

LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT EST-ELLE ENCORE INCONTOURNABLE ?¹

Pierre-Olivier de Broux

Conseiller d'État

Professeur à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles

Luc Detroux

Président de chambre au Conseil d'État

Maître de conférences à l'UCLouvain Saint-Louis Bruxelles

Dédier une réflexion sur la section de législation du Conseil d'État au « combat » d'Hugues Dumont contre le gouvernement des juges est aussi une occasion de rechercher les impressions laissées par cette institution dans les écrits de notre éminent collègue. La section de législation ne s'est en réalité retrouvée qu'une seule fois au cœur de ses écrits². Elle y est présentée comme la première actrice du contrôle de la constitutionnalité « des projets et propositions de lois, décrets, ordonnances et arrêtés réglementaires », tout en étant amenée à « collaborer à la mise en œuvre de décisions politiques » – en d'autres termes, tout à la fois actrice de l'État de droit et de la démocratie. Hugues Dumont et François Tulkens en appelaient au dialogue permanent et au partenariat entre la section de législation et les autorités qui lui demandent son avis, tout en insistant sur le rôle « incontournable pour une bonne

1. Les auteurs remercient vivement Julian Clarenne et Mathias El Berhoumi pour leur relecture et les échanges précieux auxquels elle a conduit. Les auteurs demeurent seuls responsables de leurs propos, qui n'engagent en rien l'institution à laquelle ils appartiennent.

2. H. DUMONT et Fr. TULKENS, « La section de législation du Conseil d'État : un acteur constitutionnel indispensable pour une bonne gouvernance », in *De adviesbevoegdheid van de Raad van State / La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, die Keure, 2003, pp. 117-144. Voy. aussi X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, « La régulation en droit public », in B. JADOT et Fr. OST (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1999, pp. 35-106.

gouvernance » revenant ainsi au Conseil d'État³. Les avis de la section de législation sont évoqués par ailleurs dans d'innombrables contributions scientifiques d'Hugues Dumont, en particulier pour identifier et commenter des principes non contentieux, de droit « politique » ou parlementaire, qui sont plus rarement traités dans la jurisprudence.

Ce rôle charnière de la section de législation nous paraît plus que jamais pouvoir s'inscrire dans les réflexions sur l'État de droit et la démocratie et les tensions qui les caractérisent, également mises en évidence par une récente analyse d'Hugues Dumont⁴. La section de législation n'y est jamais expressément visée, mais elle nous paraît néanmoins être au cœur de ces tensions à plusieurs égards : de manière non exhaustive, nous avons notamment identifié les difficultés rencontrées par les processus d'analyse d'impact de la réglementation, les usages de la jurisprudence par les parlementaires et par les juges, la réforme du « laissez-passer » au sein de la section de législation et les enjeux que présente l'intelligence artificielle. Par les quelques lignes qui suivent, nous tentons d'évaluer la mesure dans laquelle, pour chacune de ces questions, la section de législation pourra demeurer une gardienne de l'État de droit qui assure l'équilibre recherché avec la démocratie⁵.

La présente contribution implique la compréhension préalable du rôle et du fonctionnement de la section de législation du Conseil d'État (ci-après la « SLCE »). Pour éviter une fastidieuse redondance, nous renvoyons à cet égard tant aux lois coordonnées sur le Conseil d'État qu'à leurs commentateurs les plus récents⁶.

3. Hugues Dumont appliquait ainsi à la section de législation la dialectique qu'il prônait entre fonction juridictionnelle et fonction politique dans sa contribution « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1983, pp. 71-174. Il a relancé son invitation au dialogue dans H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *R.B.D.C.*, 2014, pp. 336-338.

4. H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'État de droit et vice-versa », in R. LEYSEN et al. (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 79-94. Voy. aussi les réflexions proposées par P. POPELIER, *Een grondwet voor ons allemaal. Verhalen van democratie en rechtsstaat*, Kalmthout, Pelckmans Uitgevers, 2025.

5. Voy. ég. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 741-748.

6. Art. 2 à 6bis et 79 à 85bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 (ci-après les « LCCE »), commentés par J. VAN NIEUWENHOVE, in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2023 (ouvrage à feuillets mobiles). Outre l'article d'H. Dumont et Fr. Tulkens précité et l'ouvrage dans lequel il s'inscrit, voy. encore J. VAN NIEUWENHOVE, *Handboek Wetgeving. Theorie en praktijk van het wetgevingsbedrijf*, Bruges, die Keure, 2025, spéc. pp. 407-425 ;

Section 1. L'évaluation préalable des projets normatifs

Dans un discours remarqué, prononcé lors de la cérémonie célébrant les 75 ans du Conseil d'État en octobre 2023, Patricia Popelier a souligné l'intérêt du travail d'évaluation préalable pour assurer la qualité des normes législatives. Selon elle, les avis, rapports ou analyses reçus offrent au législateur la matière dont il a besoin pour effectuer une bonne analyse de proportionnalité, spécialement lorsque sont en jeu des intérêts contradictoires fondés directement ou indirectement sur des droits fondamentaux. Telle est l'ambition d'une grande partie des formalités substantielles imposées avant l'adoption d'une norme, et dont la section de législation contrôle le respect⁷.

Depuis le début du siècle, plusieurs initiatives ont été prises en vue d'analyser préalablement l'impact de la réglementation dans différents domaines⁸. Plusieurs de ces évaluations préalables sont d'ailleurs prévues par des normes européennes⁹. Au niveau fédéral, cinq régimes distincts ont ainsi été envisagés et plus ou moins mis en place : un test « Kafka » pour évaluer les charges administratives supplémentaires

L. LEBOUTTE, « La section de législation du Conseil d'État : hier, aujourd'hui et demain », in N.B. BERNARD, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), *La réforme du Conseil d'État. Anno 2023*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 63-102 ; A. VAGMAN, « La section de législation du Conseil d'État : Quand un contrôle préventif, approfondi et transparent des projets législatifs et réglementaires a vocation à se concilier avec l'urgence constante de la vie politique », in J. SAMBON (dir.), *L'environnement, le droit et le magistrat. Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 101-138 ; J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling Wetgeving van de Raad van State: aanzetten voor een noodzakelijke hervorming », in R. LEYSEN et al. (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 303-322 ; M. VAN DAMME et B. DE SUTTER, *Raad van State. Afdeling wetgeving*, Bruges, die Keure, 2013 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-322.

7. Sur les principes : M. PÂQUES, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 768-780. En cas de non-respect d'une formalité substantielle portant sur une norme réglementaire, la section du contentieux administratif est alors susceptible d'annuler celle-ci (voy. pour exemple très récent l'annulation du nouveau régime de prépension des policiers, C.E., 22 octobre 2024, n° 261.243, *Vrij syndicaat voor het openbare ambt*, pour un manquement à l'obligation de négociation préalable avec les organisations syndicales représentatives).

8. N. VANDER PUTTEN, *Indicateurs institutionnels et gouvernance par les nombres*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2024, pp. 404-409 ; C. LANSSENS, « L'intégration de l'analyse d'impact de la réglementation en Belgique, 1997-2023 », *C.H. CRISP*, 2024, n° 2592-2593.

9. Directive (UE) 2018/958 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions (J.O., L173, 9 juillet 2018) ; art. 35 du Règlement général sur la protection des données (RGPD).

induites par de nouvelles mesures en projet, une évaluation des incidences sur le développement durable, un « *gender test* », une analyse de la cohérence des politiques en matière de coopération au développement, et un test de l'impact sur les PME¹⁰. Une loi de 2013 de simplification administrative¹¹ décide de les superposer dans un seul et même test¹² et de ne les rendre obligatoires que pour les textes pour lesquels une délibération en conseil des Ministres est requise¹³. D'autres formalités similaires sont organisées, au niveau fédéré, de manière plus ou moins contraignante¹⁴, parfois en fonction de besoins ou de programmes déterminés par l'auteur de la norme¹⁵. Ces analyses méritent une attention toute particulière, insistait Patricia Popelier. En effet, à la suite d'une étude relative à la législation flamande, lorsque l'analyse

10. Voy. l'exposé des motifs de l'avant-projet devenu la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2922/1, pp. 7-9 ; et N. VANDER PUTTEN, « Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, p. 488. Comme l'indique ce dernier, seuls le test Kafka et l'évaluation des incidences sur le développement durable étaient réellement appliqués au moment de l'adoption de la loi de 2013.

11. Art. 5 à 8 de la loi précitée du 15 décembre 2013 (*M.B.*, 31 décembre 2013). Cette exigence s'inspire largement des pratiques et recommandations européennes en la matière (voy. not. Th. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013 ; C. DUNLOP et C. RADAELLI, « Impact assessment in the European union: Lessons from a research project », *European Journal of Risk Regulation*, 2015, n° 6, pp. 1-8), que le législateur flamand avait d'ailleurs déjà en partie mises en œuvre (L. MARTENS, W. MARNEFFE et P. POPELIER, « Hervorming van de Vlaamse RIA: wordt het kind met het badwater weggegooid? », *T.v.W.*, 2019, pp. 145-159 ; J. VAN NIEUWENHOVE, *Handboek Wetgeving. Theorie en praktijk van het wetgevingsbedrijf*, Bruges, die Keure, 2025, pp. 346-351).

