

# **RAPPORT POUR LA BELGIQUE**

par

PAUL TAPIE  
Conseiller d'Etat

Ainsi que l'ont noté plusieurs auteurs (1), la cohérence et la rationalité ne sont pas les traits dominants des règles par lesquelles l'action administrative se trouve régie et contrôlée en Belgique. La matière qui fait l'objet du présent rapport en est une illustration caractéristique, puisqu'elle touche à tous les secteurs de l'action administrative. C'est dire, en guise d'excuse liminaire, qu'elle se prête mal à un exposé systématique et complet.

Il y a, à cette particularité du droit administratif belge, des raisons historiques et politiques dont il faut dire un mot si l'on veut s'expliquer la configuration actuelle d'un pouvoir discrétionnaire dont la définition théorique ne s'écarte pas de celle qui en est donnée ailleurs, et notamment en France, mais dont l'étendue fut éminemment variable selon les époques et selon les domaines où il s'est exercé.

Comme le pragmatisme que l'on se plaît-et que l'on se complaît parfois à reconnaître aux Belges, il faut sans doute attribuer autant à des siècles d'occupations étrangères diverses mais ininterrompues, qu'à la fée britannique qui s'est penchée en 1830 sur le berceau du jeune Etat, un système et une pratique constitutionnels marqués davantage, à l'égard de l'Etat, par des refus ou par des résistances, quelquefois contradictoires, que par des options positives participant d'une vue d'ensemble ou d'un esprit de système. Sans jeu de mots, l'Etat centralisé était littéralement étranger aux mentalités des Belges de 1830 et, d'une certaine façon, il l'est encore aujourd'hui, plus ou moins consciemment, à beaucoup de nos compatriotes (2). Ainsi s'éclaire le paradoxe de la longue coexistence de limitations juridiques très strictes au niveau du pouvoir central, à la fois du pouvoir exécutif et du contrôle juridictionnel de ce pouvoir, contrôle qui, pendant près d'un siècle, a été presque inexistant. Il faut observer toutefois que, de 1830 à 1893, du fait de son régime électoral censitaire, la Belgique politique, c'est-à-dire la nation dont tous les pouvoirs émanent, suivant l'article 25 de la Constitution, n'était en somme que l'équivalent d'une grosse bourgade de quelques dizaines de milliers d'électeurs, partagés entre catholiques et libéraux, mais pour le reste, notamment pour la langue et pour la fortune, d'une homogénéité dont certains de nos contemporains gardent une nostalgie profonde, bien que de moins en moins avouable.

Ce petit monde avait probablement sur ses ministres et sur ses fonctionnaires des moyens de surveillance d'une efficacité à laquelle aucune juridiction ne pourra jamais prétendre dans un Etat démocratique. En un tel contexte, où le tiers-monde de l'intérieur ne comptait qu'en tant que main-d'œuvre et objet de charité, il se conçoit qu'un Conseil d'Etat apparut comme un luxe inutile, une «superfétation», ainsi que le déclarait l'administrateur général des finances, le 23 décembre 1830 (3).

Ce n'est cependant pas peu de chose que l'empreinte des six premières décennies d'un régime dans la pratique constitutionnelle et administrative d'un pays. Il en subsistera d'encombrants vestiges - le plus remarquable étant l'illogique répartition des compétences entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif-bien après qu'en 1893 le suffrage universel-masculin-tempéré par le vote plural, puis, en 1919, le suffrage universel pur et simple-quoique encore exclusivement masculin jusqu'en 1948-auront bouleversé l'échiquier politique et définitivement mis fin à l'homogénéité du corps électoral et des gouvernements (4).

