

LE CONSEIL D'ÉTAT A QUARANTE ANS

par

Francis DELPÉRÉE

Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain
Assesseur à la Section de législation du Conseil d'Etat

- I -

Les anniversaires ont un mérite. Ils invitent à jeter un regard souvent attendri, parfois nostalgique sur le révolu. Ils sollicitent aussi l'imagination de ceux qui prennent part à la fête. Comment ne pas s'interroger sur ce qui reste à faire et sur ce qui pourrait advenir ?

A cet égard, les anniversaires institutionnels ont une vertu particulière. Ils célèbrent des organismes assurés de la pérennité. Sans craindre l'irrévérence, ils peuvent s'attacher — je ne dis pas : s'attaquer — à l'essentiel. L'institution a-t-elle rempli les tâches qui lui étaient assignées ? Devrait-elle en assumer d'autres ? Quelle place a-t-elle acquise dans la société politique ? Quelle image procure-t-elle à l'intérieur comme à l'extérieur ?

Toutes questions que le juriste ne peut manquer de se poser à l'occasion du 40ème anniversaire du Conseil d'Etat. Voici une institution jeune encore, si sa longévité se calcule à l'aune de notre Etat. Voici une institution plongée, depuis plus de quinze ans, dans les tourmentes communautaires et qui a le devoir de trouver en elle-même, et de donner à d'autres, les raisons de croire en des solutions négociées. Voici une institution enracinée vaille que vaille dans notre terroir juridique, tour à tour juge et conseiller du pouvoir politique, et qui est sollicitée, sans toujours beaucoup de logique, par des tâches nouvelles et des procédures originales. N'est-il pas temps de faire le point ?

Artifice peut-être. C'est en quarante observations, une par année, qu'on rassemble ici quelques réflexions à ce sujet.

- II -

Un premier étonnement ne peut être tu. Chacun s'accorde à considérer que le Conseil d'Etat, dans ses deux sections, remplit une fonction essentielle à l'organisation et à la bonne marche du système constitutionnel.

La section d'administration poursuit au contentieux de la légalité la tâche entreprise par le pouvoir judiciaire au contentieux des droits subjectifs. Les démarches peuvent à ce point paraître complémentaires que la Cour de cassation n'hésite pas à considérer que ce qui est excès de pouvoir aux yeux du juge administratif doit nécessairement être considéré comme fautif

par le juge de la responsabilité de la puissance publique.

De son côté, la section de législation assure, entre autres tâches, le contrôle préventif de la constitutionnalité des lois et des décrets en projet et anticipe ainsi sur les tâches dévolues à la Cour d'arbitrage au titre du contrôle répressif. Ici encore, les vérifications qui s'opèrent en amont et en aval peuvent s'inscrire dans une démarche identique. Soit que le juge constitutionnel tienne compte des premiers contrôles exercés pour asseoir ses propres analyses, soit que la section de législation suive les arrêts de la Cour pour donner un avis sur les textes qui ont été substitués aux normes annulées.

Mais c'est ici que la surprise apparaît. La Cour de cassation a son siège dans l'article 95 de la Constitution. La Cour d'arbitrage, dans l'article 107ter. Nulle trace, par contre, dans *la Constitution*, du Conseil d'Etat ! Seules des lois — ordinaires, par surcroît — du 23 décembre 1946 — dont on fête aujourd'hui les 40 ans — et du 3 juillet 1971, coordonnées le 12 janvier 1973 et modifiées déjà depuis lors à plusieurs reprises, servent de fondement à l'institution. Il y a là une anomalie qu'il serait temps de corriger. Non, comme on le suggère parfois, parce que le pouvoir politique pourrait être tenté de supprimer l'institution par «un bout de texte». Mais parce que le silence de la Constitution est générateur de confusions. Il laisse planer l'ambiguïté sur le rôle exact d'une institution qui apparaîtra vite comme le service particulier d'un ministère. On ne percevra guère qu'elle remplit une fonction juridictionnelle dans des conditions d'indépendance et d'impartialité. On ne devinera pas qu'elle donne des avis tout autant aux communautés et aux régions qu'à l'Etat. Bref, la confusion s'installe à défaut de clarification constitutionnelle.

Certes, les chambres législatives ne sont pas constituantes. Il faudra donc songer à insérer, dans une prochaine déclaration, le principe de l'insertion d'un article 107quinquies dans la Constitution. Un texte, analogue à celui qui fut soumis à la Commission de révision de la Constitution en 1982, pourrait alors être adopté à la majorité des deux tiers. Faut-il rappeler qu'il se bornait à établir qu'«il y a, pour toute la Belgique, un Conseil d'Etat» et qu'il s'attachait, pour le reste, à définir sommairement les responsabilités des sections de législation et d'administration (*Doc. Parl., Sénat*, 1981-1982, 100, n° 12/1°) (voy. égale-

ment à ce sujet L. Moureau, «La révision de la Constitution et le Conseil d'Etat», *R.J.D.A.*, 1964, p. 223).

Faut-il aussi souligner que cette disposition de caractère technique ne put être adoptée, pour des raisons qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler «la politique politicienne»? Le Conseil d'Etat mérite mieux.

- III -

Un fondement constitutionnel ne suffit pas pour donner au Conseil d'Etat la transparence qui lui convient. Sera-t-il permis de dire ici que *l'appellation «section d'administration»* engendre bien des ambiguïtés? Les uns en déduisent que le Conseil d'Etat fait partie de l'administration et, se fondant sur des références historiques incontestables, en viennent à considérer qu'il est l'administration qui se juge elle-même.

D'autres soutiennent, en se fondant sur les intitulés procurés par les lois organiques que le Conseil d'Etat n'a à connaître que des actes de l'administration et qu'il ne peut ni censurer les actes du gouvernement, ni statuer sur les droits politiques que revendique un citoyen. On devine à quelles aberrations peut conduire ce type de raisonnement. Si on admet que la fonction assumée, est, pour l'essentiel, d'ordre juridictionnel, pourquoi, comme en d'autres Etats, ne pas dénommer la section d'administration «section du contentieux»?

- IV -

L'image du Conseil d'Etat serait plus claire également si l'opinion publique était mieux avertie des particularités de la fonction que l'institution est appelée à remplir et des conditions dans lesquelles elle l'exerce. Une vulgarisation intelligente ne permettrait-elle pas de mieux servir les desseins que poursuit le Conseil d'Etat? Le premier président Rémion s'y est risqué, en décembre 1984, à la tribune de la «société d'études et d'expansion», pour mieux faire connaître ce qu'il appelait «un organisme ésotérique». Mais l'effort pédagogique est toujours à poursuivre.

Un exemple illustre le propos. Dans une récente tribune de presse, un mandataire politique entreprend de faire connaître son point de vue sur la compatibilité de la nouvelle réglementation relative aux cartes d'identité avec les prescriptions des lois linguistiques. Peu importe le fond du problème. Mais, au passage, l'auteur relève pêle-mêle que le projet a fait l'objet de deux avis — l'un de la commission permanente de contrôle linguistique, l'autre de la section de législation —, que ces avis n'ont pas été publiés et que si le Conseil d'Etat a été sollicité, ce fut aux fins de contrer un avis par trop négatif de la commission permanente. Tout, dans la relation des faits, donne à penser

que la section de législation a été «manipulée» dans le sens voulu par les auteurs du projet.