12. Cette superposition des « cinq tests », plutôt qu'une analyse d'impact globale, a été critiquée par la section de législation dans son avis n° 53.020/1/2 du 10 avril 2013 (voy. N. VANDER PUTTEN, « Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, p. 490 ; P. T'KINDT et J. VAN NIEUWENHOVE, « De federale voorafgaande regelgevingsimpactanalyse (RIA) – Een wassen neus of een stapje vooruit? », *T.v.W.*, 2014, n° 2014/3, pp. 168-184).

13. Art. 6 de la loi. Sur la restriction du champ d'application de la loi résultant de cette condition, voy. N. VANDER PUTTEN, « Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, pp. 488-489.

14. Il s'agit par exemple des avis de prise en compte du développement durable prévus par l'arrêté du Gouvernement wallon du 3 octobre 2013 portant exécution du décret du 27 juin 2013 relatif à la stratégie wallonne de développement durable en vue de la mise en place d'une cellule autonome d'avis en développement durable (*M.B.*, 24 octobre 2013) ; du « *gender test* » prévu par l'article 3, 2°, du décret wallon du 11 avril 2014 visant à la mise en œuvre des résolutions de la Conférence des Nations unies sur les femmes à Pékin de septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques régionales (*M.B.*, 6 juin 2014) ; ou de l'analyse d'impact sur l'égalité des chances visée à l'article 69, § 1^{er}, du Code bruxellois de l'égalité, de la non-discrimination et de la promotion de la diversité.

15. Telle la mission d'avis confiée au Haut Conseil Stratégique (HCS), organe indépendant mis en place par décision du Gouvernement wallon du 16 juillet 2020 (voy. le règlement d'ordre intérieur du HCS approuvé par le Gouvernement wallon sur <https://hcs.wallonie.be>).

d'impact est effectuée avec soin, la Cour constitutionnelle semble constater significativement moins de violations des droits fondamentaux¹⁶. En toute logique, la jurisprudence de la section de législation devrait suivre la même voie. De manière un peu caricaturale, cela permettrait en quelque sorte à la démocratie de reprendre un certain avantage sur l'État de droit... pour autant que ces formalités soient prises au sérieux par tous les acteurs concernés. En d'autres termes, les choix politiques fondés sur une solide évaluation *ex ante* devraient conduire la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État à reconnaître une plus large marge d'appréciation aux auteurs des normes concernées¹⁷.

L'enjeu de ces formalités relativement récentes est donc d'abord leur qualité, voire leur faisabilité pratique. Le travail d'analyse est en effet confié soit à l'auteur du projet de norme lui-même, soit à une instance *ad hoc*, dont les moyens et le temps disponible sont le plus souvent trop limités. Le contenu de l'analyse en est parfois décevant ou incomplet¹⁸ ; et lorsqu'elle est menée par l'auteur de la norme, l'analyse est presque systématiquement focalisée sur l'impact positif de la norme en projet¹⁹, négligeant ou omettant tout impact négatif, et ce même si l'analyse se fonde sur des données ou des études extérieures²⁰. La lourdeur du processus d'analyse préalable a par exemple déjà conduit à une simplification substantielle de l'analyse d'impact en Région flamande, pourtant pionnière dans ce domaine²¹. Pour assurer la qualité

16. L. MARTENS, « De Vlaamse RIA als geheim wapen bij de proportionaliteitstoets door het Grondwettelijk Hof? », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1043-1054.

17. Dans le même sens, voy. Y. MOSSOUX, « L'absence de contrôle de la procédure d'élaboration des lois : angle mort du contrôle de constitutionnalité ou respect des prérogatives de l'assemblée démocratiquement élue ? », in *Liber amicorum Michel Pâques*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 282, qui soutient que « le contrôle substantiel [d'une norme] doit être modulé en fonction de la qualité du travail préparatoire de la législation ».

18. Voy. N. VANDER PUTTEN, « Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, pp. 493-498 ; K. POEL, W. MARNEFFE, P. VAN HUMBEECK, « De federale regelgevingsimpactanalyse: nood aan hervormingen? », *T.v.W.*, 2016, p. 197.

19. Voy. à titre d'exemple les analyses d'impact menées pour la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 1951/1, pp. 41-54) ou plus récemment pour la loi du 18 mai 2024 portant dispositions diverses en matière de santé et de finances (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2023-2024, n° 3928/1, pp. 23-46).

20. Ce qui est rare. Voy. par exemple l'arrêté royal du 22 avril 2024 relatif aux secteurs et activités économiques sur la base duquel une ordonnance de police peut être adoptée conformément à l'article 119ter de la Nouvelle Loi communale (*M.B.*, 15 mai 2024 – dont l'analyse d'impact, fondée sur une étude scientifique, est inédite mais disponible sur demande au Comité d'analyse d'impact).

21. L. MARTENS, W. MARNEFFE et P. POPELIER, « Hervorming van de Vlaamse RIA: wordt het kind met het badwater weggegooid? », *T.v.W.*, 2019, pp. 145-159 ; N. VANDER PUTTEN, « Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, p. 497.

et la faisabilité des analyses d'impact, il serait sans doute toujours souhaitable de les confier à une instance indépendante de l'auteur de la norme²². Par ailleurs, le législateur compétent pourrait davantage limiter leur réalisation aux seules normes pour lesquelles elles sont réellement utiles – au niveau européen, cela concerne les normes ayant un impact économique, environnemental ou social identifiable et significatif, ou impliquant des dépenses significatives ; et pour autant que l'auteur de la norme dispose d'une marge de manœuvre pour légiférer²³.

Il convient ensuite que les avis et rapports produits dans le cadre de ces évaluations *ex ante* soient produits en temps utile devant la section de législation. C'est souvent le cas, au sein des volumineuses annexes de la demande d'avis faite à la SLCE. Ces annexes constituent d'ailleurs une importante source de compréhension d'un dossier, tant à l'égard du processus législatif que des enjeux soulevés par les avis et rapports adressés à l'auteur de la norme. Mais, à l'instar d'un certain nombre de formalités préalables, il arrive encore trop régulièrement que les analyses soient inexistantes²⁴ ou ne soient pas communiquées²⁵, ce qui empêche le Conseil d'État de pouvoir en tenir compte.

22. Pour d'autres pistes concernant la réforme des analyses d'impact, voy. notamment les contributions de Patricia Popelier et Julian Clarenne dans le présent ouvrage.

23. Commission européenne, *Better Regulation Toolbox*, juillet 2023, p. 42, qui complète le document *Better Regulation Guidelines*, novembre 2021, SWD(2021) 305 final, pp. 30-36 (tous deux disponibles sur <https://commission.europa.eu>). Dans le même sens, l'avis précité 53.020/1/2 de la SLCE du 10 avril 2013, p. 19, souligne sur la base de recommandations de l'OCDE en la matière « qu'une telle analyse d'impact globale ne doit pas nécessairement être appliquée à toutes les normes en projet et que celle-ci sera plus ou moins approfondie selon l'importance de la norme concernée » ; OCDE, *Analyse d'impact de la réglementation. Principes de bonne pratique de l'OCDE en matière de politique réglementaire*, Paris, Éditions OCDE, 2020, <https://doi.org/10.1787/6ee941af-fr>, pp. 24 et s. Cela semble encore correspondre aux « avis d'évaluabilité » qui peuvent être demandés depuis mars 2023 au Haut Conseil stratégique wallon.

24. Voy. par exemple : SLCE, avis 77.178/3 du 5 décembre 2024, avis 76.617/2 du 24 juin 2024, avis 76.366/2 du 12 juin 2024, avis 76.348/16 du 15 mai 2024.

25. SLCE, avis 76.554/4 du 17 juin 2024. Tel est aussi le cas des avis du Haut Conseil stratégique wallon, dont le rapport d'activité 2023 (disponible sur <https://hcs.wallonie.be>) signale par exemple son intervention dans l'importante réforme des soins de première ligne en Région wallonne, alors que la demande ayant donné lieu à l'avis 75.759/2 de la SLCE du 2 mai 2024, pas plus que les travaux parlementaires du décret wallon du 24 avril 2024 relatif à l'organisation de la première ligne d'accompagnement et de soins (Doc., Parl. w., sess. ord. 2023-2024, n° 1673), n'ont donné accès à cette analyse. Voy. encore en ce sens J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling Wetgeving van de Raad van State: aanzetten voor een noodzakelijke hervorming », in R. LEYSEN, J. THEUNIS, W. VERRIJDT et K. MUYLLE (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 319.

Car le dernier enjeu est bien celui du rôle de la section de législation en la matière. Son contrôle se limite la plupart du temps à vérifier que le formulaire rempli est bien présent dans le dossier²⁶. Si, face à la légèreté récurrente de ce qui était joint au dossier, elle a bien eu quelques velléités à une certaine époque de s'interroger sur le sérieux avec lequel ces analyses étaient réalisées²⁷, elle ne semble plus procéder aujourd'hui à cette vérification²⁸. Et aucun avis ne semble jamais avoir explicitement porté sur l'usage potentiel d'une analyse d'impact par l'auteur de la norme, par exemple dans un examen de proportionnalité ou dans une mise en balance des intérêts. Tel serait pourtant un des atouts de ces analyses préalables, qui restent donc trop mal exploitées par ses bénéficiaires : susciter « la confrontation d'idées sans laquelle il n'y a pas de vie politique démocratique et, donc, pas de formation légitime de la volonté majoritaire »²⁹. Il appartient donc à chacun des acteurs concernés de tenter de mieux en tirer parti : tant l'auteur de la norme que la section de législation ou encore, en aval de celle-ci, les parlementaires directement en charge du débat démocratique et les juges qui les contrôlent³⁰. Sans doute, cela nécessitera une profonde réforme du système, voire de culture politique³¹.

26. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 780.

27. SLCE, avis n° 58.954/2/3/VR du 29 mars 2016 ; n° 59.111/2 du 13 avril 2016 ; n° 61.465/1 du 2 juin 2017 ; commentés par X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 780-783.

28. Selon A. Vagman, ce n'est que « dans la mesure de ses moyens et du temps disponible » que la SLCE vérifie la régularité des formalités, « comme le respect du quorum ou des conditions de recours à une éventuelle procédure électronique de délibéré ou de vote, au sein d'une instance consultative » (A. VAGMAN, « La section de législation du Conseil d'État : Quand un contrôle préventif, approfondi et transparent des projets législatifs et réglementaires a vocation à se concilier avec l'urgence constante de la vie politique », in J. SAMBON (dir.), *L'environnement, le droit et le magistrat. Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 109).

29. Comme le soulignent J. LACROIX et J.Y. PRANCHÈRE, *Les droits de l'homme rendent-ils idiot ?*, Paris, Seuil, 2019, p. 16, à propos des droits humains. Et ce tout en tenant compte des risques posés par l'évaluation systématique et la quantification, justement dénoncés par N. VANDER PUTTEN, *Indicateurs institutionnels et gouvernance par les nombres*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2024, pp. 590-598.

30. Ce qui implique, pour les parlementaires comme pour les juges, que les rapports concernés leur soient également communiqués en temps utile, comme le soulignent déjà H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *R.B.D.C.*, 2014, p. 343, en citant au titre de bonne pratique l'actuel article 96 du règlement du Parlement wallon imposant la distribution aux parlementaires de tous les avis obligatoires qui ont été sollicités dans le cadre d'un projet de décret.

31. En ce sens, N. VANDER PUTTEN, *Indicateurs institutionnels et gouvernance par les nombres*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis, 2024, pp. 417-421 ; N. VANDER PUTTEN,

Section 2. Les débats parlementaires et la section de législation

C'est au niveau parlementaire que se situe un second sujet sur lequel l'actualité a soulevé quelques questions épineuses. Les avis de la section de législation sont de longue date un objet parmi d'autres de débats parlementaires, pouvant contribuer à la qualité de la décision politique tant sur le fond que sur la forme de celle-ci³². Ces avis prennent notamment la forme de suggestions ou de questions, auxquelles le législateur ou le gouvernement peut alors répondre, procéder à une mise en balance des intérêts, mieux expliquer ou justifier la mesure qu'il envisage, afin que le processus de décision démocratique s'articule le plus adéquatement possible avec l'État de droit. Si une telle réaction est souhaitable, elle n'est pas à ce jour obligatoire³³. Seule l'autorité flamande enjoint de répondre à l'ensemble des observations du Conseil d'État dans l'exposé des motifs ou dans une annexe particulière à celui-ci³⁴. À tout le moins, pour réitérer l'appel lancé par Hugues Dumont et Mathias El Berhoumi, les parlementaires pourraient-ils être « les relais des observations du Conseil d'État formulées sur les avant-projets auxquelles le Gouvernement s'abstient de répondre de manière convaincante »³⁵, ce qui favoriserait le dialogue critique et constructif entre la section de législation et les parlementaires auquel aspire Hugues Dumont.

« Qui reste au milieu du gué prend l'eau ! L'analyse d'impact de la réglementation fédérale belge pour une loi rationnelle et ses limites », *C.D.P.K.*, 2019, p. 498 ; K. POEL, W. MARNEFFE et P. VAN HUMBEECK, « De federale regelgevingsimpactanalyse: nood aan hervormingen? », *T.v.W.*, 2016, p. 209.

32. Avec toutes les nuances qu'il faut préserver à propos du rôle parlementaire dans la production des normes législatives : voy. J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 203-206.

33. Malgré l'appel en ce sens formulé par H. DUMONT et Fr. TULKENS, « La section de législation du Conseil d'État : un acteur constitutionnel indispensable pour une bonne gouvernance », in *De adviesbevoegdheid van de Raad van State / La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, die Keure, 2003, p. 142, mais aussi par X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 787 ; ou B. JADOT et J. VAN NIEUWENHOVE, « La section de législation du Conseil d'État, vue de l'intérieur », in *De adviesbevoegdheid van de Raad van State / La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, die Keure, 2003, p. 66.

34. En indiquant si l'avis reçu a conduit à une modification du projet de décret ou de son commentaire, ou bien en motivant la raison pour laquelle il n'a pas été donné suite aux observations (Omzendbrief VR 2019/11 du 17 mai 2019 « Beleids- en regelgevingsprocessen », pp. 72-73).

35. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, « Prendre plus au sérieux la fonction législative des parlementaires », *R.B.D.C.*, 2014, p. 338.

Les demandes d'avis sont aussi un moyen récurrent de faire obstruction au vote d'un texte législatif³⁶, notamment eu égard au fait que la consultation de la section de législation peut être exigée par une minorité de parlementaires, en ce compris sur leurs propres amendements³⁷. S'il faut admettre et respecter de tels aléas plus politiques, ceux-ci n'en instrumentalisent pas moins la compétence d'avis du Conseil d'État, au risque également de la fragiliser. Pour répondre à de telles péripéties, plusieurs initiatives parlementaires ont été prises. Ainsi, échaudé par l'obligation de consulter la section de législation à la demande d'une minorité³⁸, le Président de la Chambre a suggéré la modification des lois coordonnées sur le Conseil d'État³⁹. D'autres parlementaires ont déposé une proposition de modification du règlement de la Chambre des représentants, au motif que « l'instrumentalisation de la procédure de demande d'avis à la section de législation du Conseil d'État et les demandes d'avis inutiles qui en découlent, dans un but d'obstruction, constituent des manœuvres dilatoires contre lesquelles la Chambre des représentants est tenue de réagir ». Ils proposent donc que, par l'intermédiaire dudit règlement, l'obligation de consultation ne s'applique plus qu'à la condition d'obtenir la majorité des votes (et non plus la minorité), dans les cas où la section de législation a déjà été saisie à trois reprises durant le processus législatif⁴⁰. En d'autres termes, la proposition contredit implicitement, mais certainement les lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Cette seconde proposition fait émerger deux questions connexes et complexes où s'affrontent la démocratie et l'État de droit : la première porte sur le contrôle du droit parlementaire, en particulier des

36. J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 133 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « RvS-Wet Art. 2 », in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2023, p. 12 ; M. EL BERHOUMI et J. PITSEYS, « L'obstruction parlementaire en Belgique », *C.H. CRISP*, n° 2289-2290, 2016, pp. 36-39. Voy. pour des exemples plus récents les parcours législatifs de la loi du 15 janvier 2024 relative à l'approche administrative communale, à la mise en place d'une enquête d'intégrité communale et portant création d'une Direction chargée de l'Évaluation de l'Intégrité pour les Pouvoirs publics (M.B., 7 février 2024) ou de la loi du 12 mai 2024 modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (M.B., 6 juin 2024).

37. Soit un tiers des membres d'une assemblée législative, soit la majorité des membres d'un groupe linguistique (art. 2, §§ 2 et 3, LCCE).

38. En particulier à propos des multiples propositions portant sur la modification du régime juridique de l'interruption volontaire de grossesse, qui avaient conduit à saisir la section de législation pas moins de quatre fois (voy. M. EL BERHOUMI et C. ROMAINVILLE, « Chronique de crises : à la recherche des majorités (2019-2020) », *R.B.D.C.*, 2021, pp. 38-40, et les références citées).

39. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1559/1.

40. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 1494/1.

règlements d'assemblée et de leur application ; la seconde s'intéresse aux limites dans lesquelles les Parlements pourraient modaliser la procédure de demande d'avis à la section de législation.

Le droit parlementaire au sens strict recouvre les règles « que les assemblées prennent pour elles-mêmes au nom de leur pouvoir d'auto-organisation »⁴¹. Ce pouvoir est consacré par l'article 60 de la Constitution, en vue de préserver son indépendance, en particulier par rapport aux pouvoirs exécutif et judiciaire. Cette autonomie n'est cependant pas absolue : elle relève plutôt « d'un équilibre global entre les différents pouvoirs par l'existence de mécanismes de contrôle et de collaboration réciproques »⁴². Il n'en demeure pas moins que les règlements d'assemblée échappent actuellement à tout contrôle juridictionnel, comme au contrôle préventif de la section de législation du Conseil d'État. Si cela correspond jusqu'à présent au point d'équilibre souhaitable entre l'autonomie et le contrôle des assemblées, cette absence de contrôle serait plus problématique si elle conduisait à l'adoption de règles dérogeant à la Constitution ou à la loi, comme semble l'envisager la seconde proposition ci-dessus à propos de l'obligation de consultation de la section de législation.