En ce qui concerne le pouvoir exécutif central, la méfiance inhérente à son exercice par des majorités de coalition a en quelque sorte pris le relais d'une tradition historique qui, seule, n'eût peut-être pas résisté aux nécessités d'une bonne gestion des services publics dans un Etat moderne. Lorsqu'il est devenu matériellement impossible de limiter et de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration par les moyens informels qui ont été évoqués, la résistance à ce pouvoir s'est manifestée sous trois formes principales, outre, bien entendu, le maintien d'une décentralisation, et, en particulier, d'une autonomie communale, profondément ancrées dans les mentalités:

1. Le projet d'une juridiction administrative suprême, écarté à plusieurs reprises après 1830, allait refaire surface pour de bon une centaine d'années plus tard pour aboutir à la promulgation de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat.

2. Des dispositions législatives et réglementaires disparates, mais animées d'un même esprit, ont contenu et, à la limite, lié la compétence des gouvernements par des normes générales dans différents domaines, mais surtout dans le secteur de la fonction publique, afin de prémunir les fonctionnaires, les administrés et finalement l'Etat lui-même contre un favoritisme qui est, à moyen et long terme, un ferment d'anarchie.

3. Enfin, avec le célèbre arrêt «La Flandria» du 5 novembre 1920 (5), par lequel la Cour de cassation admettait la compétence des tribunaux pour sanctionner la responsabilité aquilienne des pouvoirs publics, le pouvoir judiciaire a, pour sa part, amorcé une évolution jurisprudentielle entreprenante, qui l'a amené jusqu'à reconnaître récemment un caractère fautif au retard anormal apporté à l'exécution d'une loi.

Sans perdre de vue ces aspects chronologiques de notre sujet, nous le traiterons dans un ordre un peu différent. Nous essayerons d'abord de définir le pouvoir discrétionnaire et d'en dégager les fondements et la justification.

Ensuite, renonçant délibérément à tenter la gageure d'un inventaire des objets de son exercice, nous nous efforcerons de décrire le développement de son contrôle, selon qu'il a été le fait de l'administration elle-même, du pouvoir judiciaire et enfin, pour ce dernier quart de siècle, du Conseil d'Etat.

Le professeur Léon MOUREAU, président émérite du Conseil d'Etat, a donné du pouvoir discrétionnaire l'excellente définition que voici :

«Dans le langage des juristes, on entend par pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, non pas un pouvoir absolu, inconditionné ou à tous égards arbitraire qui appartiendrait à ces autorités mais la faculté qu'elles ont, dans des cas plus ou moins nombreux, de choisir, dans le cadre des lois, la solution qui leur paraît préférable pour la satisfaction des intérêts publics dont elles ont la charge» (6).

Cette définition s'inscrit dans le droit fil de ce qu'écrivait en 1939, dans sa «Doctrines générale de l'Etat», le professeur Jean DABIN, et qui est capital pour notre sujet :

«... les droits de commander, de contraindre et d'administrer n'existent pas pour les gouvernants eux-mêmes, comme des droits subjectifs dont ils auraient le profit personnel, mais ... ils doivent être mis par leurs titulaires au service de la fin du groupe auquel ils président, à savoir le bien public.

Droits-fonctions par conséquent ou, si l'on veut, simples compétences, à destination rigoureusement sociale, excluant tout «détournement de pouvoir». Autre est d'ailleurs la question de savoir comment les détournements seront prévenus et réprimés: c'est affaire de possibilités pratiques et de technique juridique. Mais la puissance publique, comme toute autorité ou fonction quelconque, ne peut être conçue qu'en dépendance de l'idée de service. Détachée de cette idée, la puissance perd non seulement toute légitimité, mais toute signification: elle n'est plus qu'une «manifestation de force» (7).

Sans doute peut-on se demander aujourd'hui si, en faisant de la prévention et de la répression des détournements de pouvoir une simple «affaire de possibilités pratiques et de technique juridique», le professeur DABIN n'a pas sous-estimé la complexité des causes, l'enchevêtrement des mobiles et, par conséquent, les difficultés de preuve et de sanction des détournements de pouvoir. L'essentiel de sa réflexion n'est cependant pas là. Le pas décisif qu'elle fait faire à la doctrine du droit public consiste à poser comme un principe essentiel de l'Etat de droit que l'autorité administrative n'a non seulement de «légitimité», mais de «signification», qu'en fonction du rattachement de son but à l'idée de service.