Et pourtant... Pour peu qu'on s'informe sur les prescriptions de la loi en ce domaine, il allait de soi que le Conseil d'Etat devait être consulté sur un texte de caractère réglementaire, qu'il ne pouvait en connaître qu'après que les autres consultations ont été recueillies et que son avis ne devait pas être publié — puisqu'il était procuré au gouvernement —. En d'autres termes, le respect des prescriptions de la loi est parfois mal interprété. La loi ne gagnerait-elle pas à être mieux connue?

- V -

Les responsabilités diversifiées de la *section d'administration* gagneraient aussi à être mieux distinguées. Le Conseil d'Etat peut être amené, et c'est sa tâche essentielle, à statuer au contentieux de la légalité: s'il y a violation de la loi, il annulera l'acte — réglementaire ou individuel — attaqué. Il peut aussi connaître du contentieux de l'un de ces droits politiques qu'évoque l'article 93 de la Constitution et dont la doctrine comme la jurisprudence se sont efforcées de cerner des contours. Parfois même, une question particulière, comme celle qui donne lieu aux cinq arrêts du 30 septembre 1986, va susciter des contentieux relevant de l'un et l'autre ordres; le Conseil d'Etat va en connaître dans le même moment. Mais si l'on ne prend pas la peine de rappeler des distinctions qui sont familières aux spécialistes du contentieux administratif, on laissera se développer une lecture tronquée, et parfois même inexacte, des arrêts de justice qui sont rendus dans ces deux domaines. Le Conseil d'Etat lui-même est-il attentif au peu de culture juridique des destinataires directs et des lecteurs de ces arrêts?

- IV -

Dans le domaine des appellations impropres, ne faut-il pas aussi ranger celle qui sert à caractériser «*le bureau de coordination*»? Les termes employés ne permettent guère d'illustrer les fonctions essentielles qui sont dévolues à cet office. La loi du 13 juin 1961 investit le bureau de tâches particulières aux fins de coordonner ou de codifier la législation à la demande du pouvoir exécutif. Mais est-ce là le principal? Chacun sait que le bureau de coordination a pour tâche de conserver et tenir à jour la documentation en matière législative, réglementaire et jurisprudentielle, de mettre ces instruments à la disposition des sections du Conseil d'Etat. Les répertoires et fichiers qui sont constitués à cette occasion n'entrent pas, à proprement parler, dans une oeuvre de coordination...

Sans doute, le Conseil d'Etat lui-même s'est-il inquiété d'un changement d'appellation: «Il importe de ne modifier la dénomination d'un organisme que lors-

que ce changement est impérieusement réclamé par des modifications apportées au statut et aux attributions de celui-ci. Pareille nécessité n'apparaît pas dans le cas présent» (*Doc. parl., Sénat, 1962-1963, n° 128, p. 39*). Mais une analyse concrète des tâches assumées par le bureau de coordination ne suffit-elle pas à indiquer que l'institution s'est, pour l'essentiel, vouée à des tâches d'études et de documentation qui relèvent du domaine de la législation ? Les intentions du législateur de 1946 n'ont, par la force des choses et — oserait-on dire — par les nécessités du service, pas été tout à fait respectées ... Qui s'en plaindra ? Un changement d'intitulé pourrait utilement concrétiser cette évolution.

- VII -

Puisque le propos pédagogique l'emporte pour l'instant, ne serait-il pas concevable de mieux instruire le «grand public» sur les responsabilités différentes de la section d'administration et de la section de législation ? La confusion entre les arrêts et les avis est monnaie courante... Ne conviendrait-il pas de mieux informer sur les méthodes de travail de l'une et l'autre sections ? Des commentateurs pourtant avisés réchignent eux-mêmes à opérer ces distinctions élémentaires. Et de lire les avis comme des arrêts, ou les arrêts comme des avis... Faut-il rappeler, pourtant, qu'à la faveur d'un avis, la section de législation exprime une opinion, suggère une rédaction, indique les raisons de droit qui militent en faveur de telle ou telle solution, fait oeuvre constructive en suggérant des réformes de détail ? Tout ceci, dans un laps de temps qui, pour les projets les plus simples, ne dépasse pas la quinzaine ; une seule audience bien préparée et bien conduite doit suffire à formuler l'avis. Comment comparer l'oeuvre qui s'accomplit ainsi avec celle que la section d'administration remplit dans l'exercice de ses missions juridictionnelles ? Le Conseil d'Etat rend un arrêt. Il agit ainsi au terme d'une procédure qui s'est échelonnée sur une période de deux ans, peut-être plus. Il s'appuie sur un dossier administratif — que l'auditorat a pris soin de faire confectionner. Il a entendu les parties échanger les arguments de fait et de droit qui appuient leur thèse. Il lui reste à se prononcer, c'est-à-dire à décider et à exprimer la solution retenue dans une sentence concise et aussi nette que possible.

Ces quelques observations peuvent paraître relever de ce que d'aucuns appelleront — de manière péjorative — «la cuisine intérieure» de l'institution. Il reste qu'elles peuvent servir à relativiser des appréciations trop abruptes ou les extrapolations que d'aucuns ne manquent pas d'émettre en traitant pêle-mêle des activités diversifiées du Conseil d'Etat.

- VIII -

Est-ce à dire qu'il y a lieu d'établir des cloisons au sein du Conseil d'Etat ? Certainement pas. A cet égard, il serait intolérable qu'au sein d'une seule et même institution, des jurisprudences différentes se développent à la section de législation et à la section d'administration ou, pis encore, que ce phénomène apparaisse au sein de chambres distinctes d'une même section. Il serait également peu opportun qu'un même dossier fasse l'objet d'appréciations discordantes de la part de membres de l'auditorat qui seraient appelés à les examiner. Les milieux juridiques, mais plus encore l'opinion publique et la presse qui en reflète les préoccupations, ne pourraient manquer d'être déconcertés par ces attitudes.

Evidemment, il n'y a pas de remèdes-miracles. Il faut tenir compte de l'indépendance des corps. Il faut garantir l'indépendance des membres de l'institution. Il faut respecter les individualités. Il faut aussi tolérer les opinions divergentes qui, demain, seront peut-être les amorces de jurisprudences nouvelles. Le premier président du Conseil d'Etat, les présidents de section, l'auditeur général s'attacheront, en particulier, à «arrondir les angles». Non pas pour préserver des unités de façade. Mais, plus fondamentalement, pour favoriser la recherche de solutions qui puissent recueillir un consensus suffisant entre tous les membres de l'institution.

A mon sens, il n'y a pas lieu non plus d'hyperspécialiser les membres du Conseil d'Etat dans des tâches de législation ou des fonctions de juridiction. Il y a lieu de préserver une osmose suffisante entre les conseillers et les auditeurs qui remplissent l'une et l'autre responsabilités.

- IX -

Ces propos encourageants risquent néanmoins d'être ébranlés par une habitude fâcheuse. Des commentateurs, et non des moindres, de la jurisprudence du Conseil d'Etat se plaisent, en effet, à relever que tel avis a été rendu par une chambre des vacations, que tel arrêt a été pris par une chambre de langue française, ou encore que telle consultation a été procurée par une formation sans assesseurs. La presse, et c'est son métier, soucieuse de personnaliser les interventions d'une institution qui, vue du dehors, peut lui paraître anonyme, voire mystérieuse, n'hésite pas à emboîter le pas à ces analystes et va jusqu'à attribuer sans nuances un avis ou une décision à la présence (ou à l'absence) de M. X ou de Mme Y. au sein des formations du Conseil d'Etat. Dans un pays comme la Belgique où chacun est pourvu d'un jeu d'étiquettes autocollantes, ce travail d'individualisation amène vite à attribuer à l'une ou l'autre formation politique la mesure intervenue. Je le dis sans nuances. Les «com-

mentaires chambre par chambre» peuvent amuser les habitués du sérail. Ils peuvent être utiles aux praticiens du contentieux devant le Conseil d'Etat qui, comme devant d'autres juridictions, s'informeront, le plus exactement possible, des préoccupations du siège devant lequel ils sont appelés à plaider. Mais, au-delà de ce cercle restreint, les analyses parcellaires font, à prétexte d'oeuvrer dans le détail, oeuvre délétère.

