



Avis du Conseil de l'Ordre des avocats au barreau de Luxembourg sur l'avant-projet de loi portant organisation de la Cour Suprême

Le présent avis du Conseil de l'Ordre ne touchera pas à tous les aspects de l'avant-projet de loi. Le Conseil de l'Ordre se concentrera sur les questions suivantes :

- l'attribution, à une Cour suprême unique, de la compétence de connaître en cassation des affaires dévolues aux juridictions de l'ordre judiciaire comme aux juridictions de l'ordre administratif (I) ;
- la suppression de la Cour constitutionnelle et la décentralisation du contrôle de la constitutionnalité des lois (II).

I. – L'attribution, à une Cour suprême unique, de la compétence de connaître en cassation des affaires dévolues aux juridictions de l'ordre judiciaire comme aux juridictions de l'ordre administratif

En attribuant à la Cour suprême unique non seulement le rôle de la Cour suprême de l'ordre judiciaire – rôle traditionnel de la Cour de cassation – mais encore celui de Cour suprême de l'ordre administratif, lequel est actuellement assumé par la Cour administrative (article 95*bis* de la Constitution), l'avant-projet de loi tire les conséquences d'une disposition de la proposition de révision portant modification et nouvel ordonnancement de la Constitution, sur lequel le Conseil de l'Ordre s'était exprimé par son avis du 9 juillet 2010 (*Doc. parl.* 6030³, spéc. p. 3).

Le Conseil de l'Ordre avait alors exprimé l'avis que la création d'une Cour de cassation unique était « un élément important de l'Etat de droit, non seulement au niveau procédural, mais également au niveau substantiel. Elle assurerait vraiment l'unité du droit luxembourgeois ». Cet avis ne doit pas être compris dans le sens d'un souhait d'unification du régime juridique applicable aux rapports entre personnes privées d'une part, aux rapports entre personnes privées et administrations publiques de l'autre. Il ne s'agit pas de nier la spécificité du droit administratif, résultat d'une longue évolution qui a amené l'ordre juridique luxembourgeois à une conciliation entre les prérogatives (nécessaires) de puissance publique de l'administration et le respect des exigences de l'Etat de droit et des droits individuels face à l'administration.

L'avant-projet de loi propose de tenir compte, indirectement, des spécificités du droit administratif en prévoyant que sur les neuf membres de la Cour suprême, sept conseillers sont choisis parmi les magistrats de l'ordre judiciaire, alors que deux autres sont choisis parmi les magistrats de l'ordre administratif (article 2, paragraphe 3, 2^e alinéa). La présence obligatoire de deux magistrats issus de l'ordre administratif est un reflet d'une précondition du bon fonctionnement de la Cour suprême unique : la nécessaire possession, par des membres de la Cour suprême, d'un savoir technique et d'une expérience en droit administratif, indispensable à l'exercice par la Cour suprême du contrôle ultime de l'activité des juridictions administratives (en l'occurrence, par l'exercice de la fonction de cassation des arrêts de la Cour administrative). La proportion 7:2 correspond approximativement au volume respectif des deux contentieux. Le Conseil de l'Ordre marque son accord avec cet aspect de l'avant-projet de loi.



En revanche, il ne peut pas masquer son inquiétude devant un autre aspect du même document. Les auteurs de l'avant-projet font valoir que le volume du contentieux des demandeurs d'asile, systématiquement amenés à épuiser les voies de recours devant les juridictions administratives, ferait que la Cour suprême unique risque de se trouver dès le début submergée de pourvois en cassation contre les arrêts de la Cour administrative rejetant les appels en matière de contentieux des étrangers. D'où une proposition, que l'on doit juger inquiétante, à la p. 21 de l'avant-projet :

« Ces considérations montrent qu'il est indispensable d'instaurer un filtre d'admissibilité des pourvois (voir l'article 6-2 nouveau de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation), pour déclarer, selon la procédure prévue, irrecevables les pourvois manifestement dénués de tout fondement ».