Sur cette base féconde va croître toute la théorie des motifs de l'acte administratif comme instrument du contrôle par le Conseil d'Etat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Nous y reviendrons dans la dernière partie de ce rapport. Et par un effet inattendu, mais qui donne la mesure de la valeur théorique du postulat, cette théorie des motifs rendra quasiment sans objet, du moins en jurisprudence, la notion même de détournement de pouvoir, dont le professeur DABIN ne semblait pas espérer que le principe qu'il posait eût à lui seul raison.

Dans ce contexte du droit public belge, on voit bien ce que l'adjectif «discrétionnaire», appliqué au pouvoir de l'administration, a gardé de son sens premier, malgré un glissement évident. Ce sens premier définit un pouvoir de nature juridictionnelle (8), tel celui que l'article 268 du Code d'instruction criminelle confie au président de la Cour d'assises en des termes caractéristiques:

«Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il devra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation».

En droit judiciaire, il est de l'essence du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout contrôle d'opportunité et même de légalité interne de la décision prise dans l'exercice de ce pouvoir. Des motifs de cette décision l'auteur n'a à répondre que devant son «honneur» et sa «conscience» (9). L'octroi d'un tel pouvoir par le législateur est une mesure à la fois exceptionnelle et grave. Elle déroge, en effet, à l'obligation générale, portée par l'article 97 de la Constitution, de motiver les jugements, obligation qui est «une garantie essentielle contre l'arbitraire» et «s'impose comme une preuve que le magistrat a examiné soigneusement les moyens qui lui étaient soumis et médité sa décision» (10).

A y regarder de près, le risque d'arbitraire est, dans ce cas, couru par nécessité, parce que la décision doit être prise sur-le-champ, à peine d'être inefficace, et que ses motifs ne sont pas tous réductibles à une expression rationnelle par le moyen du langage. Ainsi les décisions - de «juridiction active», si l'on peut dire - à prendre par le président de la Cour d'assises en vertu de l'article 268 précité sont-elles toutes d'extrême urgence et fondées sur une information recueillie au cours de débats oraux, «in vivo», d'homme à homme.

Elles en appellent forcément à une conviction subjective, que l'on qualifie parfois d'«intime», non pas parce que le bien public commanderait qu'elle demeure secrète, mais parce qu'elle repose sur des éléments en partie rebelles à toute tentative de transmission logique. Le pouvoir est discrétionnaire, non par l'effet d'une sacralisation de la fonction, mais parce que le titulaire de celle-ci, dans le cas particulier auquel son pouvoir s'applique, est seul à pouvoir prendre la décision convenable. Il a acquis une expérience objectivement incommunicable dans sa totalité et cette expérience a nécessairement pour corollaire un monopole d'appréciation.

Cette description n'est pas transposable telle quelle en droit administratif. Il y a généralement loin de l'acte administratif, même juridictionnel ou quasi-juridictionnel, à la décision judiciaire même lorsque celle-ci est étroitement liée aux poursuites, c'est-à-dire à l'aspect le plus administratif, le plus policier, de l'exercice du pouvoir judiciaire.

D'une part, l'acte administratif se présente rarement comme le produit d'une décision unique.

Il apparaît presque toujours comme l'aboutissement d'une série d'opérations préparatoires, dont certaines ont déjà le caractère de décisions véritables, quoique préparatoires, et d'autres non (11).

Dans cette chaîne de décisions, il en est qui peuvent participer d'un pouvoir discrétionnaire, sans que la décision finale puisse être considérée comme le pur produit d'un tel pouvoir. D'autre part et surtout, les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont fondés, en Belgique, sur la

confiance qu'en période normale (12) les chambres législatives gardent aux ministres qui, en définitive, sont responsables devant elles, d'une façon ou d'une autre, de tous les actes administratifs. C'est cette confiance qui se trouve véritablement à la base du pouvoir discrétionnaire de l'administration, puisque non seulement ce pouvoir est limité par le «cadre des lois», mais que son exercice peut être censuré par les chambres, pour des motifs de pure opportunité, alors que les juges jouissent d'une sorte de confiance à vie.