La brillante analyse de Julian Clarenne et Céline Romainville ne nous paraît pas avoir envisagé l'autonomie parlementaire sous cet angle⁴³. Selon eux, et de concert avec une jurisprudence abondante de la section de législation, pour ce qui concerne l'organisation des attributions parlementaires, la voie législative est en principe exclue « au profit de la voie du règlement d'assemblée »⁴⁴. L'intervention législative

41. J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 43.

42. K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2010, pp. 706-707. Ainsi les actes administratifs des assemblées ou de leurs organes relatifs aux marchés publics ou aux membres de leur personnel relèvent-ils de la compétence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État (art. 14 LCCE). De même, le pouvoir judiciaire s'est exceptionnellement estimé compétent pour connaître de droits subjectifs émanant de décisions prises par le Bureau de la Chambre des représentants (Civ. Bruxelles (réf.), 21 avril 1997, *R.G.D.C.*, 1997, p. 539, cité par K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2010, p. 711).

43. J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 430-457. Voy. ég. K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, *Le Parlement fédéral. Composition, organisation et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 551-558.

44. Voy. not. les avis SLCE 77.343/2 du 21 janvier 2025, 75.931/2 du 2 mai 2024, 70.858/2 du 14 février 2022, 68.936/AG du 7 avril 2021, 68.041/AG du 29 décembre 2020, et J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 433. Ces derniers renvoient un peu plus loin (note 42, p. 435) à l'affirmation erronée de R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. I, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 1994, p. 145, note 198, selon

a néanmoins été admise par exception, essentiellement lorsque, dans un domaine relevant de l'autonomie parlementaire, des droits ou des obligations sont conférés à des tiers, l'uniformisation d'une procédure entre plusieurs assemblées s'impose, ou de manière plus exceptionnelle encore lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre d'exigences européennes⁴⁵. Dans la mesure où ces exceptions sont admises et où une norme législative intervient, ne faut-il pas considérer que les règlements d'assemblée ne peuvent plus y déroger ? Le fait que les règles parlementaires relèvent d'un ordre juridique « particulier » ou « spécial »⁴⁶ qui est autonome ne nous paraît pas empêcher son inscription dans l'ordre juridique belge dans son ensemble, et donc tenu au respect des normes hiérarchiquement supérieures, en ce compris les normes législatives prises à l'égard des assemblées parlementaires⁴⁷. La proposition de modification évoquée ci-avant ne nous paraît donc pas pouvoir être adoptée, étant contraire à la loi et mettant en péril le mécanisme de protection de la minorité parlementaire que celle-ci contient⁴⁸.

laquelle une loi « ne pourrait pas contraindre le président d'assemblée de demander l'avis de la section de législation du Conseil d'État ». Cette affirmation, contraire à l'article 2, §§ 2 et 3, des LCCE, s'appuie à tort sur l'avis SLCE 17.166/9 du 14 janvier 1987, qui distingue précisément l'hypothèse – admissible selon cet avis – des avis de la SLCE, par opposition à toute autre demande d'avis que le législateur voudrait imposer aux assemblées.

45. Avis SLCE 68.041/AG du 29 décembre 2020, pt 15 ; J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 440-449.

46. Pour reprendre les termes de J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 43 ; et de J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et Br. LOMBAERT (dir.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 434.

47. K. MUYLE et M. VAN DER HULST, *Le Parlement fédéral. Composition, organisation et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 555, indiquent à cet égard que le règlement d'assemblée ne peut être écarté lorsqu'il constitue la répétition ou la paraphrase d'un texte constitutionnel ou légal, ce qui peut se comprendre comme la reconnaissance implicite que le règlement d'assemblée est soumis tant à la Constitution qu'à la loi. Pour le surplus, il faut admettre que la question ne semble jamais avoir fait l'objet d'un examen approfondi, propre à réunir le faisceau d'indices nécessaire à assurer la primauté de la norme législative traitant de l'organisation parlementaire sur le règlement d'assemblée (comp. H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel. Approche critique et interdisciplinaire*, t. I, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 320-325, à propos de la primauté de la loi spéciale sur la loi ordinaire). Il nous semble néanmoins que tant le processus d'adoption plus contraignant que l'intention de soumettre les assemblées lorsque la norme législative intervient pourraient constituer de tels indices.

48. Il pourrait également être tiré argument de ce que « le Conseil d'État tient sa fonction consultative de l'article 160 de la Constitution et [...] participe du souci du Constituant de garantir le respect de l'État de droit » (J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 155).

Dans ce contexte, le plaidoyer de Koen Muylle pour un contrôle juridictionnel *a posteriori* plus étendu des actes des assemblées parlementaires⁴⁹, nous paraît trouver un nouvel écho favorable. Un tel contrôle externe du règlement d'assemblée ou de son application pourrait même s'imposer – par exemple auprès de la Cour constitutionnelle, comme en France – pour rééquilibrer la balance entre démocratie et État de droit⁵⁰. À défaut, un juge audacieux pourrait se risquer à écarter un règlement d'assemblée illégal et donc la norme adoptée sur son fondement, pour violation de la formalité préalable de la consultation de la section de législation⁵¹. La tension entre État de droit et démocratie est ici particulièrement forte, imposant sans doute la plus grande prudence aux parlementaires et aux juges concernés⁵².

Section 3. Les usages juridictionnels des avis

Depuis que les avis de la section de législation sont publiés sur le site du Conseil d'État, et donc accessibles à tous, ils peuvent davantage constituer des armes pour les plaideurs, principalement ceux qui veulent

49. K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *R.T.D.H.*, 2010, p. 731.

50. À l'instar des appels vibrants au contrôle de la constitutionnalité des lois peu avant la création de la Cour d'arbitrage (voy. par exemple l'intervention de Ch. HUBERLANT, in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 547-553). Dans la mesure où les règlements d'assemblée portent sur l'élaboration de la loi, des pistes de contrôle de ce processus d'élaboration ont d'ailleurs été soigneusement examinées par Y. MOSSOUX, « L'absence de contrôle de la procédure d'élaboration des lois : angle mort du contrôle de constitutionnalité ou respect des prérogatives de l'assemblée démocratiquement élue ? », in *Liber amicorum Michel Pâques*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 274-280, en ce compris en l'état actuel de la législation. Selon lui, la Cour constitutionnelle pourrait annuler une législation qui aurait été adoptée en méconnaissant le processus d'élaboration qui s'imposait au législateur, soit directement (notamment lorsqu'il s'agit du respect de l'obligation de consulter la SLCE, parce que celui-ci contribue à la garantie de droits fondamentaux), soit à l'occasion du contrôle de proportionnalité de la norme concernée.

51. Sur le fondement combiné de l'article 159 de la Constitution (s'il y a lieu d'écarter le règlement d'assemblée) et du principe général du droit de valeur constitutionnelle de la légalité et de la hiérarchie des normes (pour écarter la norme à valeur législative), comme l'a déjà fait, bien que de manière isolée, la Cour de cassation (Cass., 21 avril 2011, *A.P.*, 2012, p. 27, concl. WERQUIN, obs. M. NIHOUL), renforçant ainsi l'avertissement lancé par Fr. TULKENS, « En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète) ? », in *Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 502, si la Cour constitutionnelle ne se saisissait pas de ce contrôle de l'élaboration de la loi.

52. Une tension similaire, mais limitée à la seule application du règlement d'assemblée, et donc au processus d'élaboration de la norme, s'est manifestée à l'occasion du vote du décret de la Communauté française du 31 mai 2024 en vue de renforcer l'accessibilité aux études, de garantir la finançabilité des étudiants et d'instaurer un pilotage chiffré (*M.B.*, 7 juin 2024), et ayant donné lieu à l'avis SLCE 76.300/2 du 30 mai 2024.

invoquer des illégalités soit des actes réglementaires qu'ils contestent, soit des actes individuels eux-mêmes adoptés sur le fondement de textes réglementaires dont des illégalités peuvent être invoquées sur le fondement de l'article 159 de la Constitution. La publicité généralisée des avis du Conseil d'État constitue une mine d'or à ciel ouvert, pour reprendre les termes d'Hélène Lerouxel⁵³, ayant ainsi substantiellement renforcé l'arsenal de l'État de droit.

Comme le rappelle cette éminente autrice, les avis du Conseil d'État ont pendant longtemps été considérés comme revêtant un caractère confidentiel. Seuls faisaient l'objet d'une publication, dans les travaux parlementaires, les avis sur les avant-projets de loi, de décret ou d'ordonnance et sur les amendements à ces textes. Une recherche empirique⁵⁴ ne semble toutefois pas indiquer que la publication des avis du Conseil d'État sur les projets d'arrêtés réglementaires aurait entraîné une croissance significative des recours contre les arrêtés qui en sont issus. Cela ne signifie toutefois pas que ces avis ne sont pas exploités par les plaideurs. Ce qui motive les requérants, ce ne sont bien souvent pas les illégalités dont sont porteurs les arrêtés qu'ils contestent et qui auraient été mises en évidence par la section de législation, mais bien les intérêts particuliers auxquels portent atteinte les arrêtés en question, à charge pour leurs conseils de trouver des irrégularités qui pourront leur donner gain de cause. Pour ces conseils, un passage sur le site du Conseil d'État publiant les avis peut leur procurer de précieux outils pour la formulation de leurs moyens.