L'apport du droit public moderne a été de dépersonnaliser l'attribution des pouvoirs. Nul ne peut soutenir que l'Etat — dans sa totalité ou dans certains des attributs de la souveraineté — lui appartient. Les individus ne sont à prendre en compte que pour la fonction qu'ils exercent, et non l'inverse. Sans doute le propos va-t-il à l'encontre des tendances à la personnalisation du pouvoir — y compris dans le monde juridictionnel — que la civilisation médiatique tend à accréditer. Il semble, cependant, que la référence à l'institution mérite d'être rappelée. La garantie des droits du citoyen est à ce prix.

- X -

Dans cet esprit, et à la différence de bien des commentateurs, je me suis toujours refusé, même à propos des dossiers les plus brûlants, à parler de chambres françaises ou de chambres flamandes du Conseil d'Etat et à opposer les jurisprudences française ou flamande qu'elles auraient pu engendrer. Et ceci pour trois raisons, au moins.

La première est fort simple. Au contentieux, les chambres françaises n'ont pas été saisies de recours touchant aux points les plus épineux du contentieux communautaire. Nul ne peut dire aujourd'hui comment elles s'exprimeraient sur cette question.

Une deuxième raison conforte la première. En législation, des chambres réunies ont été amenées à se prononcer sur des questions constitutionnelles touchant à la matière de l'emploi des langues. Il serait excessif de soutenir que leurs avis ont été fondamentalement distincts de ceux qui se révèlent à la lumière d'un ensemble de décisions de chambres unilingues.

La troisième raison est plus «politique». Comme l'ont souligné les professeurs F. Perin et P. Lewalle («Le Conseil d'Etat», *Courrier hebdomadaire du Crisp*, 1984, n° 1055), ce n'est pas le Conseil d'Etat qui, par sa jurisprudence, provoque des crises fondamentales dans une société politique. «Les causes profondes sont à rechercher dans les options des divers groupes politiques, les représentants politiques étant eux-mêmes tributaires des mouvements et remous de l'opinion publique». Ne demandons pas au Conseil d'Etat de faire ce qu'il appartient au législateur de réaliser.

- XI -

Le rôle assigné aux *chambres réunies* de la section de législation ne peut être minimisé. L'article 85bis des lois coordonnées impose au premier président de leur déférer une affaire lorsque «la demande d'avis soulève une question relative aux compétences respectives de l'Etat, des communautés ou des régions». Mais y a-t-il un projet de loi ou de décret qui ne soulève pas, de manière incidente, l'une ou l'autre question de répartition de compétences? La disposition a donc fait l'objet d'interprétations restrictives.

Il reste que la réunion conjointe de deux chambres peut se révéler fort utile, surtout si elle a été précédée par des réunions distinctes. Une question touchant à la répartition des attributions qu'organise la Constitution ou la loi spéciale de réformes institutionnelles surgit à l'occasion de l'examen d'un texte en projet. Elle fait l'objet d'une première discussion au sein de la chambre saisie. Peut-être même un avant-projet d'avis est-il rédigé dès ce moment. L'autre chambre est ensuite alertée. Une réunion conjointe doit permettre de dégager une opinion sur ce point délicat.

Evidemment, le travail qui est accompli au sein d'une formation aussi nombreuse ne sera utile que si la réunion répond à un ensemble d'exigences. En particulier, le débat sur un projet d'avis semble à préférer à la discussion libre.

- XII -

L'assemblée générale de la section peut également faire oeuvre utile. Sur quelques questions fondamentales, elle peut, en s'appuyant sur des études scientifiques menées en profondeur, contribuer à établir une jurisprudence ferme dans un secteur de la pratique juridique. Au titre des expériences les plus récentes et les plus concluantes, il faut citer la confection des divers avis que la section de législation a été amenée à donner sur des propositions de loi ou de décret visant à instaurer la démocratie directe par le biais du référendum ou de la consultation populaire.

- XIII -

Le langage feutré du Conseil d'Etat déconcerte plus d'un lecteur. Un style plus direct ne répondrait-il pas plus adéquatement aux préoccupations de l'époque? Combien d'étudiants m'ont fait cette réflexion: «Le Conseil d'Etat estime que le gouvernement a procédé à bon droit à une appréciation correcte de la situation. Pourquoi se croit-il obligé d'exprimer cette idée en écrivant que le gouvernement n'a pas procédé à une appréciation incorrecte de la situation?».

Il y a des propos plus sibyllins. Certaines décisions de justice, en particulier, s'attachent moins à confronter un acte administratif à un ensemble de disposi-

tions juridiques et à imposer la décision qui résulte de cette confrontation qu'à expliquer pourquoi la solution de droit retenue correspond tout à la fois aux exigences du bon sens et aux nécessités de la vie sociale. Le justiciable s'en félicitera, car il aura l'impression de ne pas voir sa cause entendue de manière abstraite. L'interprète sera plus déconcerté et éprouvera souvent quelque peine à distinguer les motifs déterminants de ceux qui le sont moins, la justification de l'explication.

- XIV -

Il se dit que le Conseil d'Etat choisirait avec soin *le moment* où il rendrait ses avis et ses arrêts. Pas avant telle réunion, pas après tel événement, pas en même temps que telle manifestation... Je ne crois pas que le propos soit exact. En tout cas, il ne paraît pas heureux que le juge administratif se laisse aller à de telles supputations et mette, consciemment ou inconsciemment, la main à de pareilles entreprises. Il sera vite accusé d'être manipulé par des formations, plus expertes que lui — cela va sans dire — dans ces opérations. Il sera soupçonné de vouloir «faire un coup» ou, au contraire, de chercher à en éviter. Le mieux n'est-il pas de faire justice quand le dossier est en état, quand l'affaire est prête à être examinée, sans se soucier outre mesure des retombées que la décision pourra avoir dans le milieu gouvernemental et parlementaire ?

- XV -

Comment esquiver, dans cette perspective, la question des *délais* ? L'arriéré judiciaire est préoccupant. Le Conseil d'Etat s'expose-t-il aux mêmes critiques ? Des efforts importants ont été accomplis pour résorber les retards accumulés. Ils produisent aujourd'hui leurs effets. Mais la préservation des résultats acquis dépend d'une autodiscipline de chaque jour : la diligence de l'auditorat, la clairvoyance des formations de jugement, l'habileté des services de traduction, l'organisation du greffe, sont ici à l'épreuve. Il faut compter autant sur la qualité des méthodes de gestion que sur la disponibilité des hommes.

Il reste qu'une affaire engagée devant la section d'administration peut ne trouver sa solution qu'au bout de deux ans, souvent trois — mais chacun citera aussi de mémoire des exemples tristes ou cocasses où ces délais ont été largement dépassés. Il semble qu'une certaine dérive chronologique puisse être utilement combattue si les règlements de procédure qui déterminent les modalités de l'échange des mémoires étaient appliqués avec plus de sévérité.