C'est la même caractéristique du droit public belge qui explique que la réduction du domaine juridique du pouvoir discrétionnaire de l'administration (13), spécialement par l'extension de son contrôle juridictionnel, a exactement correspondu, quoique avec un décalage inévitable dans le temps, aux difficultés croissantes que le Parlement éprouvait à contrôler lui-même une action gouvernementale de plus en plus technique et diversifiée. En d'autres termes, à mesure que par la force des choses la confiance des chambres devenait moins sélective, moins fine, plus globale, le risque d'arbitraire grandissait au point que la survie de l'Etat de droit dépendait de la définition de limites de plus en plus étroites et de modes de contrôle nouveaux du pouvoir discrétionnaire. Les méthodes ainsi mises en œuvre conduisent à repenser le fondement et le champ d'action du pouvoir discrétionnaire. Dès lors que, comme on le verra, tout acte administratif doit avoir un motif légalement admissible, même lorsqu'il n'a pas à être motivé en la forme, le choix de la solution n'est plus à la discrétion entière de l'autorité compétente que dans les cas où le législateur a accepté ce pouvoir comme une nécessité.

Cette évolution n'est certainement pas achevée. Elle tend, de toute évidence, à instaurer un nouvel équilibre entre les pouvoirs traditionnels. Dans les limites du présent rapport, il suffit de constater que le pouvoir discrétionnaire n'a plus, en droit administratif, une justification fondamentalement plus large que celle qu'on peut lui reconnaître en droit judiciaire.

Dès l'indépendance nationale, le pouvoir discrétionnaire de l'administration s'est vu assigner certaines limites internes par la loi ou en vertu de la loi: celles, d'une part, qui résultent du contrôle que les autorités supérieures de la hiérarchie exercent sur les actes administratifs des agents hiérarchisés; celles, d'autre part, qui procèdent de la tutelle administrative sur les autorités provinciales et communales, ainsi que sur les organismes d'intérêt public, dits aussi établissements «parastataux», qui, d'invention plus récente, se sont considérablement multipliés au cours des dernières décennies.

Ainsi le pouvoir des autorités supérieures - lui-même plus ou moins discrétionnaire-a-t-il très tôt restreint celui des autorités subordonnées.

Le contrôle hiérarchique porte sur l'opportunité comme sur la légalité de la décision prise par l'agent inférieur. Il est cependant à la discrétion de l'autorité hiérarchique.

La tutelle, chez un peuple très attaché à ses institutions locales pour les raisons historiques qu'on connaît, n'a jamais été fortement centralisatrice.

Elle laisse subsister de larges pouvoirs dans le chef des autorités décentralisées, non seulement «ratione materiae» ou «summae», parce que les actes qui ne sortissent leurs effets que moyennant autorisation ou approbation ne sont que les plus importants, mais aussi parce que la tutelle de suspension ou d'annulation qui, elle, est plus générale, est soumise par la loi à des délais de rigueur assez brefs.

Le pouvoir de tutelle est discrétionnaire dans une large mesure. L'autorité de tutelle n'est en principe tenue ni de suspendre, ni d'annuler même en cas d'illégalité flagrante, l'acte de l'autorité subordonnée (14). Elle peut annuler cet acte soit lorsqu'il est contraire à la loi, soit lorsqu'il blesse l'intérêt général. Elle apprécie dans chaque cas cette dernière notion, sous le contrôle du Conseil d'Etat, qui exige que la décision indique alors en quoi l'intérêt général a été blessé (15) et qui ne permet pas que le gouvernement confonde l'intérêt général avec ses propres intentions politiques, par exemple en matière d'unification du régime des pensions des agents des provinces et des communes (16).

