Procureur Général d'Etat,
Robert BIEVER*

AVIS DE LA COUR ADMINISTRATIVE

DEPECHE DU PRESIDENT DE LA COUR ADMINISTRATIVE AU MINISTRE DE LA JUSTICE

(11.7.2011)

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de vous envoyer en annexe copie du procès-verbal de l'assemblée générale de la Cour administrative du 8 juillet 2011.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de ma très haute considération.

Le Président de la Cour administrative,
Georges RAVARANI

*

PROCES-VERBAL DE L'ASSEMBLEE GENERALE DE LA COUR ADMINISTRATIVE DU VENDREDI, 8 JUILLET 2011 A 9.30 HEURES

Ordre du jour: avis concernant la création éventuelle d'une Cour suprême

Présences: Georges Ravarani, président,
Francis Delaporte, vice-président,
Henri Campill, premier conseiller,
Serge Schroeder, conseiller,
Lynn Spielmann, conseiller,
Erny May, greffier en chef

Sur convocation de son Président, la Cour administrative s'est réunie le vendredi, 8 juillet 2011 à 9.30 heures en assemblée générale pour délibérer sur l'ordre du jour ci-dessus.

La Cour émet à l'unanimité des voix l'avis en annexe.

L'assemblée est levée à 10.30 heures.

Le Greffier en chef,
Erni MAY

Le Président de la Cour administrative,
Georges RAVARANI

*

AVIS DE LA COUR ADMINISTRATIVE

Saisie par Monsieur le Ministre de la Justice d'un questionnaire relatif à l'opportunité de „créer une Cour suprême ayant pour mission d'assurer l'unicité de l'application de la loi par les juridictions de l'ordre judiciaire et par celles de l'ordre administratif“, la Cour administrative, dans son assemblée générale du 8 juillet 2011, a arrêté l'avis suivant:

La Cour administrative avait été saisie, en 2009, d'une demande d'avis concernant la révision de la Constitution et dans un avis du 24 septembre 2009, elle avait émis des propositions concernant essentiellement les dispositions relatives à la Justice.

Dans ce contexte elle avait, entre autres, retenu ce qui suit:

„12. *L'article 119, paragraphe 1er de la proposition attribue le contentieux administratif aux juridictions administratives. Après l'arrêt PROCOLA, des discussions très animées, mettant en lice les partisans d'un ordre de juridictions unique et ceux de deux ordres de juridictions, avaient finalement conduit à l'instauration, à l'instar des modèles français et belge, d'un ordre de juridiction administratif distinct. La proposition prévoit le maintien de ce système dualiste.*

Il est à prévoir que d'aucuns profitent de la refonte globale de la Constitution pour remettre en question ce choix et d'en appeler à un ordre de juridiction unique, le cas échéant avec la création de chambres administratives au sein des tribunaux judiciaires.

Il n'appartient pas à la Cour administrative, qui joue son existence même dans un tel débat, de se prononcer en faveur ou en défaveur d'un tel choix. Ou'il soit seulement permis de souligner que, depuis l'année de création des juridictions administratives, en 1996, les données n'ont pas fondamentalement changé, si ce n'est que les juridictions administratives ont depuis lors pris racine dans le système institutionnel luxembourgeois et sont considérées, par la population luxembourgeoise, comme un rouage essentiel de garantie et de protection des droits des citoyens contre l'arbitraire de l'administration et qu'il serait peut-être difficilement compréhensible qu'après douze ans de fonctionnement satisfaisant, ces juridictions soient de nouveau abolies. Dans les systèmes dualistes proches du système luxembourgeois, comme on les retrouve en France et en Belgique, une abolition des juridictions de l'ordre administratif n'a jamais été d'actualité.

13. *L'article 119, paragraphe 3 de la proposition reprend la disposition de l'article 95bis actuel qui institue la **Cour administrative juridiction suprême de l'ordre administratif**.¹*

De manière plus ou moins récurrente, des parties – publiques ou privées – surtout après avoir perdu un procès important, réclament l'instauration d'une instance de cassation en matière de contentieux administratif et prévoient d'en attribuer la compétence à la Cour de cassation.

