

Councils of State in Europe in their advisory and legislative functions: France, Belgium, Spain, Italy and Luxembourg

Nadim Farhat & Philippe Poirier

To cite this article: Nadim Farhat & Philippe Poirier (2023) Councils of State in Europe in their advisory and legislative functions: France, Belgium, Spain, Italy and Luxembourg, *Parliaments, Estates and Representation*, 43:1, 1-6, DOI: [10.1080/02606755.2023.2169296](https://doi.org/10.1080/02606755.2023.2169296)

To link to this article: <https://doi.org/10.1080/02606755.2023.2169296>



Published online: 01 Feb 2023.



Submit your article to this journal [↗](#)



Article views: 353



View related articles [↗](#)



View Crossmark data [↗](#)

INTRODUCTION



Councils of State in Europe in their advisory and legislative functions: France, Belgium, Spain, Italy and Luxembourg

Les Conseils d'État en Europe dans leurs fonctions consultatives et législatives: France, Belgique, Espagne, Italie et Luxembourg

Nadim Farhat and Philippe Poirier

Department of Humanities, Faculty of Humanities, Education and Social Sciences, Esch-sur-Alzette, University of Luxembourg

ABSTRACT

This special issue explores the Council of State as an institution at the heart of the workings of the political-administrative system of many European states. More specifically, it dwells on the consultative and legislative functions of the Council of State as an institution. This special issue shows through the analysis of the cases of five European countries (France, Belgium, Spain, Italy and Luxembourg) in what ways the consultative action of the Council of State, while revealing its dual technical and political nature, assumes a role of neutrality and expertise which is authoritative within the debates that agitate parliamentary democracies. Examining the Council of State from the angle of its advisory function, as well as the dynamics and pressures to which it is subjected, makes it possible to identify both the evolution and the constraints that affect the construction of the law undertaken by legislative assemblies and governments and more generally the development of state standards.

Les études sur le parlementarisme en Europe ont longtemps analysé la « fabrication du droit »¹ sous l'angle de l'interaction entre les pouvoirs législatifs et exécutifs, accompagnant de surcroît cette analyse du constat, maintes fois répétées, d'une prééminence technique et juridique croissante du gouvernement dans ce processus.² Malgré le fait que la construction de la loi, et plus généralement des normes étatiques, soit l'apanage apparent des deux premiers pouvoirs, la production des normes a acquis depuis quelques décennies un degré de complexité tel que le concours de multiples acteurs supra et infra

CONTACT Nadim Farhat ✉ Nadim.farhat@uni.lu 📍 Department of Humanities, Faculty of Humanities, Education and Social Sciences, Esch-sur-Alzette, University of Luxembourg, Luxembourg

¹B. Latour, *La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'Etat* (Paris, 2004).

²M. Russell, 'Brexit and Parliament: the anatomy of a perfect storm', *Parliamentary Affairs* 74, (2021) pp. 443–63; J.-F. de Bujadoux, 'Le Parlement dans la crise sanitaire', *Études* (Novembre 2021), pp. 31–42; L. De Winter, W. Wolfs, 'Policy analysis in the Belgian legislatures: The marginal role of a structurally weak parliament in a partitocracy with no scientific and political tradition of policy analysis', in M. Brans and D. Aubin (eds), *Policy analysis in Belgium*, (Bristol, 2017), pp. 129–49.

étatiques s'impose désormais. Parmi ces derniers, le Conseil d'État assume un rôle singulier de conseil ainsi que juridictionnel, et ce, dans de nombreux États européens, à l'égard à la fois des assemblées législatives que des gouvernements du continent. En réalité, débordant le simple rôle consultatif et assumant une fonction législative, le Conseil d'État, héritage de l'Ancien régime, se présente, dans le spectre européen, comme une institution multiforme, aux compétences variées et en constante évolution.