Sans être négligeables, loin de là, ces types de contrôle restent incomplets, notamment en ce qu'y échappent de nombreux actes, et en premier lieu, par définition, ceux des autorités administratives supérieures.

Ce sont, bien entendu, les abus du pouvoir discrétionnaire qui ont conduit à en restreindre progressivement le domaine. En relation avec les types de contrôle que nous survolons pour le moment, on peut relever deux exemples de ce phénomène, exemples certes très différents mais qui se rapportent tous deux au sort des citoyens les plus vulnérables à l'arbitraire administratif: les agents des services publics.

Une loi du 30 juillet 1903 a consacré ce qu'on appelle la stabilité des emplois communaux. Il ressort des travaux préparatoires de cette loi (17) que les conseils communaux, qui se renouvellent par élection tous les six ans, étaient parfois tentés, après un renversement de majorité, de renouveler aussi, du moins en partie, le personnel communal. La loi a non seulement soumis à la tutelle d'approbation les délibérations portant la suspension pour trois mois ou plus, ou la révocation des employés communaux, mais elle a ouvert à ceux-ci un recours formel à l'autorité supérieure contre la suppression de leur emploi ou du traitement qui y est attaché. Une délibération de cette seconde espèce ne peut toutefois être improuvée «que si les mesures qu'elle décide tendent manifestement à une révocation déguisée».

Cette dernière restriction n'est pas un modèle de clarté et elle a donné lieu dans la pratique à de nombreuses difficultés d'application. Mais elle illustre le souci du législateur belge, toujours pragmatique, de trouver un point d'équilibre entre les pouvoirs respectifs des autorités communales et des autorités de tutelle.

C'est au moins autant en réaction contre les dangers d'une politisation excessive de la fonction publique, que dans le souci de rendre l'administration plus compétente et plus efficace au moment où ses missions connaissent une extension rapide et considérable, que la nécessité d'un statut des agents de l'Etat fut reconnue entre les deux guerres et que, sous l'impulsion d'un éminent commissaire royal à la réforme administrative. Monsieur CAMU, fut réalisée, à partir de l'arrêté royal du 2 octobre 1937, une réglementation qui, malgré les modifications qu'elle a subies depuis lors, a conservé jusqu'à ce jour ses traits essentiels. Il ne peut évidemment être question d'analyser ici ce statut, même sommairement. L'on se bornera à relever que, suivant l'interprétation donnée à l'article 66, alinéa 2, de la Constitution, le pouvoir attribué au Roi de nommer aux emplois d'administration générale comprend celui de réglementer la fonction publique.

Les dispositions du statut administratif des agents de l'Etat, de même que celles qui les ont complétées ultérieurement et que l'on range dans les catégories du statut pécuniaire, du statut social et du statut syndical, ne sont donc pas de nature législative. Elles forment un «corpus» de règles générales que le pouvoir exécutif s'est fixées à lui-même et qui n'ont évidemment de sens que dans la mesure où elles impliquent sa promesse et même la reconnaissance de son devoir de les appliquer.

Si l'efficacité d'un pareil effort de précision des bases du contrôle hiérarchique et tutélaire dépend en grande partie de celle du «contrôle de ce contrôle» par les juridictions compétentes, la «vertu de justice» que, selon le mot de HAURIOU, recèlent la discipline hiérarchique et la tutelle administrative ne s'en trouve pas moins renforcée par raffinement des règles de sa pratique.

En soi, c'est là, dans un Etat de droit, un progrès moins négligeable qu'il n'y paraît. A mesure que l'action administrative s'étend, se diversifie et se complique, la pratique de la «vertu de justice» au sein d'une administration en constante expansion ne peut que gagner à être guidée par cette sorte de formalisation dans un code de l'«honneur» et de la «conscience» du pouvoir discrétionnaire, même si, en droit, elle aboutit à réduire le domaine de ce pouvoir. Car, ainsi que nous le verrons dans la conclusion de ce rapport, s'il ne faut pas minimiser les effets réels du contrôle juridictionnel, il n'y a pas lieu davantage de les croire absolus.