Hélène Lerouxel se demandait également si la circonstance que les avis de la section de législation seraient désormais publiés aurait une influence sur leur contenu⁵⁵. S'il s'agit de critiquer une absence de fondement juridique de tout ou partie d'un projet ou le non-accomplissement d'une formalité préalable, soit des questions où il n'y a en principe pas d'appréciation à faire, mais uniquement une interprétation à donner des dispositions en cause (le fondement juridique est-il suffisant ? la formalité est-elle bien requise ?), la formulation de l'observation est aisée et l'auteur du texte peut savoir clairement à quoi il s'expose s'il

53. H. LEROUXEL, « La publication généralisée des avis du Conseil d'État : "une mine d'or" désormais à ciel ouvert », *A.P.T.*, 2018, p. 3, termes eux-mêmes inspirés par J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, Maklu, 1999, p. 13.

54. Les recours en annulation contre les arrêtés réglementaires doivent faire l'objet d'une publication au *Moniteur belge*, en vertu de l'article 3^{quater} de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Une recherche sur le site du *Moniteur belge* ne fait pas apparaître une croissance significative.

55. H. LEROUXEL, « La publication généralisée des avis du Conseil d'État : "une mine d'or" désormais à ciel ouvert », *A.P.T.*, 2018, p. 4.

décide de passer outre l'observation. La formulation est plus délicate lorsqu'il s'agit d'apprécier si un projet est bien conforme aux normes protectrices des droits fondamentaux et particulièrement au principe d'égalité. Il est en effet rare qu'une norme nouvelle ne crée pas une différence de traitement entre ceux qui seront soumis à cette nouvelle norme et ceux qui ne le seront pas, ou soit totalement étrangère à la mise en œuvre des droits fondamentaux. Tout est alors affaire de justification et de proportionnalité. Quand le Conseil d'État, en tant que conseiller de l'auteur du projet, attire l'attention de l'auteur du projet à l'égard d'une norme qui lui paraît, *a priori*, porter atteinte aux droits fondamentaux, l'auteur du projet peut savoir à quoi s'en tenir et modifier son projet, à moins qu'il ait la conviction qu'il pourra justifier la disposition en cause devant les tribunaux, le cas échéant en formulant une justification pertinente dans l'exposé des motifs d'un projet législatif ou dans un rapport au Roi ou au Gouvernement. La même observation, une fois publiée, aura toutefois une tout autre résonance auprès du destinataire de la norme qui s'appuiera, le cas échéant, sur cette observation pour la contester. Compte tenu de cette publication, la prudence naturelle des magistrats de la section de législation ne lui sera pas nécessairement bonne conseillère : elle peut les conduire à ne formuler qu'une vague observation stéréotypée, telle qu'« il convient d'être en mesure de justifier une différence de traitement » et, ainsi, ne pas se prononcer sur l'éventuelle justification qui pourrait être donnée à celle-ci. Le lecteur de l'avis ne peut ainsi savoir si la section considère que la norme est à ses yeux discriminatoire, à moins d'une éventuelle justification qu'elle ne perçoit pas, ou si au contraire, elle considère que la différence de traitement est tout à fait justifiable mais que mieux vaudrait la formuler dans un texte pour éviter toute contestation.

Un exemple parmi d'autres du premier cas de figure est un avis 50.929/2 sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française établissant différents montants de redevances pour les demandes d'équivalence des diplômes et dans lequel la section de législation a fait mine de s'interroger sur le point de savoir « si le seul critère de la nationalité était bien le critère de distinction le plus pertinent ». Un exemple de l'autre cas de figure, et qui illustre en outre le dialogue qui peut exister entre les auteurs du projet et les deux sections du Conseil d'État, est l'avis 30.992/4 de la section de législation, dans lequel cette dernière avait interrogé les délégués du Gouvernement bruxellois sur les raisons pour lesquelles les agents de l'Agence régionale pour la Propreté étaient exclus d'une réforme envisagée du statut du personnel des organismes d'intérêt public bruxellois et avait invité l'auteur du projet à expliquer la différence de traitement « afin d'éviter

toute critique de discrimination ». Le Gouvernement bruxellois a suivi ce conseil et l'arrêt n° 195.982 du 11 septembre 2009 a constaté que « la partie adverse a ainsi fourni les motifs justifiant que les agents de Bruxelles-Propreté soient dotés d'un statut particulier » et rejeté le recours.

Les arrêts dans lesquels la section du contentieux administratif se réfère à des avis de la section de législation sont innombrables. Un des auteurs de cette contribution, président d'une chambre de la section du contentieux administratif, a ainsi pu relever que sur les cinq années de sa présidence, environ une centaine d'arrêts qu'il a prononcés contiennent une référence à la section de législation. Trois cas de figure peuvent se présenter : soit les requérants s'appuient sur une remarque faite par la section de législation dont l'auteur de l'arrêté attaqué n'aurait pas tenu compte, soit l'arrêt s'appuie sur un avis rendu par cette section pour étayer l'interprétation qu'il donne à son arrêt de la norme en cause⁵⁶, soit la partie adverse s'appuie sur cet avis et l'absence de remarques de cette section pour appuyer sa défense de l'acte attaqué. S'agissant du troisième cas de figure, l'argument peut toutefois s'avérer inopérant, la section du contentieux n'hésitant pas à relever que l'absence d'observations de l'autre section sur telle ou telle disposition d'un projet n'est pas de nature à exercer une influence sur son propre contrôle⁵⁷.

Le Conseil d'État n'est pas la seule juridiction où les avis de la section de législation sont invoqués. Les recours à la Cour constitutionnelle s'appuient régulièrement sur sa jurisprudence, et les recherches de Josephine De Jaegere et de Laura Martens ont pu mettre en évidence que la Cour elle-même y faisait plus souvent référence lorsqu'elle traite des sujets les plus importants ou les plus sensibles politiquement, ou pour constater une inconstitutionnalité⁵⁸. Plus épisodiquement, on

56. Voy. par exemple C.E., 14 juin 2021, n° 250.894, qui s'appuie sur l'avis 65.038/1 du 16 janvier 2019 ; C.E., 30 mars 2023, n° 256.171, qui s'appuie sur l'avis 66.477/1/V du 3 septembre 2019 ; C.E., 18 septembre 2024, n° 260.657, qui s'appuie sur l'avis 70.679/3 du 11 janvier 2022 ; C.E., 15 octobre 2024, n° 261.036, qui s'appuie sur les avis 58.026/2-2/V du 5 septembre 2015 et 62.721/4 du 12 février 2018 ; C.E., 10 décembre 2024, n° 261.687, qui s'appuie sur l'avis 71.767/2/V du 4 août 2022.

57. C.E., 28 février 2017, n° 237.506. En ce sens, J. VAN NIEUWENHOVE, « RvS-Wet Art. 2 », in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2023, pp. 13-14.

58. L. MARTENS, « De rol van de kwaliteitscontrole doorheen de Vlaamse wetgevingscyclus en de toetsing door het Grondwettelijk Hof: een empirische studie », *T.v.W.*, 2021, liv. 3, pp. 221-233 ; J. DE JAEGERE, *Judicial Review and Strategic Behaviour*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 253-255 ; J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State: wanneer en waarom? », *T.v.W.*, 2017, liv. 1, pp. 19-30. Voy. encore très récemment dans ce sens, C. const., 13 février 2025, n° 22/2025 et n° 23/2025.

trouve également la trace de ces avis dans les conclusions des parties, dans celles du ministère public et dans les décisions rendues par les juridictions ordinaires et la Cour de cassation⁵⁹.

Cela ne signifie pas que les Hautes juridictions et la section de législation sont toujours du même avis – même si les travaux précités montrent que c'est la situation la plus fréquente. En revanche, il est vrai que les rares divergences sont très peu explicites ou apparentes⁶⁰. Cela s'explique notamment par la réserve auxquelles s'astreignent les juridictions (qui semblent plutôt s'abstenir de mentionner un avis contraire de la section de législation), alors pourtant que ces divergences peuvent s'expliquer⁶¹. L'invisibilité d'une divergence peut aussi résulter du silence de l'avis initial de la section de législation. Certes, ce silence peut résulter d'inconstitutionnalités qui sont passées « au travers des mailles du filet »⁶², mais le même silence constitue parfois le résultat de la délibération, à l'issue de laquelle l'avis majoritaire ou le consensus se forme autour d'une validation de la constitutionnalité ou de la légalité du projet, qui ne nécessitait donc pas d'observation formelle⁶³. Dans la mesure du possible, il nous semble que davantage de place pourrait être donnée à ces divergences, en encourageant tant les juridictions à répondre aux avis contraires de la section de législation que la section de législation à exprimer les éléments sensibles qui ont permis de

59. Une recherche sommaire sur la base de données *Juportal* montre plusieurs centaines d'occurrences de la mention d'avis de la section de législation devant les juridictions ordinaires et la Cour de cassation, bien qu'une grande majorité de ces mentions soient relatives au seul débat sur le respect de la formalité obligatoire de consultation de la SLCE. Voy., pour des exemples d'interprétations soutenues par un avis SLCE : Liège, 2 novembre 2016, ECLI:BE:CALIE:2016:ARR.20161102.6 ; concl. sous Cass., 27 mai 2002, ECLI:BE:CAS S:2002:ARR.20020527.5 ; Bruxelles, 1^{er} avril 1998, ECLI:BE:CABRL:1998:ARR.19980401.1.
60. Pour un rare cas où la divergence est explicite : C. const., 16 février 2023, n° 26/2023, B.30.3 : « dans un autre sens : avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État n° 61.267/2/AG du 27 juin 2017 » (répété sur la même question dans C. const., 15 juin 2023, n° 92/2023, B.5.11).