Ce numéro spécial vise à contribuer à l'étude des Conseils d'États en s'attardant sur leur fonction consultative – mission mise au service des assemblées représentatives et du pouvoir exécutif. S'intéresser au Conseil d'État en Europe sous cet angle, c'est s'intéresser d'abord au rapport entre droit et politique. Les Conseils d'État apparaissent tantôt comme des antennes juridiques formulant des avis techniques; tantôt ils sont considérés ou peuvent se considérer eux-mêmes comme un acteur politique notamment lorsqu'en situation de crise, testant les limites de leur fonction consultative, ils examinent l'opportunité administrative et donc politique du texte. Aborder les Conseils d'État, c'est aussi et surtout, analyser les fondements d'une institution pluriséculaire qui influence le paysage normatif en amont et en aval de la production législative et réglementaire des parlements et gouvernements. Graduellement, le Conseil d'État se présente, dans de nombreux pays, comme une institution de co-législation, dans la mesure où, renfermant une expertise en légistique – à savoir la technique législative incluant les règles et méthodes de préparation des textes normatifs – il devient acteur de la loi dont l'apport vise à rehausser la qualité des textes, façonnant par là le travail des assemblées parlementaires.

Aujourd'hui élément central du paysage institutionnel, le Conseil d'État plonge ses racines dans le passé lointain.³ Au sein de l'Ancien Régime en France, il trouve son origine dans la distinction théorisée entre justice déléguée et justice retenue. Alors qu'au Moyen-Age, assisté de juristes, le souverain tranchait en dernier ressort toute sorte de litiges, sous l'Ancien Régime des tribunaux – les Parlements – se sont vus délégués le pouvoir de justice mais leur compétence ne portait que sur les différends entre les sujets du Royaume. Un reliquat, assez significatif, du pouvoir de justice restait donc entre les mains du roi qui tranchait en dernier recours les contestations visant les actes de sa propre administration. Avec l'effacement progressif du pouvoir personnel au profit d'une forme institutionnalisée du pouvoir, le Conseil du roi composé de juristes et serviteurs de l'État devint, en 1799 sous le Consulat, Conseil d'État.⁴ Ses fonctions juridiques et politiques furent conservées malgré les aléas de l'histoire grâce notamment au retrait, par la Révolution, du contentieux administratif des mains des tribunaux judiciaires.

Consolidé ainsi par la Révolution en France, le Conseil d'État accompagne au XIX^e siècle le développement de la société « démolibérale » en Europe. Par exemple, le Conseil d'État espagnol trouve son origine dans la constitution de Cadix de 1812, une des plus constitutions les plus libérales d'Europe. Il n'est pas surprenant dès lors de constater que le Conseil était conçu, dans le cadre de cette constitution, comme une instance ayant pour but de contrôler le pouvoir du roi.

De nos jours, le Conseil d'État est une institution qui est affectée, dans sa fonction consultative, par trois dynamiques qui sont analysées dans les différentes contributions de ce

³A ce sujet, voir notamment B. Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle* (Paris, 2003).

⁴I. Moullier, 'Une révolution de l'administration ? La naissance de la science administrative impériale (1800-1815)', *Annales historiques de la Révolution française* 389, (2017), pp. 139–60.

numéro spécial. Premièrement, le temps politique entre aujourd'hui en collision avec la nature « réflexive » du Conseil et la prise de recul nécessaires à la formulation d'un avis. La mise sous pression du Conseil d'État due à l'accélération du temps politique s'accommode de moins en moins du temps de réflexion incompressible pour la formulation d'un avis informé et juridiquement solide. La légitimité du Conseil d'État est dès lors parfois mise en débat et les réformes successives dans différents pays européens s'efforcent de répondre à cette problématique de légitimité par deux voies opposées: en accroissant les pouvoirs du Conseil d'État ou au contraire en les diminuant. Il n'en reste pas moins – et c'est la deuxième dynamique à relever – que les avis du Conseil d'État découlant de sa fonction consultative ont un effet « contraignant » quand bien même cette contrainte n'est pas fondée sur une obligation légale de conformité. Dans la plupart des cas examinés dans ce numéro spécial, l'absence de caractère contraignant de l'avis est en effet puissamment contrebalancé par le pouvoir juridique et technique du Conseil. Ce pouvoir fait autorité, et s'impose dès lors 'naturellement' face aux élus des assemblées parlementaires ou au cours d'une consultation à l'initiative du gouvernement. De fait les autorités consultantes, qu'elles soient législatives ou exécutives, tendent à suivre les avis du Conseil d'État.