Voici un requérant qui introduit un recours sommairement libellé. L'administration, qui a peut-être obtenu entretemps une prorogation de délai, entre-

prend de lui répondre. C'est le mémoire en réplique qui va, en réalité, constituer le document dans lequel l'auteur du recours développe ses moyens de droit. Sur ce, surgit une partie intervenante qui, elle, s'efforce peut-être de jeter un nouvel éclairage sur le dossier qui s'ébauche. Comment l'auditorat qui a peut-être dû aussi procéder à quelques devoirs d'instruction ne tiendrait-il pas compte, dans son rapport, de tous ces éléments ? Il gagnera à le faire dans un «délai raisonnable». On pourrait croire la procédure achevée. Pas du tout. Les parties au litige redoublent d'efforts et déposent à qui mieux mieux mémoires complémentaires, mémoires ampliatifs, derniers mémoires... L'auditorat peut, dans ces conditions, être amené à rédiger lui aussi un rapport complémentaire. Ce qui justifie une nouvelle salve de pièces de procédure. La procédure écrite peut ainsi se poursuivre pendant plus de dix-huit mois, alors que, selon les intentions du législateur, elle devait être achevée dans les six mois. Une réforme du règlement de procédure ne permettrait-elle pas de mieux préciser les droits et obligations des parties au litige, de mieux indiquer les délais assignés à chacun et de mieux définir ainsi les cadres chronologiques dans lesquels le procès est appelé à s'inscrire ?

- XVI -

Il est vrai que le gouvernement et les exécutifs sont confrontés, eux aussi, aux impératifs du temps. D'où la tentation de demander un avis «dans les trois jours». Ou, variante, l'invitation à remettre un avis dans un délai qui ne dépasse pas — par exemple — la quinzaine. Le Conseil d'Etat s'attache évidemment à respecter ces impératifs de calendrier. Il ne doit pas être suspecté d'entraver le cours de l'action politique. Même si, par prudence, il précise alors qu'«eu égard au bref délai qui lui est imparti pour donner son avis», il se limitera à quelques observations essentielles.

Autre réflexe de prudence. En période d'affaires courantes — c'est-à-dire lorsque le gouvernement est démissionnaire ou que les chambres sont dissoutes —, la section de législation attire systématiquement l'attention de ceux qui la consultent sur la particularité de la situation : «Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'Etat attire l'attention du gouvernement sur le fait que l'absence du contrôle qu'il appartient au Parlement d'exercer en vertu de la Constitution, a pour conséquence que le gouvernement ne dispose pas de la plénitude de ses compétences» (voy. «Une crise en trois temps», *Journal des tribunaux*, 1986, p. 123).

- XVII -

Les arrêts sont rendus. Encore faut-il qu'ils soient

— pour influencer durablement la vie administrative — portés à la connaissance du public. *Administration publique* y pourvoit dans l'immédiat, en utilisant la technique du sommaire et en l'assortissant de brèves notes d'observations. Le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* assure, lui, une publication officielle des décisions ; les complications nées de la nécessaire traduction des arrêts retarde, de près de quatre ans, l'opération. Les rapports et avis de l'auditorat seront, pour les affaires importantes, publiés dans des revues spécialisées. Quant aux notes d'arrêt, qui ménageaient un dialogue utile entre la doctrine et la jurisprudence, il faut constater, pour le regretter, qu'elles ont pratiquement disparu de la littérature juridique du droit administratif. De petites notes d'observations ont pris le relais. Mais à quand une « revue critique de jurisprudence administrative » ? Il y a de bons exemples ...

- XVIII -

Les avis aussi sont rendus. On n'est pas certain qu'ils soient assurés de l'audience qu'ils méritent. Pourquoi le gouvernement, les exécutifs communautaires et régionaux, les présidents des différentes assemblées ne prendraient-ils pas l'initiative d'assurer, dans un *bulletin ad hoc*, la publication des avis qui émanent des sections de législation et d'administration ? Si l'entreprise semble trop ambitieuse, pourquoi ne pas se limiter à ce qui touche directement à la réforme de l'Etat ? Il y a là une mine de réflexions, de commentaires et d'analyses. A un moment où les milieux politiques et administratifs avancent encore à tâtons dans le dédale de nos institutions, peut-on se priver de ce fil d'arianne ?

- XIX -

La place grandissante que le Conseil d'Etat occupe parmi les institutions publiques tient, pour une part, à l'écho qui a été donné à sa jurisprudence sur quelques sujets d'actualité. La matière des « *pouvoirs spéciaux* » en procure sans doute un bon exemple. Voici une matière où le Conseil d'Etat peut développer ce qu'on appellerait, dans le langage militaire, des manœuvres en tenaille. Sur un premier flanc, la section de législation est appelée à se prononcer sur la validité des lois d'habilitation. En 1986, en particulier, sous l'impulsion des conseillers d'Etat Ch. Huberlant et A. Vanwelkenhuyzen, le Conseil d'Etat n'hésite pas à bâtir une véritable doctrine des pouvoirs spéciaux — j'utilise cette expression dans « le nouvel Etat belge » (p. 160) — et à définir les conditions de temps, de forme, de procédure et d'objet dans lesquelles des habilitations peuvent être conférées et exercées. Il y a là quelques pages d'anthologie qui mériteraient de figurer dans toute encyclopédie de droit public belge ; le professeur Alen ne s'y trompe

pas, en en reproduisant des extraits significatifs dans son « *Casebook Grondwettelijk Recht* ».

Sur un second flanc, la section de législation se prononce, souvent dans l'urgence, sur les projets d'arrêtés royaux pris en vertu des pouvoirs spéciaux et veille au respect des limites qu'elle a elle-même contribué à établir. Mais ce n'est pas tout. En serre-flanc, la section d'administration, cette fois, peut connaître des arrêtés royaux numérotés, pour autant qu'ils n'aient pas fait l'objet d'une mesure de confirmation, et annuler au besoin ceux qui s'inscriraient en violation de la Constitution ou de la loi de délégation. En ce sens, l'utilisation croissante des pouvoirs spéciaux contribue à renforcer le rôle joué par le Conseil d'Etat dans l'exercice de la fonction législative et réglementaire.

- XX -

La part prise par le Conseil d'Etat dans l'opération de *réforme des institutions politiques* de la Belgique a été, en maintes occasions, soulignée. Et pourtant le Conseil n'a pris part d'aucune manière à la confection des textes constitutionnels de base (voy. infra, XXI). Mais il a contribué à préciser la philosophie politique qui inspirait les réformes institutionnelles de 1970 et de 1980 ; il a notamment souligné que « le principe de l'indépendance réciproque des autorités de l'Etat et des autorités des communautés et des régions présidait désormais à l'aménagement du système constitutionnel » (*Doc. Parl.*, C.C.F., 1981-1982, n° 64/1). Le Conseil d'Etat a surtout été amené à se prononcer sur les différentes versions des projets qui deviendront la loi spéciale du 8 août 1980 et la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles ; mieux encore : à la demande du gouvernement, il en réécrit lui-même plusieurs dispositions, parmi les plus importantes. Ce n'est pas tout. Interrogée sur différents projets de loi ou de décret après 1980, la section de législation s'attache, jour après jour, à procurer une interprétation aussi exacte que possible des lois de réformes institutionnelles. S'appuyant, pour l'essentiel, sur les travaux préparatoires de celles-ci, il s'efforce d'en donner un commentaire qui corresponde de manière précise aux intentions du législateur de 1980 ; c'est ainsi qu'une conception étroite du domaine des matières personnalisables a pu prévaloir (sur ce thème, voy. Ch. Huberlant, *Quelques aspects juridiques des réformes institutionnelles*, *Liber amicorum F. Dumon*, p. 889). S'appuyant, en d'autres occasions, sur le texte même des lois de réformes institutionnelles, le Conseil d'Etat peut développer des analyses moins restrictives ; c'est ce qu'il a été conduit à faire notamment dans les domaines qui se rattachent à la politique de l'environnement.