61. Fût-ce eu égard à la différence entre les deux formes de contrôle : l'examen préalable et *in abstracto* de la section de législation ne peut à l'évidence tenir compte des situations et intérêts concrets qui se manifestent devant les juridictions (L. MARTENS, « De rol van de kwaliteitscontrole doorheen de Vlaamse wetgevingscyclus en de toetsing door het Grondwettelijk Hof: een empirische studie », *T.v.W.*, 2021, liv. 3, p. 232 ; J. DE JAEGERE, *Judicial Review and Strategic Behaviour*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 254). Pour un exemple de divergence fort discrète : C. const., 31 juillet 2008, n° 116/2008, qui valide un décret wallon en matière d'aide sociale que la SLCE estimait contraire aux règles répartitrices de compétence (avis 26.610/AG/4 des 31 octobre et 17 novembre 1997).

62. Pour reprendre l'élégante expression de J. DE JAEGERE, « Verwijzingen in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof naar de ex ante-wetsevaluatie door de Raad van State: wanneer en waarom? », *T.v.W.*, 2017, liv. 1, p. 30.

63. C'est ce que révèle par exemple l'examen des dossiers ayant conduit aux avis SLCE 74.953/2 du 4 décembre 2023 et 57.484/4 du 27 mai 2015, et aux arrêts contraires corrélatifs C. const., 21 mars 2024, n° 35/2024 et C.E., 20 février 2019, n° 234.760.

conclure à la validité d'un projet normatif. Soit ces exposés permettent d'élever le débat et de préciser davantage encore les éléments décisifs pour les questions qui leur sont soumises ; soit cela montrera tout à la fois les limites naturelles de l'État de droit et réinvitera la démocratie pour dépasser ces divergences.

Enfin, il faut encore noter que les magistrats de la section du contentieux administratif du Conseil d'État comme de la Cour de cassation peuvent se montrer de farouches défenseurs des prérogatives de la section de législation en contrôlant rigoureusement les motifs dont se prévaudrait un auteur de projet pour ne pas soumettre son projet à l'avis du Conseil d'État, en contrôlant tant l'empressement mis pour élaborer un projet prétendument urgent que celui mis pour le publier⁶⁴, en vérifiant le caractère réglementaire de l'arrêté prétendument individuel ou budgétaire⁶⁵, ou encore en contrôlant que le projet n'a pas subi de modifications après son passage en section de législation⁶⁶.

Section 4. La procédure de laissez-passer

La réforme des lois coordonnées sur le Conseil d'État en 2023 a notamment permis de formaliser la procédure dite de « laissez-passer » devant la section de législation⁶⁷. Depuis 2003, l'article 84, § 4, des lois coordonnées imposait à celle-ci un délai de rigueur pour rendre ses avis sur les projets d'arrêtés réglementaires. La section de législation s'est progressivement servie de cette disposition pour ne pas se prononcer dans le délai requis sur une série de projets d'arrêtés, lorsque les demandes d'avis lui parvenaient en trop grand nombre, donc en les « laissant passer »⁶⁸. Le nouvel article 84, § 5, permet désormais de décider immédiatement de ne pas donner d'avis sur un projet d'arrêté, et de rayer la demande du rôle⁶⁹.

64. Cass., 29 avril 2022, ECLI:BE:CASS:2022:ARR.20220429.1F.6 ; C.E., 17 mars 2021, n° 250.137 ; Cass., 23 septembre 2010, ECLI:BE:CASS:2010:ARR.20100923.2.

65. C.E., 22 septembre 2023, n° 257.407 ; Cass., 7 octobre 2004, ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20041007.7.

66. C.E., 6 juin 2024, n° 260.051 ; C.E., 18 octobre 2024, n° 261.103.

67. Loi du 11 juillet 2023 modifiant les lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, M.B., 24 juillet 2023.

68. J. VAN NIEUWENHOVE, « RvS-Wet Art. 84 », in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2023, p. 22. C'est le Rapport d'activités 2017-2018 (disponible sur le site internet du Conseil d'État) qui fait pour la première fois état de l'usage plus systématique de cette procédure, tout en le déplorant.

69. L. LEBOUTTE, « La section de législation du Conseil d'État : hier, aujourd'hui et demain », in N.B. BERNARD, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), *La réforme du Conseil d'État. Anno 2023*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, pp. 80-82.

C'est peu dire que, depuis son entrée en vigueur en septembre 2023, cette disposition a été largement exploitée. Le rapport annuel 2019-2020 du Conseil d'État relevait que la section de législation avait été « contrainte, dans un nombre relativement important de cas, de ne pas donner d'avis sur des projets d'arrêtés réglementaires », lors de la dernière année de la législature 2014-2019. Pas moins de 2313 demandes d'avis avaient été introduites, dont 531 ont été rayées à l'écoulement du délai⁷⁰. En 2023-2024, selon des statistiques provisoires, ce sont plus de 2600 demandes d'avis qui ont été introduites, mais qui ont impliqué près d'un millier de laissez-passer⁷¹, et ce sans pour autant prémunir les demandeurs d'avis d'importants retards dans le traitement des projets législatifs. L'augmentation du cadre décidée par la loi du 6 septembre 2022 n'avait pu encore produire tous ses effets (en particulier auprès de l'auditorat), et la procédure a continué à servir de soupape pour la section de législation⁷².

Bien que le recours à ce procédé soit, sans doute temporairement⁷³, suspendu depuis septembre 2024, il n'en demeure pas moins que c'est un coup de canif fort tranchant qui a ainsi été donné à l'État de droit, et qui est encore loin d'avoir produit tous ses effets. La principale conséquence de cette procédure est la plus grande fragilité potentielle des arrêtés adoptés sans le contrôle préventif de la section de législation⁷⁴.

70. *Rapport d'activités 2019-2020*, p. 33, disponible sur le site internet du Conseil d'État.

71. Selon les chiffres communiqués par le greffe de la section de législation pour le rapport belge au séminaire « Contribuer à la qualité de la législation » organisé à La Haye par l'ACA-Europe en mars 2025.

72. X. MINY, « Nul n'est censé ignorer... et cetera, et cetera », in *Liber amicorum Michel Pâques*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, p. 1228 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « RvS-Wet Art. 84 », in *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2023, p. 24 ; J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling Wetgeving van de Raad van State: aanzetten voor een noodzakelijke hervorming », in R. LEYSEN et al. (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, p. 311.

73. En toute logique, dans notre système politique, et à l'inverse des États-Unis, les projets prêts à être adoptés sont rares en début de législature, même quand les Gouvernements sont mis en place rapidement.

74. Malgré l'usage relativement récent de cette procédure, il n'est pas rare que les arrêtés annulés ou suspendus par la section du contentieux administratif aient été adoptés à la suite d'un laissez-passer de la section de législation (voy. C.E., 28 novembre 2024, n° 261.556 ; C.E., 22 octobre 2024, n° 261.143 ; C.E., 11 octobre 2024, n° 261.003 ; C.E., 4 octobre 2024, n° 260.925 ; C.E., 24 avril 2024, n° 259.609 ; C.E., 13 décembre 2023, n° 258.203), ou que le projet adopté après un laissez-passer donne lieu à de longues procédures (C.E., 5 novembre 2024, n° 261.277 ; C.E., 26 février 2024, n° 258.931 ; C.E., 27 octobre 2023, n° 257.772, tous pendants après réouverture des débats) ou à une salve de recours (voy. l'arrêté royal du 7 mai 2024 modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2014 fixant le nombre maximum d'appareils de tomographie à résonance magnétique pouvant être exploités, M.B., 30 mai 2024, fort critiqué dans les médias et qui fait l'objet de pas moins de quatre recours pendant le Conseil d'État ; l'arrêté royal du 4 juin 2024 modifiant l'arrêté royal du 13 juillet 2017 fixant les allocations et indemnités des

À moyen terme, le risque est également de remettre en question le rôle de la section de législation, en nourrissant l'impression qu'on peut se passer de la consulter pour les projets d'arrêtés, par exemple⁷⁵.

Un premier sparadrap est fourni par la possibilité, si le demandeur d'avis l'estime nécessaire, de réintroduire sa demande, le cas échéant en accordant des délais supplémentaires pour examiner son projet⁷⁶. Ce fut le cas de l'important projet d'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale arrêtant le Règlement régional d'urbanisme⁷⁷. Pour le surplus, il est délicat de trouver la voie à suivre, bien qu'il paraisse nettement plus souhaitable de ne faire usage du laissez-passer qu'en ultime recours et seulement pour les dossiers mineurs. L'équilibre est en réalité particulièrement difficile à assurer, notamment lorsque les demandes se bousculent en fin de législature, entre un examen trop superficiel d'un grand nombre de projets et l'examen plus approfondi que pourrait davantage permettre le recours au laissez-passer⁷⁸. Dans un cas comme dans l'autre, tant l'État de droit que la démocratie sont perdants, et la qualité de la norme est mise en péril⁷⁹. Peut-être faudrait-il aussi davantage sensibiliser les demandeurs d'avis, pour éviter l'engorgement

membres du personnel de la fonction publique fédérale, *M.B.*, 18 juin 2024, et les arrêtés du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 février 2024 modifiant l'arrêté royal du 7 juin 2007 concernant le fonds de formation titres-services, *M.B.*, 4 mars 2024, et modifiant l'arrêté royal du 12 décembre 2001 concernant les titres-services, *M.B.*, 12 mars 2024, faisant tous l'objet de deux recours pendant ; ou l'arrêté royal du 14 avril 2024 fixant les critères pour porter le titre d'infirmier de pratique avancée, *M.B.*, 25 avril 2024, pour lequel un recours est pendant). L'allègement de la charge de travail d'une section risque ainsi de contribuer – même si à la marge – à la surcharge de l'autre, ne fût-ce que par l'absence du double examen préalable de l'auditorat et de la section de législation qui aurait pu contribuer à faciliter l'analyse à mener au contentieux.