Enfin, le Conseil d'État est soumis à une troisième dynamique qui relève d'une évolution plus générale de la société: le défi posé à l'égard la transparence des avis et de leur publicité. Il y a lieu ici de trouver l'équilibre, aussi bien pour les autorités consultantes que pour le Conseil d'État, entre secret des avis suite aux questions et requêtes gouvernementales ou parlementaires et la transparence et la communication du processus consultatif dues au public. La tendance est aujourd'hui à rendre public ces avis et les notes qui les accompagnent bien avant le délai qui fait tomber dans le domaine public les documents des institutions étatiques.

A travers six articles couvrant les cas français, belge, espagnol, italien et luxembourgeois, ce numéro spécial montre l'étendue et la variété des problématiques qui ressortent de l'action de consultative de cette institution versatile, au cœur de la machine étatique, à travers laquelle il est possible de saisir la dynamique et les évolutions des régimes parlementaires contemporains.

Ce numéro débute par la contribution de Catherine Bergeal. Assistant traditionnellement le pouvoir exécutif, il convient en premier lieu d'aborder le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives et législatives en tant que conseiller du Gouvernement. C'est ce qu'entreprend notre auteure dans le cas du Conseil d'État en France. A l'égard du gouvernement, le Conseil d'État exerce l'essentiel de son activité consultative dans l'examen des projets lois, des ordonnances par lesquels le gouvernement intervient dans le domaine législatif et dans environ la moitié des décrets du Premier ministre et du Président de la République pris en conseil des ministres.

Contrairement à d'autres Conseils d'État (comme en Belgique) dont les avis restent exclusivement juridiques, le Conseil d'État en France examine – outre la conformité à la hiérarchie des normes – l'opportunité administrative. Le Conseil français se penche en effet sur l'intérêt, les avantages et les inconvénients du texte, les moyens administratifs disponibles pour sa mise en œuvre voire sa cohérence avec la politique du gouvernement. Un tel examen global fait fortement écho au rôle d'origine du Conseil d'État en tant qu'organe conseillant le gouvernement y compris sur le plan politique.

L'avis du conseil d'État, s'il n'est pas contraignant, est la plupart du temps suivi par le gouvernement qui se conforme dans la forme aux reformulations et corrections proposées et dans le fond à la ligne légale et constitutionnelle défendue par le Conseil. En cela, l'exécutif français, à l'instar de ses homologues européens, se soumet, le plus souvent, à la logique d'amélioration des textes normatifs qui sous-tend la fonction consultative et législative du Conseil.

A noter, qu'à côté de sa fonction de conseiller du gouvernement, une des évolutions contemporaines qui a transformé l'activité du Conseil d'État en France est la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a ouvert la possibilité que le Conseil soit saisi de propositions de lois. C'est bien le besoin d'un double rehaussement de la fonction législative du Parlement et de la qualité de la loi qui a imposé l'extension de l'offre consultative du Conseil à l'Assemblée Nationale et au Sénat.

Dans le deuxième article, Eric Thibaut, se penche sur le Conseil d'État en Belgique. Si le Conseil d'État belge est resté une idée en gestation longtemps après l'indépendance de 1830, c'est que l'assimilation du Conseil d'État à un organe au service d'un pouvoir autoritaire et liberticide, français ou hollandais, a longtemps prévalu dans l'esprit des révolutionnaires belges. Le constat très vite fait de la piètre qualité des textes législatifs proposés, auquel aurait pu remédier le travail effectué en amont par un conseil d'État, n'a pu altérer le paysage institutionnel installé en 1830. Il a fallu attendre 1946 pour qu'enfin soit mis en place un Conseil d'État doté d'attributions en matière législative et en matière de contentieux administratif.