Comment ne pas souligner également, dans cette perspective, le rôle que la section de législation a pu

jouer dans la mise au point de la loi portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage. Comment mieux augurer de la coopération entre l'institution chargée du contrôle préventif de la constitutionnalité des lois ou décrets et celle qui est investie des responsabilités du contrôle répressif ?

- XXI -

La section de législation du Conseil d'Etat ne donne pas d'avis sur la régularité — même formelle — d'un projet de déclaration de *révision de la Constitution*. Elle n'a pas non plus à se prononcer sur la validité d'amendements qu'il est suggéré d'apporter à la Constitution. Les textes imposent cette solution, sans conteste. *De lege ferenda*, le système mis en place ne mériterait-il pas d'être corrigé ? N'y aurait-il pas lieu, à tout le moins, de vérifier si la déclaration de révision respecte les prescriptions de l'article 131 de la Constitution ? Ne conviendrait-il pas d'examiner au minimum si les amendements constitutionnels s'inscrivent dans les limites de la déclaration de révision ?

- XXII -

Au contentieux, est-il excessif de soutenir que — dans le prolongement des statuts — le Conseil d'Etat a construit un véritable *droit de la fonction publique*. J. Sarot, J. Ligoit et St. Gehlen ont naguère retracé les évolutions les plus significatives en ce domaine (« Le statut des agents de l'Etat devant le juge administratif », *Administration publique*, 1978, p. 81). Le rôle du Conseil d'Etat est ici bien visible et la grande presse ne rate pas l'occasion d'attirer l'attention du public sur les scandales réels ou présumés que la mise en oeuvre du droit de la fonction publique peut susciter. Au-delà de ces cas d'espèce, et de manière plus fondamentale, la section d'administration a rempli une fonction éminente pour déterminer, dans une société en mutation, nos modes d'administration et de gestion des personnels.

Les statuts sont d'un laconisme affligeant lorsqu'il importe de définir les obligations fonctionnelles des agents publics. Soit. Le Conseil d'Etat va élaborer, au fil des affaires dont il a à connaître, les grandes lignes d'une déontologie des fonctionnaires. Avec des réponses précises à des questions essentielles : les agents peuvent-ils faire valoir la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit à l'éligibilité ? L'arrêt royal du 2 octobre 1937 ne précise pas suffisamment quels éléments doivent être pris en compte à l'occasion des procédures de signalement ? Cela ne fait rien. Au prix d'un rappel de la distinction entre le grade et l'emploi, le Conseil d'Etat met en évidence la règle selon laquelle les agents d'un même grade doivent être interchangeables. Le statut pécuniaire des agents de l'Etat ne s'exprime pas de manière précise sur les

avantages accessoires au traitement ? Il n'empêche. Se prévalant de la notion d'intérêt du service, le Conseil d'Etat affirme l'idée selon laquelle le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une mesure emporte le droit de vérifier la charge financière qu'elle implique et de choisir la mesure la moins coûteuse. Et ainsi de suite...

- XXIII -

Le *droit de l'urbanisme* offre au Conseil d'Etat un autre domaine privilégié d'intervention. Les plans ont valeur réglementaire... Il peut être dérogé aux prescriptions d'un plan d'urbanisme... Le plan plus général l'emporte sur le plan particulier... Les dispositions de la loi du 29 mars 1962 peuvent paraître bien laconiques. La section d'administration leur donne chair. S'en tenir aux dispositions des lois, des décrets et des règlements en ce domaine ne procurerait évidemment qu'une vision étriquée et déformée de la réalité dans les secteurs de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire.

Une question ne peut manquer d'être soulevée à ce propos. N'y a-t-il pas un trop grand décalage entre la concision des textes et la richesse des interprétations jurisprudentielles ? La sécurité du citoyen trouve-t-elle son compte dans l'efflorescence des gloses, voire des interprétations libres, en marge des dispositions du droit ?

- XXIV -

Même si « la fonction publique » et « l'urbanisme » forment les matières premières — dans tous les sens du terme — du contentieux administratif, d'autres domaines retiennent l'attention du juge administratif. Ici, les décisions sont d'autant plus significatives qu'elles sont rares. Je l'avoue. Je rêve de lire des monographies où quelques auteurs enthousiastes et critiques — l'un n'empêche pas l'autre — montreraient comment la jurisprudence administrative contribue aux évolutions du droit constitutionnel, du droit économique, du droit social, du droit international... Ces analyses en coupe verticale instruiraient non seulement sur les missions et les méthodes du juge administratif, mais aussi sur les transformations qu'à travers son oeuvre, les différentes branches du droit sont appelées à subir. Avis aux amateurs ! La matière existe. Il suffit — c'est un euphémisme — de s'en saisir.

- XXV -

Au-delà même des divisions entre branches juridiques ou entre matières du droit administratif, le Conseil d'Etat contribue — tant par ses arrêts que par ses avis — à normaliser la vie publique. Il a dû, pour ce faire, sinon construire des théories, du moins

recourir à *des principes* qui lui servent de guides dans le raisonnement qu'il développe. Sans doute, des controverses persistent-elles sur l'utilité de formaliser ces développements. Mais, sur le terrain des applications concrètes, il est aisé de montrer l'importance de l'oeuvre accomplie et de souligner ainsi «les services très réels que le Conseil d'Etat rend à l'ensemble de la société» (F. Perin et P. Lewalle, *op. cit.*, p. 26).

Faut-il illustrer le propos d'un exemple ? Juge de la légalité, le Conseil d'Etat n'a eu de cesse, en l'absence de règles systématiques de procédure administrative, de mettre à jour les principes généraux du droit public qui étaient appelés à s'imposer à toute autorité administrative dans l'exercice de ses activités. Alors même que de vieilles maximes apprenaient qu'il n'y a pas de motivation sans texte, la section d'administration profite des litiges qui lui sont déferés pour affirmer qu'un principe prévaut : même sans texte, toute mesure préjudiciable à un individu ou toute mesure pénible pour lui doit faire l'objet d'une motivation en la forme (voy. sur ce thème, F.M. Rémion, «La motivation des actes administratifs en droit belge», *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, 1970, p. 669).

Un autre principe, celui de proportionnalité, est mis en exergue et utilisé en de nombreuses circonstances. Il me sera permis à ce sujet de renvoyer à mon étude sur «Le principe de proportionnalité en droit public — Eléments d'analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'Etat» (*Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé*, 1978, p. 503). Bien d'autres exemples pourraient être procurés depuis «Audi alteram partem» jusqu'à «Patere legem quam ipse fecisti»...

- XXVI -

Dans divers milieux, les insuffisances du contrôle juridictionnel des actes administratifs sont dénoncés. Le contrôle est dispersé entre les institutions judiciaires et les juridictions administratives, comme le veut notre tradition constitutionnelle. Ce contrôle s'exerce *a posteriori*, une fois le mal, et parfois même l'irréparable, accompli : l'on sait, dans cette perspective, que le droit belge ne reconnaît pas, sauf texte exprès, un caractère suspensif aux recours dirigés contre les actes administratifs.