Plusieurs remarques s'imposent à cet égard:

- *la Belgique, dont le système luxembourgeois se rapproche le plus, ne prévoit pas de recours en cassation contre les décisions du Conseil d'Etat. La Cour de cassation belge est exclusivement compétente pour connaître des conflits d'attribution. Elle n'a pas compétence pour connaître de pourvois qui seraient dirigés contre des arrêts rendus par le Conseil d'Etat dans la sphère de compétence d'attribution;*
- *la Cour de cassation se trouve au sommet de l'ordre judiciaire. Quel serait son caractère si elle était également au sommet des juridictions administratives? Elle ne constituerait alors plus une juridiction judiciaire, mais une juridiction à part, à cheval sur les juridictions judiciaires et administratives. Alternativement, on pourrait considérer, puisque les juridictions administratives relèveraient en dernière instance d'une juridiction civile, qu'un système d'unité de juridictions serait indirectement introduit, alors même que la Constitution proclame la dualité d'ordres de juridictions;*
- *la justice administrative est organisée actuellement à deux degrés. Le plaideur qui n'est pas satisfait d'un jugement du tribunal administratif peut faire appel de toutes les décisions de ce tribunal devant la Cour administrative qui réexamine le litige en fait et en droit. De cette manière, le système luxembourgeois satisfait largement aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, laquelle ne réclame un double degré de juridiction qu'en matière pénale.*

Il faut par ailleurs souligner que les points de départ d'un litige civil, entre parties privées, d'une part, et d'un litige administratif dirigé contre une décision administrative, d'autre part, sont foncièrement différents. En matière civile, le procès s'engage lorsque deux parties ne peuvent se mettre d'accord sur des droits qu'elles prétendent avoir respectivement. Hormis en matière contractuelle, c'est souvent leur premier contact. En matière administrative, en revanche, le procès devant le tribunal administratif a un préalable qui a déjà donné lieu à un examen de la situation respective des parties en fait et en droit, à savoir la décision administrative litigieuse. Celle-ci obéit à des règles précises qui sont censées, dès avant tout litige juridictionnel, prendre en compte les droits et intérêts respectifs du particulier et de l'administration, à savoir les règles de la procédure administrative non contentieuse.² La décision administrative est partant le résultat d'une procédure légalement

1 Dans un arrêt du 27 mai 2004, Pas. tome 32, p. 580, la Cour de cassation a déclaré irrecevable un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour administrative

2 Loi du 1er décembre 1978 relative à la procédure administrative non contentieuse et règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes

prévue dans laquelle l'administré a d'ores et déjà pu faire valoir son point de vue et demander le respect de ses droits. Ce n'est que lorsqu'il ne parvient pas à faire valoir ses droits et intérêts dans le cadre de la procédure administrative non contentieuse qu'il dispose alors de deux recours juridictionnels successifs devant le tribunal administratif puis, la Cour administrative;

- *l'administration serait paralysée si l'exécution de ses décisions était suspendue par des recours. Voilà pourquoi la loi a-t-elle instauré la règle du préalable administratif et que la suspension de l'exécution des décisions administratives est-elle enfermée dans des limites très strictes (à savoir une ordonnance du président du tribunal administratif), le recours contentieux ne suspendant pas, en principe, l'exécution de la décision. L'avantage du préalable administratif a bien entendu comme contrepartie le désavantage de la difficulté de recréer, dans les faits, la situation administrative initiale en cas d'annulation de la décision administrative par le juge administratif. Il s'ensuit que, pendant l'instance contentieuse, l'administration et l'administré se trouvent dans une situation d'attente souvent très désagréable, difficile pour le fonctionnement adéquat du service public, et que l'administration est normalement très intéressée à disposer d'une décision définitive, quelle qu'elle soit, dans l'intérêt de la sécurité juridique. D'ailleurs, les délais d'instruction, légalement prévus, devant les juridictions administratives, sont essentiellement brefs et une affaire contentieuse est normalement évacuée dans l'espace d'un an³ à travers les deux instances, appel compris. – L'adjonction d'une troisième voie de recours, à savoir un recours en cassation – obéissant à des règles de procédure différentes – contre les décisions administratives prolongerait d'autant les procédures contentieuses et nuirait d'autant à la stabilité des décisions administratives.*