Le Conseil d'État belge doit composer avec la complexité du schéma institutionnel du pays. Il est appelé à donner des avis juridiques motivés aussi bien aux neuf gouvernements que parlements des différents pouvoirs fédéral, régional et communautaire, portant aussi bien sur des textes réglementaires que législatifs. La mise à contribution du Conseil d'État par les différentes autorités habilitées à le solliciter peut aller jusqu'à une demande de prise en charge directe de la rédaction des textes législatifs et exécutifs.

La saisine de la section législative par les présidents des différents parlements ainsi que par les ministres et membres des gouvernements des entités fédérées est facultative lorsque le texte ne comporte pas des règles de portée générale susceptibles de recevoir de nouvelles applications futures et, dans le cas inverse, obligatoire. Ce critère de déclenchement de la saisine de la section législative n'est parfois pas aisée à déterminer tant certains textes mêlent éléments à caractère réglementaire et non réglementaire.

Une méconnaissance de l'obligation de consultation est sanctionnée, par la section du contentieux administratif du Conseil d'État, de l'annulation des arrêtés réglementaires pris sans sollicitation de la section de législation. Il est intéressant de noter, comme le relève Eric Thibaut, que l'accélération du tempo politique, que ce soit en raison de la multiplication des crises ou en réaction à des faits de société, se reflète par la pratique des autorités consultantes consistant à assortir quasi-systématiquement les demandes d'avis d'un délai, faisant basculer ainsi définitivement la saisine de la section de législation en une procédure d'urgence (c'est-à-dire, assortie d'un délai).

Cette mise sous pression du Conseil d'État belge conduisant parfois au dépassement des délais de rigueur se traduit dans certaines circonstances par l'absence de communication d'un avis. Ce « laissez-passer », souligne Eric Thibaut, est un moyen de gestion du flux, utilisé à contre-cœur par la section de législation. Suite à un avis qui pointe une

difficulté juridique dans le cas d'un avant-projet, projet ou proposition, le plus souvent le texte est revu voire abandonné pour prendre en compte les observations.

Le troisième article, par Angel J. Sánchez-Navarro, aborde le cas espagnol. Le Conseil d'État espagnol semble à la fois l'héritier du puissant Conseil créé par Charles I en 1526 pour assister le souverain que celui de la période napoléonienne, dont l'enracinement institutionnel, bien que bref, a dessiné certains contours toujours actuels du Conseil d'État espagnol. La première Constitution espagnole en 1812 a renforcé l'indépendance du Conseil en lui conférant une capacité de contrôle des pouvoirs du Roi, notamment en ce qui concerne l'approbation des lois. Alors que le Conseil se voit dépouiller au début du XX^{ème} siècle de son pouvoir juridictionnel, Navarro estime que, paradoxalement, l'ameusement de son rôle à la seule fonction consultative l'a sauvé des vicissitudes de l'histoire: il lui a assuré sa survie en le cantonnant, loin des affaires contentieuses, à une spécialisation administrative et juridique qui s'est révélée une plus-value au moment de la transition démocratique.

Ainsi, en comparaison avec les autres Conseils d'État en Europe, le Conseil espagnol est, selon Navarro, 'une institution humble' parce qu'à la fois limitée à sa seule fonction consultative et réduite en termes de personnels de juristes, à une cinquantaine de personnes. Bien que discrète, cette fonction consultative est largement considérée comme étant d'une grande qualité technique.

Dans sa fonction consultative au service exclusivement du gouvernement, le Conseil en Espagne donne son avis suite à une saisine obligatoire ou facultative selon la nature du texte. Il s'assure de la conformité de ce dernier à la Constitution et de l'efficacité des moyens envisagés par l'administration pour sa mise en œuvre.

Lorsque la saisine du Conseil est obligatoire, sans être définitivement contraignant l'avis émis peut être contredit par le ministre consultant seulement à travers une décision prise par l'ensemble du Conseil des ministres. En d'autres termes un tel avis lie une décision prise par le ministre individuellement, mais pas un décret pris par l'ensemble du Conseil des ministres.