Pis encore, la puissance publique est en mesure de s'opposer aux décisions de justice. Pour utiliser le mot de Jean Rivero, la valeur du système de «protection des citoyens contre l'arbitraire administratif» s'effrite ici «à l'épreuve des faits» (sur le problème irritant de l'efficacité des arrêts, voy. également l'étude de P. Tapie et M. Leroy, «L'évolution du contentieux administratif en Belgique», *J.T.*, 1982, p. 222).

Les résistances de la puissance publique peuvent prendre la forme de mesures de régularisation.

L'autorité administrative fait mine de tirer les leçons de l'arrêt d'annulation et d'accepter les effets qui s'y attachent. Mais, en réalité, elle refait, parfois à peu de choses près, le même acte. Il revient alors au juge, s'il est saisi une deuxième ou troisième fois, de censurer une forme de détournement de pouvoir et, en tout cas, une violation de l'autorité de la chose jugée.

Ou bien l'autorité administrative se rend compte qu'il ne lui sera guère possible d'amender l'acte original. Elle sollicitera l'intervention du législateur aux fins de régulariser son action *a posteriori*. Si elle l'obtient, elle sera habilitée à agir une nouvelle fois et d'une manière identique à la première. Est-il besoin d'ajouter que la régularisation, donnée dans des formes législatives, échappe, elle, à toute forme de contrôle autre que parlementaire ? La section de législation poussera sans doute des cris effarouchés au moment où elle sera saisie d'un projet en ce sens. Mais, devant une volonté politique bien affirmée, ces protestations risquent d'être platoniques. Il n'est pire sourd qui ne veut entendre...

Les résistances de la puissance publique peuvent aussi prendre la forme d'immunités. L'immunité d'action forcée empêche la victime qui vient de triompher en justice de passer elle-même aux actes. Il n'appartient pas à un particulier, même autorisé à cet effet par une décision de justice, de s'immiscer dans l'action et dans la gestion administratives. Nul ne saurait, à vrai dire, forcer l'autorité à respecter une décision de justice.

L'immunité d'exécution forcée met, pour sa part, la puissance publique à l'abri d'interventions sur son patrimoine. Les biens de l'administration publique, qui relèvent du régime de la domanialité privée ou de la domanialité publique, ne peuvent être saisis. C'est l'un des privilèges — souvent contesté — de la puissance publique.

- XXVII -

Des projets gouvernementaux ont cherché à réorganiser en profondeur le contentieux administratif. En 1976, le Ministre des réformes institutionnelles R. Vandekerckhove a attaché son nom à des propositions concrètes qui visaient notamment à mettre un peu d'ordre dans le domaine des innombrables juridictions administratives. Ces réflexions n'ont, cependant, pas recueilli dans les milieux juridiques et politiques l'écho qu'elles méritaient (R. Vandekerckhove, *Administration publique*, 1976-1977, p. 175 et mon commentaire «Des tribunaux administratifs en Belgique ?», *Administration publique*, 1976-1977, p. 123).

On devine que ces projets, qui faisaient du Conseil d'Etat la cour d'appel — voire de cassation — de tous les litiges administratifs, modifiaient sensiblement l'architecture des juridictions de toute espèce qui font

oeuvre en cette matière et donnaient à la section d'administration des responsabilités élargies. Cette réflexion sera à reprendre.

- XXVIII -

Des travaux approfondis restent à accomplir pour vérifier la manière dont les administrations publiques procurent exécution aux arrêts du Conseil d'Etat. Il n'y a pas lieu de sous-estimer la difficulté de l'entreprise. Une fois justice rendue, le juge est dessaisi. Il ne s'interroge pas sur les effets qui s'attachent à sa décision. En particulier, il ne se demande pas — quelques mois plus tard — si l'administration s'est rangée ou persévère dans l'erreur. Il ne s'interroge pas non plus sur la gamme des procédés concrets que l'autorité publique peut utiliser pour procurer effet à un arrêt d'annulation. On peut penser qu'en règle générale l'administration procure une correcte exécution aux décisions du juge administratif. Mais des affaires, comme celle qui donne naissance à l'arrêt *Zoete*, donnent à penser que des exceptions notoires peuvent exister. D'où le souhait d'une «meilleure exécution des arrêts» (pour reprendre les termes du conseiller d'Etat A. Vander Stichele dans le *Liber Amicorum F. Dumon*). D'où la question aussi de savoir si le juge administratif peut prononcer des astreintes — une question préjudicielle est posée en ce sens à la Cour de justice Benelux ...

En France comme aux Pays-Bas, des procédures appropriées sont aménagées au sein du Conseil d'Etat ; le requérant peut se plaindre de la non-exécution d'une décision de justice administrative. Il me semble qu'avant de recourir à des formules similaires, il y aurait lieu de procéder à une étude systématique des arrêts rendus par le Conseil d'Etat pour examiner la suite qui leur a été effectivement procurée. Une étude interuniversitaire ne mériterait-elle pas d'être menée sur ce thème sous l'égide du Conseil d'Etat ?

- XXIX -

Il y aurait lieu également de se demander de manière systématique si les travaux accomplis par la section d'administration ont quelque influence sur des réformes législatives et réglementaires. Ou s'agit-il là de deux domaines distincts ? Encore une fois, ce sont des réponses impressionnistes qu'il faut, en l'absence de toute recherche d'envergure, fournir à cette question. Il ne fait pas de doute, à mon sens, que des décisions ponctuelles peuvent engendrer — quasi *ab irato* — des réactions sous forme de propositions de loi ou de projets d'arrêté. Encore faut-il que ces initiatives soient couronnées de succès... Les lois de régularisation s'inscrivent évidemment dans cette perspective. Plus significatifs et plus positifs seraient des projets gouvernementaux qui, tirant la leçon du débat qui

s'est poursuivi en justice et de l'arrêt qui clôt le litige, entreprennent de concevoir ou de réformer les textes dans le sens d'une meilleure conformité au droit. On peut, par exemple, soutenir que la jurisprudence *Le-naerts* (qui permet de réserver des emplois dans les institutions culturelles aux tenants d'une tendance idéologique et philosophique) a été l'origine de la loi du 16 juillet 1973 qui contient le pacte culturel. Mais, me semble-t-il, les exemples ne sont pas légion.

- XXX -

Au contentieux de la légalité, la section d'administration rend des arrêts qui emportent soit rejet de la demande, soit annulation de l'acte administratif incriminé. Chacun sait que pareille annulation emporte suppression *erga omnes* et avec effet rétroactif de la décision attaquée. Ses effets sont absolus, pour citer la forte expression qu'utilise A. Vanwelkenhuyzen dans une note qu'il consacre à ce sujet dans la *Revue critique de jurisprudence belge* (1977, p. 436). Jusqu'il y a peu, doctrine et jurisprudence se satisfaisaient de ces sages maximes. Or, voici que le Conseil d'Etat lui-même agite le grelot. L'annulation n'aurait peut-être pas tous les effets qu'on veut bien lui prêter. Il n'est pas question, en tout cas, d'assimiler la section d'administration à «la machine à remonter le temps». Des éléments disparaissent, mais d'autres subsistent. Le professeur Boes y consacre, en 1982, quelques réflexions dans le *Liber amicorum Josse Mertens de Wilmars*. S'inspirant des arrêts Tibax (n° 20.599 du 30 septembre 1980) et Wallays (n° 21.370 du 14 juillet 1981), il montre notamment comment la doctrine du «tout ou rien» n'est plus en harmonie avec la jurisprudence la plus récente et ne prend pas en compte les problèmes de toute nature qu'un arrêt d'annulation peut susciter tant pour l'auteur que pour les destinataires de l'acte initial. Le raisonnement tenu, en l'occurrence, par le Conseil d'Etat n'est pas dépourvu de fondement. Mais s'inscrit-il encore dans la droite ligne des intentions du législateur de 1946 ? Quelle sécurité offre-t-il aux parties ? Ne risque-t-il pas de susciter plus de discussions encore après qu'avant ? La discussion qui s'amorce sur les conséquences normales qui s'attachent à un arrêt d'annulation ne devrait-elle pas élucider ces questions fondamentales pour l'activité du Conseil d'Etat ?