75. On en reviendrait presque à la case départ, lorsqu'une telle évolution était envisagée en 2002 et notamment dénoncée par P. VANDERNACHT, « La section de législation du Conseil d'État, une institution en voie de disparition ? », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 957.

76. L. LEBOUTTE, « La section de législation du Conseil d'État : hier, aujourd'hui et demain », in N.B. BERNARD, Br. LOMBAERT et Fr. TULKENS (dir.), *La réforme du Conseil d'État. Anno 2023*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2023, p. 82, renvoyant à l'exposé des motifs de la loi du 11 juillet 2023, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 3220/1, pp. 36 et 37.

77. Ce projet a d'abord fait l'objet d'un laissez-passer (avis 75.869/4 du 14 mars 2024) avant d'être soumis à nouveau à la SLCE, assorti d'un délai d'examen de 90 jours, ce qui a permis à la section de législation de l'examiner (avis 76.660/2/V du 2 septembre 2024).

78. J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling Wetgeving van de Raad van State: aanzetten voor een noodzakelijke hervorming », in R. LEYSEN et al. (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 311-312.

79. P. VANDERNACHT, « La section de législation du Conseil d'État, une institution en voie de disparition ? », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 969-973.

périodique de la section de législation, mais la temporalité à laquelle sont soumis les parlements et les gouvernements ne pourrait sans doute pas réellement permettre d'en tenir compte⁸⁰.

Section 5. L'intelligence artificielle au service du droit ?

Dernière question examinée dans cette contribution, la révolution de l'intelligence artificielle (ci-après « l'IA ») est en effet indéniablement arrivée aux portes du Conseil d'État, et des juridictions belges en général, depuis la mise en ligne en 2024 du logiciel « GenIA-L » intégré à la base de données *Strada Lex*. Concrètement, ce logiciel recourt aux algorithmes mondialement connus de l'entreprise américaine OpenAI, pour traiter en amont les données rassemblées sur *Strada Lex*, et pour fournir en aval, sur la base de ce seul contenu et en quelques secondes, des réponses sous divers modèles (les « prompts »), incluant par exemple le résumé de jurisprudence ou de doctrine, leur synthèse et/ou leur traduction sous forme d'un texte généré par l'intelligence artificielle, la récolte et le classement des sources juridiques avec un degré de pertinence très difficile à égaler et un niveau d'exhaustivité presque inépuisable. Comme pour tous les logiciels d'IA générative, ce n'est plus tant l'usage du bon mot-clé, que la capacité à poser la bonne question au logiciel qui est la nouvelle compétence à acquérir. Cette description sommaire n'est pas publicitaire : elle tente uniquement de résumer très brièvement les changements considérables que de tels outils vont produire⁸¹, pour mieux saisir l'importance cruciale des enjeux qui s'en suivent⁸².

80. Le temps est devenu une ressource rare pour tous les acteurs du processus législatif, comme l'analyse de manière très approfondie J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 623-712.

81. Interrogé sur ce point, le logiciel généraliste ChatGPT souligne le gain de temps et la précision accrue qui résulteront de son utilisation et indique plus particulièrement que, pour le juge, de tels outils « apporteront une assistance précieuse en facilitant l'analyse des dossiers, en accélérant la recherche de jurisprudence et en proposant des résumés clairs. Cela permettra de gagner du temps, d'améliorer la cohérence des décisions et de se concentrer sur l'exercice de son discernement et l'équité dans le rendu des jugements » (interrogé le 14 janvier 2025). Voy. dans le même sens, mais de manière nettement plus étayée : D. CHARLOTIN, « Les *Large Language Models* et le futur du droit », in Ch. DERAIVE, B. FRYDMAN et N. GENICOT (dir.), *L'intelligence artificielle face à l'État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2024, pp. 111-136 ; A. STROWEL et Fr. WÉRY, *L'intelligence artificielle pour les juristes*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025.

82. Outre l'ouvrage précité de Ch. DERAIVE, B. FRYDMAN et N. GENICOT, voy. not. Y. POULLET, N. BONTRIDDER et L. GÉRARD, *Intelligence artificielle et autorités publiques*, Bruxelles, Larcier, 2022 ; M. VETZO, J. GERARDS et R. NEHMELMAN, *Algoritmes en grondrechten*, La Haye, Boom

Sans prétendre à l'exhaustivité, au moins trois réflexions fondamentales parallèles nous paraissent devoir être impérativement et rapidement menées par les juridictions en général, et incluant en particulier la section de législation du Conseil d'État, à la suite de l'émergence de l'IA générative dans le domaine juridique :

Une première réflexion doit porter sur les limites juridiques de l'usage par le juge de systèmes d'IA générative offerts par des fournisseurs privés : (i) selon le Règlement européen sur l'IA⁸³, un tel usage doit être considéré comme « à haut risque », « compte tenu de leur incidence potentiellement significative sur la démocratie, l'état de droit, les libertés individuelles ainsi que le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial » (considérant 61)⁸⁴. Il conviendra donc de s'assurer de la qualification de tels systèmes d'IA générative, notamment au regard des exceptions prévues pour la qualification de système à haut risque, et le cas échéant d'en respecter les conditions strictes ; (ii) bien que le Règlement européen sur la protection des données ne s'applique pas directement à l'administration de la justice, celle-ci est responsable des données personnelles qu'elle traite, tout comme de la protection de la vie privée consacrée par l'article 22 de la Constitution. Le recours à un logiciel d'IA générative – *a fortiori* s'il est géré par un prestataire privé – permettant de générer du texte incluant ces données devrait impérativement être encadré par la loi, et la confidentialité de ces données devrait être garantie sur le plan technique ; (iii) plus fondamentalement, enfin, l'impact d'une IA générative offerte par un fournisseur privé sur l'indépendance des juridictions devra également être mesuré⁸⁵.

Juridisch, 2018 ; ou encore UNESCO, *Manuel de formation mondial : l'IA et l'état de droit pour le pouvoir judiciaire*, 2024 (disponible sur https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000387331_fre) ; E. GONTHIER, « Utiliser l'intelligence artificielle générative dans l'exercice de la justice pour davantage d'efficacité et de sécurité juridique ? Évaluer préalablement les risques, afin d'éviter les injustices », in *Liber amicorum Michel Pâques*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2024, pp. 1133-1150.

83. Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle [...], JOUE, L 2024/1689, 12 juillet 2024. Voy. ég. la Résolution du Parlement européen du 3 mai 2022 sur l'intelligence artificielle à l'ère du numérique, JOUE, C 465, 6 décembre 2022 ; et Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires*, 4 décembre 2018.

84. Plus précisément, l'annexe III, § 8, a), qualifie de système à haut risque, les « systèmes d'IA destinés à être utilisés par les autorités judiciaires ou en leur nom, pour les aider à rechercher et à interpréter les faits ou la loi, et à appliquer la loi à un ensemble concret de faits, ou à être utilisés de manière similaire lors du règlement extrajudiciaire d'un litige ».

85. À propos de la seule anonymisation des décisions de justice par un logiciel d'IA, la section de législation a déjà pu observer que « l'organisation de ce processus doit nécessairement, en raison du principe de la séparation des pouvoirs, s'opérer par le pouvoir judiciaire ou, à tout le moins, sous son contrôle » (avis n° 71.258/2 du 4 mai 2022). La

Une seconde réflexion s'impose pour baliser les enjeux en termes de droits fondamentaux pour les citoyens : (i) l'accessibilité à géométrie variable aux logiciels d'IA (selon les moyens des parties ou de leur avocat) pourrait conduire à redéfinir le principe d'égalité des armes⁸⁶ ; (ii) les risques de discrimination et de biais résultant des algorithmes devront être systématiquement examinés, à toutes les étapes des processus d'utilisation et de manière continue⁸⁷ ; (iii) la nécessité et la primauté de l'intervention humaine devraient être garanties⁸⁸ ; (iv) des règles de transparence claires relatives à l'usage des algorithmes, aux données qu'ils traitent et aux méthodes d'utilisation et de contrôle, et ce tant à l'égard des justiciables que des juges, afin d'établir un niveau de confiance suffisant dans de tels logiciels⁸⁹.