Dans le quatrième article, Alicia Cebada Romero s'attarde également sur le cas espagnol, mais l'aborde sous l'angle de l'articulation entre le Conseil d'État et les Conseils Consultatifs créés par les Communautés Autonomes. Ce modèle décentralisé de consultation a permis, note Romero, de créer une sorte de service public de consultation de proximité, plus proche du citoyen. La décentralisation de la fonction consultative décharge le Conseil d'État d'un poids qu'il aurait dû assumer seul et qui ne serait pas conforme pas à la structure largement décentralisée de l'État espagnol. Il n'en demeure pas moins que malgré cette séparation formelle entre fonction consultative centrale et fonction consultative décentralisée, le Conseil d'État interagit régulièrement avec les Conseils consultatifs des Communautés Autonomes, et une forme de coopération plutôt que de compétition semble se dégager de leur interaction.

La cinquième contribution, celle de March Besch, s'attarde sur le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg. Le cas luxembourgeois incarne parfaitement la réalité d'un Conseil acteur à part entière de la procédure d'élaboration de la loi. Non seulement la Chambre des députés sollicite le Conseil d'État lors de la confection d'un texte de loi; le concours du Conseil a pour effet également de suspendre la procédure législative pendant trois mois, le temps que celui-ci délivre son avis. Ce véritable « veto suspensif » reflète, selon Marc Besch, une place centrale accordée au Conseil d'État dans l'architecture

institutionnelle luxembourgeoise, si bien que d'aucuns considèrent le Conseil comme un équivalent de fait, sinon de droit, d'une chambre haute.

Dans leur contribution, la sixième et dernière de ce numéro spécial, Nicola Lupo et Tucciarelli brossent l'histoire politico-administrative italienne sous l'angle des « multiples vies du Conseil d'État » dans la péninsule. A ses origines, le Conseil d'État italien assume une fonction consultative, reflétant sa double nature technique et politique, dont l'étendue est telle qu'elle permettait à ce dernier de rédiger, à l'initiative exclusive du gouvernement, des projets de loi entiers puis de les défendre devant les assemblées parlementaires. Ce recours à la fonction consultative a varié en intensité au fil du temps concernant les aspects législatifs, mais s'est affermie dans le cadre des avis, sollicités par le gouvernement, portant sur tout sujet technique ou juridique. A travers une analyse détaillée des fonctions consultatives et juridictionnelles, nos deux auteurs soulignent que les mutations successives du rôle du Conseil d'État italien lui a permis aujourd'hui de défendre l'État de droit, de mettre son activité consultative au service, non plus seulement du gouvernement, mais de toutes les institutions publiques voire d'exercer une évaluation sur les politiques publiques, non plus exclusivement juridique, mais aussi relative à l'atteinte effective des objectifs de la législation.

Ce dernier point, qui laisse penser aux pouvoirs d'une Cour des comptes, met en exergue à quel point les compétences du Conseil d'État se transforment au fil du temps. Elles refluent ou au contraire s'étendent en fonction des évolutions sociétales et de la transformation de l'action publique. Il n'en reste pas moins que cet état de fait ne suffit pas à lui seul à expliquer la résilience du Conseil d'État. Comme institution se trouvant au cœur des rouages du système politico-administratif, se voulant neutre et offrant une expertise reconnue, elle possède une élasticité fonctionnelle qui lui permet d'adjoindre régulièrement de nouvelles missions, contrant ainsi le procès en légitimité qui lui est fait et consolidant par là son utilité juridique et administrative au sein des régimes parlementaires analysés.

Disclosure statement

No potential conflict of interest was reported by the author(s).

Notes on contributors

Nadim Farhat is a researcher in political science at Department of Humanities, Faculty of Humanities, Education and Social Sciences at the University of Luxembourg, where he holds the Research Chair in Parliamentary Studies.

Philippe Poirier is an Assistant Professor in Political Science at the Department of Humanities, Faculty of Humanities, Education and Social Sciences at the University of Luxembourg, where he holds the Research Chair in Parliamentary Studies.