Ceci signifiera que désormais, la Cour suprême pourrait, comme la Cour de cassation française, rejeter des pourvois – y compris en matière civile et pénale, puisque l'avant-projet ne propose aucune distinction à cet égard – sans autre motivation. Lors de son introduction en France, par une loi du 25 juin 2001, la non-admission des pourvois non fondés sur « un moyen sérieux de cassation » a été très critiquée par le barreau de cassation (voir L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », JCP 2002, I, 104). Elle reste critiquée par Jacques et Louis Boré, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., n° 23.44 et 121.21 – 121.24 ; on y lit notamment (121.22) :

« Les pourvois non admis ont donc bel et bien été jugés, mais la Cour de cassation a considéré qu'ils n'appelaient pas de sa part une motivation particulière. Cette décision peut engendrer un sentiment de frustration et de surprise pour le justiciable qui pensait, en s'élevant dans la hiérarchie judiciaire, faire l'objet de décisions de mieux en mieux motivées, mais les juges n'aiment pas répéter trois fois la même chose. Il demeure qu'une décision qui explique, en quelques lignes, pourquoi et en quoi le moyen qui a été soulevé est irrecevable car nouveau et mélangé de fait et de droit ou infondé car manquant en fait ne semble pas requérir un effort démesure ».

La conséquence en sera, pour les demandeurs en cassation, une motivation qui ne mérite pas ce nom. Le Conseil de l'Ordre, qui est soucieux de l'intérêt des justiciables – de tous les justiciables – à comprendre les raisons pour laquelle la Cour de cassation rejette leurs moyens, ne saurait marquer son accord avec l'introduction d'une cause légale de dispense de toute motivation, introduite de manière *prématurée*, c'est-à-dire avant même que l'expérience ait pu permettre de vérifier si vraiment l'introduction de la cassation en matière administrative entraîne le flot de pourvois abusifs redouté, de manière purement abstraite, par les auteurs de l'avant-projet.



II.– La suppression de la Cour constitutionnelle et la décentralisation du contrôle de la constitutionnalité des lois

Actuellement, le système luxembourgeois du contrôle de la constitutionnalité des lois est similaire à celui admis dans la très grande majorité des Etats européens : le contrôle est assuré par une juridiction spécialisée, la Cour constitutionnelle, qui possède le monopole de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi (et même, logiquement, le monopole de l'examen approfondi de la question de la constitutionnalité des lois : la Cour de cassation censure les arrêts qui empiètent sur les compétences de la Cour constitutionnelle en examinant eux-mêmes de manière approfondie la constitutionnalité d'une loi sans saisir la Cour constitutionnelle : Cass. 25 février 2010, *P.* 35, 6 et 25 mars 2010, *P.* 35, 10).

L'avant-projet de loi entend y substituer, là encore en ligne avec l'une des idées qui sont actuellement soumises à l'examen de la Chambre des députés dans le cadre du projet de révision de la Constitution, un autre système : le contrôle décentralisé de la constitutionnalité des lois. Cette proposition éloignerait le contrôle de la constitutionnalité des lois, tel qu'il est pratiqué au Luxembourg, des systèmes existant dans la plupart des autres pays européens pour les rapprocher du système traditionnel aux Etats-Unis d'Amérique et dans quelques autres Etats dont la Grèce et le Danemark.

Des arguments d'ordre théorique peuvent être invoqués à l'appui de ce changement radical, notamment l'argument tiré de la similitude du contrôle de constitutionnalité (actuellement centralisé entre les mains de la Cour constitutionnelle) du contrôle de conventionnalité des lois au regard de la Convention européenne des droits de l'homme (actuellement décentralisé et pouvant être assuré par chaque juridiction). Cet argument est certainement muni d'une certaine force, ce qui explique qu'il ait pu être retenu naguère dans un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg (11 juillet 1984, *P.* 27, 65) et qu'il ait été récemment encore défendu par un éminent auteur dans une étude approfondie (G. Ravarani, « La Cour constitutionnelle luxembourgeoise et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de liberté fondamentale », *J.T.L.* 2011, spécialement aux pages 39-40). Mais l'argument en question n'est sans doute pas déterminant, sinon il aurait été adopté en France et en Belgique où, comme au Luxembourg, la Convention européenne des droits de l'homme bénéficie, devant toutes les juridictions, de la primauté par rapport à la loi nationale et où néanmoins le contrôle de la constitutionnalité des lois est centralisé entre les mains d'une juridiction constitutionnelle.