Dans le domaine juridique, les fournisseurs privés de systèmes d'IA générative vont nécessairement recourir massivement aux sources publiques du droit pour « nourrir » leurs logiciels. Ce faisant, leurs clients vont bénéficier grâce aux algorithmes d'un accès au contenu de ces sources et à la connaissance juridique dont ne disposeront pas simultanément les auteurs de ces sources, à savoir les pouvoirs législatif,

juge Manuela Cadelli a attiré l'attention sur cet extrait des lignes directrices adoptées par le *Canadian Judicial Council* en septembre 2024 (disponible sur https://cjc-ccm.ca/sites/default/files/documents/2024/AI%20Guidelines%20-%20FINAL%202024-09%20-%20FR_0.pdf, consulté le 22 janvier 2025) : « L'obligation du maintien de l'indépendance de la magistrature doit prévaloir dans toutes les décisions relatives à l'acquisition, au déploiement, à la configuration et à l'utilisation des technologies d'IA, en particulier lorsqu'il est question du processus de décision judiciaire, où le niveau de risque est particulièrement élevé [...] Le Parlement ne peut pas habiliter une agence d'État composée de fonctionnaires [...] à superviser l'utilisation de l'IA par et devant des tribunaux constitutionnellement indépendants. Même si les gouvernements progressent dans l'élaboration d'une législation régissant l'utilisation de l'IA, l'indépendance de la magistrature doit être préservée [...] Les systèmes d'IA conçus pour optimiser l'efficacité ou la rentabilité ne servent pas toujours l'intérêt public, si par exemple les choix de conception sont effectués par des entités commerciales ou sont soumis à l'influence marquée des autorités responsables des achats publics ». Voy. encore les limites posées dans le même sens par C. const., 30 janvier 2025, n° 9/2025, B.47 et B.48.

86. Voy. en ce sens SLCE, avis 74.291/1-2-3 du 20 octobre 2023, note 11 et les références citées en b) ; ou a *contrario* C. const., 30 janvier 2025, n° 9/2025, B.24.3 et B.81.6.

87. S. GREENSTEIN, « Preserving the rule of law in the era of artificial intelligence (AI) », *Artificial Intelligence and Law*, 2022/3, pp. 291-323. À cette fin, la section de législation a déjà pu recommander d'adopter des règles relatives « aux mises à jour, aux contrôles et aux mécanismes d'évaluation des systèmes d'aide à la décision utilisés, notamment au regard des biais, catégorisations ou priorisations erronées ou partiales de ces systèmes » (avis 76.112/2 du 31 mai 2024).

88. Pour éviter un recours abusif ou automatique à l'IA, « étant donné [que les capacités de l'IA] peuvent amener les êtres humains à faire confiance à l'IA plus qu'à leur propre jugement » (considérant 57 de la Résolution du Parlement européen précitée du 3 mai 2022). Voy. not. l'article 14 du Règlement 2024/1689 précité.

89. Le principe d'une IA digne de confiance est au cœur de la Résolution du Parlement européen, la transparence n'étant qu'une des méthodes imaginées pour y parvenir. Voy. not. l'article 13 du Règlement 2024/1689 précité.

exécutif et judiciaire. En cette matière, l'égalité des armes ne serait plus à évaluer entre parties à un litige, mais entre les pouvoirs constitués et les opérateurs privés (et leurs clients), et ce potentiellement au point, à notre estime, de mettre en péril l'autonomie et l'indépendance des fonctions législative, exécutive et judiciaire. Un tel déséquilibre n'est pas admissible, dès lors qu'il préjudicie frontalement tant à la démocratie qu'à l'État de droit. L'intervention urgente du législateur en matière de réutilisation commerciale des données juridiques publiques nous paraît constituer la troisième réflexion d'ampleur à mener à l'égard des systèmes d'IA appliqués au domaine juridique⁹⁰. Cette réflexion gagnerait à s'inspirer des directives européennes et de la réglementation nationale relative à la réutilisation des informations du secteur public⁹¹, pour prévoir par exemple un système de licence, en cas d'usage commercial des sources publiques du droit dans un système d'IA générative, soit que cette licence confère des moyens supplémentaires susceptibles d'améliorer la numérisation de la législation et de la jurisprudence⁹² (incluant le développement de ses propres algorithmes), soit que cette licence implique un accès garanti gratuit ou à moindre coût aux logiciels d'IA générative pour les pouvoirs constitués, permettant tout à la fois de vérifier et d'évaluer en permanence l'usage qui peut être fait de leurs données juridiques.

La place manque pour débattre davantage et résoudre ici ces multiples questions, mais il importait déjà de pouvoir les soulever, notamment au regard des principes nécessaires, complémentaires et déjà fort mobilisés dans cette contribution que sont l'État de droit et la démocratie. Pour la section de législation, il pourrait en aller du sens même de son maintien sous sa forme actuelle, vu le caractère désormais public de sa jurisprudence. Sans autres balises, le jour où cette jurisprudence sera intégrée dans des logiciels (privés ?) d'IA générative, le législateur pourrait trouver bien plus utile (et il pourrait ne pas avoir tort, à court terme) de consulter largement ceux-ci en lieu et place des magistrats de la rue de la Science. Les demandes d'avis n'auraient plus d'intérêt

90. Voy. les substantiels développements sur cette question dans C. const., 30 janvier 2025, n° 9/2025, B.66 à B.84.

91. Voy. not. la loi du 4 mai 2016 relative aux données ouvertes et à la réutilisation des informations du secteur public, *M.B.*, 3 juin 2016, qui transpose la directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, mais dont le champ d'application ne couvre ni la législation ni la jurisprudence.

92. La Cour des comptes vient paradoxalement de rendre un rapport au vitriol sur l'état de la numérisation de la justice (« Pilotage de la transformation numérique de la justice par l'État fédéral », décembre 2024, disponible sur le site internet www.ccrek.be), dont les moyens paraissent particulièrement insuffisants, renforçant ainsi l'inégalité des armes que nous venons de dénoncer.

que pour des questions nouvelles ou sensibles, ou pour (tenter de) faire évoluer la jurisprudence. Le sujet doit sans conteste être pris à bras-le-corps pour éviter un retard particulièrement préjudiciable dans ces domaines technologiques dont l'évolution est constante et particulièrement rapide. Les balises énoncées devraient notamment guider la réflexion, mais avant tout assurer sans transiger l'autonomie et l'indépendance de tous les pouvoirs constitués face à ce nouveau défi.

Conclusions

Pour que la section de législation reste incontournable, il fallait selon nous mettre la lumière, peut-être parfois un peu crûment, sur les enjeux qui ont été exposés. L'intérêt d'en traiter dans cet hommage rendu à Hugues Dumont reste de puiser dans ses écrits la force de répondre à ces questions, toutes plus délicates les unes que les autres. Cela implique non seulement de tenir le plus grand compte des tensions qu'il décrit avec tant de pédagogie entre la démocratie et l'État de droit, mais aussi d'inscrire ces réponses dans les conditions juridiques qui doivent permettre d'établir ou rétablir la confiance des citoyens dans leurs institutions et leurs lois en particulier⁹³.

Au travers des différents thèmes que nous avons débattus, la section de législation apparaît en effet comme un acteur clé de l'articulation entre l'État de droit et la démocratie, en particulier parce qu'elle ne dispose pas du dernier mot, tout en étant à la recherche de la conciliation des mesures envisagées par les demandeurs d'avis avec les facteurs de transformation de la démocratie que sont les droits fondamentaux, le droit européen et le droit constitutionnel.

Des évolutions sont souhaitables, voire indispensables. Les premières pour mieux assurer l'État de droit, lorsqu'il s'agit d'encadrer l'usage de l'intelligence artificielle, de contrôler *a posteriori* les règlements d'assemblée ou de défendre l'usage le plus parcimonieux possible de la procédure de laissez-passer. D'autres évolutions sont nécessaires pour maintenir l'équilibre indispensable avec le principe de la démocratie, qu'il s'agisse d'assurer la faisabilité et la qualité des analyses d'impact, de mieux assumer le débat lors d'éventuelles divergences entre la section de législation et les Hautes juridictions, ou de mieux affirmer parfois la

93. H. DUMONT, « Conclusions », in Fr. BOUHON, J. CLARENNE, M. EL BERHOUMI, L. GERON et C. ROMAINVILLE (dir.), *Les institutions politiques en quête de confiance* (actes à paraître du colloque tenu à Bruxelles le 7 septembre 2024) : il y défend la nécessité de la lisibilité du droit, la redevabilité, la réactivité et l'intégrité des institutions, la déontologie des acteurs et le respect de l'État de droit.

position de la section de législation en matière de droits fondamentaux. Ces réflexions n'épuisent en rien le débat des tensions entre démocratie et État de droit – une comparaison chère à Hugues Dumont, sur ce thème, pourrait notamment être menée à l'égard du contrôle préventif de la qualité du droit européen, par exemple⁹⁴. Nous espérons surtout qu'elles permettent de poursuivre avec fruit le chemin tracé par notre si estimé collègue, en nourrissant toujours davantage le dialogue critique et constructif que la démocratie et l'État de droit imposent à tous ceux qui mettent en œuvre ces inestimables principes.

94. En écho à l'interpellation d'H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'État de droit et vice-versa », in R. LEYSEN et al. (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Alen*, Anvers, Gand, Cambridge, Intersentia, 2020, pp. 87-88, selon lequel les institutions européennes sont plutôt marquées par un excès relatif d'État de droit au détriment de la démocratie. Voy. not. pour nourrir une telle réflexion : https://commission.europa.eu/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_fr (consulté le 20 décembre 2024).