Plus grave encore se présenterait la situation dans les affaires où le président du tribunal, en vertu des pouvoirs lui conférés par l'article 11 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ordonne le sursis à exécution d'une décision administrative, voire d'un acte réglementaire, mesure susceptible d'être maintenue par jugement du tribunal et qui suspend l'exécution de la décision pendant le délai et l'instance d'appel. Dans une telle hypothèse, l'adjonction d'une troisième instance, pendant laquelle il faudrait, logiquement, également prévoir des mesures de sursis à exécution, risquerait de rendre le système ingérable ou, à tout le moins, de conduire à des situations hautement insatisfaisantes. Ainsi, en matière de marchés publics, en cas de sursis à exécution de la décision d'adjudication, les travaux ne peuvent être entamés qu'à l'issue du procès devant le tribunal administratif, voire la Cour administrative, statuant au fond. Pareillement, en cas de recours contre une autorisation de construire et sursis à exécution, le bénéficiaire ne peut commencer à construire qu'à l'issue de la procédure contentieuse. Pendant la durée de la procédure contentieuse, un demandeur d'asile ne peut pas être éloigné du pays. L'instauration de trois recours contentieux successifs allongerait la durée de séjour au pays d'une manière telle que ces personnes, alors même que leur demande d'asile ne serait pas justifiée, auraient séjourné sur le territoire luxembourgeois pendant une durée telle qu'on aurait du mal à leur dénier une certaine intégration;

- *l'adjonction d'une troisième voie de recours ne conduirait pas forcément à plus de sécurité juridique. Il y a toujours des revirements de jurisprudence; ce qui était acquis aujourd'hui est remis en question demain, et cela quel que soit le nombre de degrés de juridiction. Il y a même des erreurs de la part des plus hautes juridictions d'un pays. Pour preuve, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnant de telles décisions. N'a-t-on pas vu même une juridiction suprême, statuant en troisième instance, décider une chose et son contraire dans l'espace de trois mois?⁴ De tels revirements de jurisprudence n'épargnent même pas des juridictions supranationales comme la Cour européenne des droits de l'homme.*

Toutes ces considérations restent d'actualité.

³ la durée moyenne d'un procès en première instance est de 7 mois, eu égard aux délais de procédure impérativement prévus par l'article 5 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives et de cinq mois en instance d'appel, y compris le délai d'appel, en vertu des délais prévus par l'article 46 de la même loi.

⁴ Cf. Cass. 21 janvier 1999, Pas. 31, 45 et Cass. 22 avril 1999, Pas. 31, 47

L'institution d'une Cour suprême, compétente pour casser les décisions de toutes les juridictions statuant en dernier ressort, donc également de la Cour administrative, impliquerait l'institution d'une espèce de **quatrième degré de juridiction en matière administrative**. Elle serait source de lenteurs inadmissibles et de confusion pour les administrations qui ont besoin d'être fixées rapidement sur le sort de leurs décisions. Comment gérer, en effet, après une procédure administrative non contentieuse, puis deux recours juridictionnels, et ensuite un recours devant la Cour suprême, avec probablement des conclusions du ministère public, des affaires de permis de construire, de marchés publics, de police des étrangers, où la durée dans laquelle la décision finale intervient est essentielle pour éviter le pourrissement de la situation?

Jusqu'à présent, les juridictions administratives se sont toujours efforcées de maintenir les délais essentiellement brefs. Cet objectif serait certainement déjoué avec l'institution d'une Cour suprême, compétente pour examiner des pourvois dirigés contre les arrêts de la Cour administrative et casser les arrêts de celle-ci.