Il existe en fait une distinction fondamentale entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : le contrôle de constitutionnalité est un contrôle national, dans lequel la jurisprudence des juridictions nationales est seule déterminante et la stabilité de la jurisprudence est particulièrement précieuse. Le contrôle de conventionnalité au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, en revanche, est un contrôle essentiellement supranational, dont les solutions dépendent en définitive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette jurisprudence est suffisamment abondante pour qu'il soit possible, à toutes les juridictions nationales, de s'en inspirer, sans qu'il soit besoin de centraliser le contrôle de conventionnalité.

Cette question d'ordre institutionnel ne se prête pas à une approche théorique ; des considérations pratiques seront déterminantes. A ce titre, le principal avantage de la décentralisation du contrôle résidera dans le fait que le contrôle pourra se faire de manière plus concrète (voir, pour le détail de l'argumentation, G. Ravarani, *loc. cit.*). En revanche, ses deux principaux inconvénients tiennent, d'un côté, aux risques d'instabilité et de contradiction



dans la jurisprudence, qui naissent de la décentralisation du contrôle de constitutionnalité¹ et, d'autre part, dans l'absence – qui n'est en rien anormale – de spécialisation de la plupart des magistrats de l'ordre judiciaire dans les questions de droit public dont le droit constitutionnel fait partie. Compte tenu de cette non-spécialisation, le système existant actuellement, qui aboutit à un partage des tâches entre les magistrats tranchant le fond du litige et ceux qui, investis d'une certaine ancienneté, ont montré un intérêt particulier pour le contrôle normatif en se portant candidats à la Cour constitutionnelle, semble être une solution pragmatique et satisfaisante.

C'est à la Chambre des députés qu'il appartiendra de trancher la question de savoir s'il convient ou non de modifier le système de contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil de l'Ordre est d'avis que la proposition, reflétée dans l'avant-projet sous examen, de décentralisation du contrôle est, après prise en considération de l'ensemble de ses avantages et ses inconvénients, une proposition inopportune.

Luxembourg, le 19 septembre 2013

René DIEDERICH
Bâtonnier

¹ Même si « par le jeu des voies de recours, tous les litiges concernant l'interprétation de la Constitution auront vocation de remonter à la Cour suprême » (avant-projet de loi, p. 15), il est dès à présent certain qu'une *minorité* seulement de ce litige remontera, en fait, à la Cour suprême. Des lois seront déclarées contraires à la Constitution par des juridictions de première instance sans que le jugement soit frappé d'appel. Des questions de constitutionnalité sérieuses seront tranchées dans le sens de la conformité de la loi à la Constitution, sans que la décision soit déferée à la Cour d'appel ou, s'il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel, à la Cour suprême. L'avant-projet de loi entend pallier aux effets potentiellement chaotiques de cette décentralisation, en prévoyant « la faculté du parquet général d'exercer un pourvoi dans l'intérêt de la loi, dans le seul but de faire résoudre la question de la constitutionnalité d'une loi, de manière définitive, par la Cour suprême » (p. 16 de l'exposé des motifs). Ainsi, l'avant-projet de loi transfère en fait au parquet général – qui n'est pas un organe juridictionnel – la responsabilité de juger de la question de savoir si la Cour suprême sera saisie ou non de la question de la constitutionnalité d'une loi qui aura été tranchée par une juridiction inférieure, dans les hypothèses où aucune des parties ne se pourvoit en appel ou en cassation.