- XXXI -

Les avis du Conseil d'Etat, eux, sont-ils suivis ? La question est d'autant plus importante que, selon la formule laconique du président Masquelin et de M. Christian Lambotte (*Les Nouvelles*, n° 534), ces avis n'ont «aucune autorité quelconque à l'égard de quiconque». Sur le plan juridique, s'entend. Mais sur un plan plus factuel ?

Nous serions enclin à considérer, à défaut une fois encore d'études systématiques, que la section de législation est suivie, spécialement là où elle ne se borne pas à donner un conseil ou à suggérer une autre manière de procéder, mais où elle dénonce un vice grave de constitutionnalité ou de légalité du texte en projet qui lui est soumis. Ce n'est en tout cas pas sans manifester un certain embarras que le gouvernement ou les exécutifs entreprennent de ne pas suivre l'avis qui leur a été donné : tantôt ils motivent longuement, en fait comme en droit, l'attitude qui les conduit à s'opposer au Conseil d'Etat ; tantôt même ils vont jusqu'à susciter l'avis de quelque collègue de juristes en espérant obtenir un « meilleur avis ». Ces démarches suffisent à indiquer que la propension du pouvoir politique est de respecter l'avis de son conseiller juridique et que tout écart mérite à tout le moins d'être expliqué.

Parfois même, nous serions tenté de considérer que le pouvoir politique témoigne d'un trop grand respect vis-à-vis des avis de la section de législation. Celle-ci a estimé que, sur tel point, un projet qui lui était soumis était inconstitutionnel. Le projet est enterré, s'écrie-t-on de toute part. Alors qu'il suffirait sans doute de l'amender dans telle de ses dispositions pour échapper aux foudres de la section. Les fautes se corrigent. On dit même que l'exercice forme le caractère. L'impatience du pouvoir exécutif, sa propension à lire les avis dans le style blanc ou noir, l'empêchent peut-être de progresser sur la voie de la confection de textes irréprochables.

- XXXII -

Des expériences récentes indiquent, cependant, que le combat n'est jamais gagné d'avance. Une affaire mérite d'être contée par le menu.

La section de législation du Conseil d'Etat, siégeant en chambres réunies, donne, le 12 janvier 1983, un avis sur un projet de loi relative aux intercommunales (*Doc. Parl., Sénat*, 1982-1983, n° 529/1, p. 17 et s.) ; se fondant sur une analyse très précise des travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980, le Conseil d'Etat établit que cette loi reconnaît en la matière la compétence de principe du législateur national et ne donne aux autorités régionales que des compétences d'exécution — notamment pour le contrôle des intercommunales.

A la demande de la Chambre des représentants, cette fois, la section de législation est appelée, le 4 juin 1986, à donner un nouvel avis, toujours en chambres réunies, sur les amendements qui ont été déposés au projet de loi relatif aux intercommunales. Le Conseil d'Etat relève, à ce moment, que le projet qui lui est à nouveau soumis doit être revu à la lumière du premier arrêt d'annulation de la Cour d'arbitrage. Dans son arrêt du 28 juin 1985, la Cour a, en effet, établi que les régions disposent d'une compéten-

ce normative en matière de contrôle sur les intercommunales et que le législateur n'est plus appelé à intervenir dans ce domaine de compétence régionale (*Mon. b.*, du 6 juillet 1985, p. 10.152). Fort judicieusement, le Conseil d'Etat se range à cette interprétation. Il entreprend donc d'indiquer quelles sont les dispositions du projet qui doivent être corrigées.

A la suite de l'avis de la section de législation, le projet et son amendement sont soumis au comité de concertation. Dans un avis sibyllin du 1er août 1986, celui-ci déclare, d'abord, se rallier au « point de vue du Conseil d'Etat ». Mais il ajoute aussi, de manière paradoxale, que différents articles du projet initial « ne peuvent avoir trait qu'aux associations intercommunales dont le ressort ne dépasse pas les limites de la région bruxelloise, ainsi qu'aux associations de communes dont le ressort s'étend à plus d'une région ». Il en conclut — sans logique — que « dans ces limites, les dispositions susmentionnées n'excèdent pas la compétence du législateur national » (*Doc. Parl., Ch.*, 1985-1986, 125, n° 14).

L'affaire ne s'arrête pas là. Ainsi encouragée, la Chambre des représentants passe outre tant à l'arrêt de la Cour d'arbitrage qu'à l'avis du Conseil d'Etat. Elle adopte la loi dans les mêmes termes que le Sénat, sans prendre la peine d'indiquer quelles sont les dispositions qui seront d'application à toutes les intercommunales ou à certaines d'elles seulement.

A l'occasion des débats parlementaires, le 12 novembre, le ministre de l'intérieur croit même devoir déclarer que « les observations (du Conseil d'Etat) ne gênaient pas le texte de la loi » ; « d'autres lois... n'ont pas été modifiées depuis qu'il existe des régions et dont l'application ne gêne pas l'existence de ces dernières ». Pourquoi ? Mais « parce qu'on sait... que l'on ne peut pas disposer lorsque ce n'est pas permis pour la région wallonne ou pour la région flamande » (*Ann. parl., Ch. R.*, p. 190). A suivre le raisonnement du ministre, une loi n'empiéterait jamais sur le domaine de compétences des régions... Et cela, même après 1980...

Deux observations assortissent la relation de ces faits. D'une part, il a été souligné, à maintes reprises, que la Cour d'arbitrage avait rendu, le 28 juin 1985, un arrêt fort bien conçu. Il n'est pas de bon augure de voir méconnaître ouvertement ce premier arrêt d'annulation par des autorités politiques qui n'ont d'autre excuse que d'avoir voulu éviter les inconvénients de la navette parlementaire. Il est comode de se draper dans les plis de l'Etat de droit. Il paraît plus difficile d'en respecter les procédures élémentaires...

D'autre part, il n'est pas tolérable que des accords politiques viennent perturber le cours des procédures de consultation ou de juridiction et fassent ainsi obstacle aux mécanismes de prévention ou de règlement des conflits.

- XXXIII -

Comment ne pas dénoncer au passage cette procédure détestable qui soumet certains avis du Conseil d'Etat à l'examen du Comité de concertation ? La loi du 9 août 1980 devrait être, à bref délai, corrigée sur ce point.

- XXXIV -

Au titre des réformes envisageables et même souhaitables, on peut mentionner une réforme organique de peu d'ampleur, mais de signification réelle. Le Conseil d'Etat a pour ministère de « tutelle » le département de l'intérieur. Compte tenu des tâches juridictionnelles et consultatives qui reviennent à l'institution, ne conviendrait-il pas de modifier ce rattachement ? Pourquoi ne pas placer le Conseil d'Etat dans la dépendance des services du Premier ministre ?