L'institution d'un tel mécanisme n'assurerait même **pas plus de sécurité juridique**. Elle ne contribuerait en tout cas pas à assurer l'unité de la jurisprudence. Actuellement la Cour de cassation assure l'unité de la jurisprudence au sein de l'ordre judiciaire. La Cour administrative est juge suprême de l'ordre administratif. Les matières judiciaires et administratives sont si foncièrement différentes qu'il n'y a pas de risque de contrariété de jurisprudence entre la justice judiciaire et la justice administrative. Le seul conflit qui peut se présenter est celui d'un conflit de compétence qui relève actuellement de la Cour supérieure de justice et, selon la proposition de révision de la Constitution, de la Cour constitutionnelle.

Il est vrai que l'institution d'une instance supplémentaire permet au plaideur malheureux de tenter une fois de plus sa chance. Mais ce n'est pas l'institution de recours innombrables qui assurerait mieux la sécurité juridique.

La Cour administrative se prononce, par conséquent, contre l'institution d'une Cour suprême.

En ordre subsidiaire, au cas où une telle Cour suprême serait créée, les considérations suivantes s'imposent:

La Cour suprême serait une juridiction au sommet des deux ordres judiciaire et administratif et elle connaîtrait, en dernière instance, du contentieux relevant de ces deux ordres.

Il est évident qu'elle devrait être **composée de magistrats relevant de ces deux ordres de juridiction** sous peine d'abolir – indirectement – la dualité d'ordres de juridiction.

De plus, il serait inconcevable qu'au sein de cette juridiction suprême, qui aurait, entre autres, à juger du contentieux très spécialisé relevant du droit administratif et du droit fiscal, des magistrats non spécialisés en ces matières aient le dernier mot à dire, à juger sur des décisions rendues par des magistrats spécialisés dans leurs matières respectives.

Par conséquent, il y aurait lieu d'instituer des **chambres spécialisées** au sein même de la Cour suprême.

Dans ce contexte, il serait inconcevable que le rôle de Cour suprême soit assumé par l'actuelle Cour de cassation qui ne ferait que changer de nom. L'ordre juridictionnel administratif ne serait alors plus représenté au sein de la juridiction suprême et les décisions en dernier ressort en matière administrative et fiscale seraient rendues par des magistrats relevant du droit privé. – L'enjeu de cette question est en dernière analyse politique: une telle solution aboutirait à l'abolition, en droit et en fait, de l'ordre juridictionnel administratif.

Pour rendre la Cour suprême réellement „suprême“ dans le paysage juridictionnel luxembourgeois, il serait indispensable qu'elle connaisse également du **contentieux constitutionnel**. Tous les pays qui connaissent une Cour constitutionnelle et une Cour suprême éprouvent des difficultés – théoriques et pratiques – de répartition de compétences entre ces deux juridictions suprêmes. D'ailleurs, des divergences de jurisprudence entre les deux juridictions sont possibles.⁵

⁵ Le problème est loin d'être théorique. Au Luxembourg, la Cour constitutionnelle a déclaré non contraire à la disposition constitutionnelle qui garantit le droit à la vie familiale, l'interdiction législative de l'adoption plénière par une seule personne. Les juges judiciaires ont décidé, en dernière instance, qu'une telle interdiction est contraire à la disposition correspondante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Sous peine de faire submerger la Cour suprême de recours – on n'a qu'à penser au contentieux du droit des étrangers, demandes d'asile, autorisations de séjour –, il faudrait prévoir l'**institution d'un filtre** en vue de ne rendre admissibles que des recours qui soulèvent de réelles questions de droit et non pas ceux qui ne sont destinés qu'à gagner du temps.

Ainsi délibéré en assemblée générale, le 8 juillet 2011.

Le Président de la Cour administrative,
Georges RAVARANI