- XXXV -

Le Conseil d'Etat est-il ouvert à ces réformes législatives qui auraient pour objet de préciser ses missions ou ses attributions ? « Trêve d'innovations », écrit impérativement le premier président Somerhausen en 1975. Il ajoute : « Peu d'institutions ont, autant que le Conseil d'Etat, stimulé l'imagination des légistes... Un moratoire législatif serait souhaitable » (*Les Nouvelles*, n° 2368). L'institution tout entière paraît suivre ces sages conseils. Elle ne manque pas de relever les obstacles de tout genre — par exemple, la faiblesse des moyens humains ou matériels — qui s'opposent à ce qu'une suite favorable soit donnée aux suggestions qui tendant à lui procurer, à elle ou à ses membres, de nouvelles tâches. Un exemple ? Le 16 janvier 1986, la Chambre des représentants est saisie d'une proposition de loi qui a pour objet de compléter l'article 11 des lois coordonnées en vue d'attribuer expressément au Conseil d'Etat la compétence de statuer sur les demandes en réparation d'un dommage exceptionnel, même dans l'hypothèse où ce dommage a été causé par une loi ou un décret. La suggestion paraît fort heureuse, eu égard aux intitulés restrictifs qu'utilise actuellement la loi. Le Conseil d'Etat, qui peut en douter ?, est directement concerné par ce projet de réforme. Pour ne pas être accusé de se prononcer sur le fond, il se garde, cependant, de faire connaître trop ouvertement son point de vue : « Le législateur national a le pouvoir d'élargir la compétence du Conseil d'Etat au contentieux de l'indemnité. Il lui est loisible de considérer comme un élément de caractère fondamental — et devant dès lors avoir une portée générale — de la situation juridique des citoyens, la faculté, pour ceux-ci, de demander au Conseil d'Etat, la réparation d'un dommage excep-

tionnel causé par la loi ou un acte ayant force de loi ». La formule est élégante. Elle respecte parfaitement les prescriptions de la loi. Mais, à la réflexion, cette retenue est-elle bien justifiée ? Lorsqu'un projet ou une proposition se donne pour objet de modifier, même de manière indirecte, l'organisation et les missions du Conseil d'Etat, celui-ci ne devrait-il pas être habilité à s'exprimer sous d'autres formes et en tenant compte d'autres opportunités ? L'assemblée générale du Conseil d'Etat est consultée en cas de modification des lois organiques. Mais elle ne l'est pas pour des modifications mineures d'autres projets qui affectent pourtant, de manière indirecte, l'exercice de ses missions. Le point de vue de l'institution ne devrait-il pas alors s'exprimer plus clairement ?

- XXXVI -

Chacun sait qu'en règle générale, le recours en annulation n'a pas d'effet suspensif. Le sursis à exécution n'est pas organisé, alors même que les insistances doctrinales se font pressantes sur ce terrain (voy. C. Cambier, « Le projet gouvernemental de réformes du Conseil d'Etat », *J. T.*, 1963, p. 397 ; Ch. Huberlant, « Le problème du sursis à exécution des décisions administratives en Belgique », *R. J. D. A.*, 1975, p. 81 ; P. Lewalle, « Une adjonction nécessaire aux compétences du Conseil d'Etat : le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution ? », *Ann. Dr. Lg.*, 1975, p. 289). Dans le bref exposé critique qu'il consacre au Conseil d'Etat, le premier président Somerhausen ne peut lui-même s'empêcher de faire écho à ces préoccupations. Un premier pas a été franchi avec la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (art. 70). D'autres évolutions sont souhaitables — par exemple, pour ce qui concerne les mesures individuelles — ; la prudence que le juge administratif manifeste depuis près de cinq ans à octroyer le sursis à exécution dans les hypothèses prévues par la loi devrait rassurer le pouvoir politique et les services de l'administration.

- XXXVII -

Dans le même ordre d'idées, le législateur ne pourra pas toujours éluder le problème du référé devant le juge administratif. Le juge judiciaire, lui, n'hésite pas aujourd'hui à se livrer à des analyses rapides de légalité qui anticipent sur les examens plus approfondis que la section d'administration sera amenée à accomplir et à prendre les mesures provisoires qui s'imposent à son estime. Ces interventions entrent très avant dans la conduite de l'action administrative et, faut-il le dire, mettent sérieusement à mal les prérogatives de la puissance publique. L'intervention d'un juge spécialisé ne serait-elle pas, même en référé, plus indiquée ?

- XXXVIII -

Il faut encore poser deux questions : l'une impertinente — le Conseil d'Etat ne serait-il pas le gardien des formes plus que le dispensateur du droit ? —, l'autre plus pertinente — à la faveur des jurisprudences qu'il contribue à élaborer, le Conseil d'Etat n'instaure-t-il pas quelque forme du «gouvernement des juges» administratifs ? Dans le premier cas, une critique implicite se développe — le Conseil d'Etat en fait trop peu — alors que, dans le second, la contestation s'exprime plus clairement — le Conseil d'Etat en fait trop. Suffit-il de soutenir sans sourciller que l'institution se prémunit au mieux de l'un et l'autre écueils ?

Que le Conseil d'Etat soit attentif aux formes ne saurait étonner. En section de législation, les défauts de formulation d'un projet sont souvent révélateurs de vices de conception ; les déceler peut donc contribuer à mettre un peu d'ordre dans les préoccupations, confuses au départ, du législateur. En section d'administration, les formalités constituent des éléments importants de la légalité externe ; veiller à leur observation participe donc des opérations de vérification de la confection correcte des actes administratifs. Mais il va de soi que ce ne sont là que de premières analyses. Les contrôles de fond, sans néanmoins déborder dans les contrôles d'opportunité, méritent de l'emporter.

Que le Conseil d'Etat ait conçu des jurisprudences prétoriennes ne saurait non plus étonner. En droit administratif, la loi ou le règlement font souvent défaut. Ou bien ils sont lacunaires. L'absence de code administratif, de code de procédure administrative, de code du contentieux administratif ont souvent été dénoncés. A peine de commettre un déni de justice, la section d'administration ne peut se limiter à de pareils constats. Mais est-on sûr que le juge administratif ait fait preuve ici de plus d'audace que d'autres juges ? Le juge de la responsabilité de la puissance publique —

muni du seul article 1382 du Code civil — n'a-t-il pas dû lui aussi concevoir des solutions de droit qui préservent tout à la fois les droits des citoyens et les responsabilités de l'administration ? Ce qui est à craindre, ce n'est pas le gouvernement, mais l'arbitraire et l'incohérence des juges. Sur ce terrain aussi, ma conviction est faite. Il n'y a pas à craindre l'intervention de juges qualifiés et compétents dans tous les sens du terme.

- XXXIX -

Quelques études illustrent, sur des points essentiels, l'action du Conseil d'Etat depuis près de quarante ans.

Le Président Guy Braibant donne à l'étude un éclairage comparatif en précisant la manière dont les arrêts du Conseil d'Etat de France sont exécutés.

Le conseiller d'Etat Charles Huberlant a pris une part éminente dans les travaux de la section de législation au moment de la discussion des projets qui devaient se concrétiser dans les lois des 8 et 9 août 1980 ; avec la collaboration de Mme B. Haubert, il donne un «aperçu du rôle du Conseil d'Etat» dans cette section.

M. Michel Herbiet, maître de conférences à l'Université de Liège, montre, de son côté, la part que prend la section d'administration dans «le contentieux économique». M. Dominique Lagasse, avocat au barreau de Bruxelles, est l'auteur d'une thèse sur «l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif» ; il traite ici du «contrôle ces actes administratifs discrétionnaires» pour une période qui va de 1971 à 1986.

- XL -

Ad multos annos...