Ainsi que l'écrivait Paul ERRERA en 1909:

«L'une des caractéristiques de notre Constitution est la place importante qu'y occupe le pouvoir judiciaire ... D'une façon générale, on peut dire que la balance des pouvoirs penche, en France, du côté de l'administration et, en Belgique, du côté de la justice ... La révolution de 1830 a rompu violemment certaines entraves impériales qu'avait tenté de maintenir le Roi des Pays-Bas; à bien des égards, nous nous rapprochons ici des idées anglo-saxonnes» (18).

Il n'empêche qu'exercé par le pouvoir judiciaire, le contrôle juridictionnel des actes de l'administration est longtemps resté bien timide.

Dès 1830, la lettre de la Constitution donnait au pouvoir judiciaire ce qu'on pourrait appeler une arme de défense passive des libertés individuelles en même temps qu'un moyen de régulation juridique de l'action administrative.

Aux termes de son article 107:

«Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois».

Selon une jurisprudence unanime, critiquée, il est vrai, par de nombreux auteurs contemporains, l'article 107 n'instaure qu'une exception d'illégalité permettant aux justiciables «de demander aux cours et tribunaux saisis d'une contestation, de trancher celle-ci en refusant d'appliquer l'acte qu'ils incriminent» (19).

La portée limitée de cette disposition dans l'esprit du constituant est à rapprocher de l'article 28 de la Constitution:

«L'interprétation des lois par voie d'autorité n'appartient qu'au pouvoir législatif».

Non seulement le pouvoir judiciaire ne peut s'immiscer dans l'appréciation de l'opportunité d'un arrêté ou d'un règlement général, provincial ou local, mais sa décision, même lorsqu'elle implique une interprétation de la loi, n'a qu'une autorité relative au cas de l'espèce.

Rien ne s'oppose, en droit, à ce que l'administration continue d'appliquer imperturbablement dans d'autres cas le règlement qui a été jugé illégal (20). Par ailleurs, le moyen pris de la non-conformité de l'arrêté ou du règlement à la loi n'est pas considéré en jurisprudence comme d'ordre public par lui-même. Il ne peut donc, en principe, être soulevé d'office par le juge (21), dont le pouvoir se trouve lié sur ce point par les termes du «contrat judiciaire».

L'action en responsabilité permet aussi aux cours et tribunaux de censurer les actes de l'administration. Rien, dans la Constitution, ne le leur interdit.

Au contraire, par ses articles 92 et 93, en plaçant dans leur compétence exclusive les contestations qui ont pour objet des droits civils et dans leur compétence normale («sauf les exceptions établies par la loi») celles qui ont pour objet des droits politiques, elle semble les inviter à sanctionner, au besoin contre l'État, tous les droits que les citoyens peuvent avoir à faire valoir.

Pourtant, au nom d'une conception rigide, pour ne pas dire dogmatique, de la séparation des pouvoirs, la Cour de cassation a refusé, jusqu'en 1920, l'exercice de cette compétence à l'égard des actes accomplis par l'autorité administrative en vertu de son «imperium».

Comme l'écrit encore Paul ERRERA, cette «jurisprudence établit quelques règles qui semblent précises de prime abord, mais dont l'application est des plus délicates et donne lieu à des solutions souvent contradictoires» (22).

Mais le 5 novembre 1920, par un fameux arrêt de principe (23), la Cour de cassation revenait sur cette jurisprudence de plus en plus critiquée par la doctrine. Elle amorçait ainsi une évolution qui, au fil des années, devait la conduire, après avoir délogé l'administration de son «sanctuaire», jusqu'à juger, dans un arrêt du 23 avril 1971 (24), «qu'aucune disposition constitutionnelle ou légale ne soustrait le pouvoir exécutif, dans l'exercice de ses missions et de ses activités réglementaires, à l'obligation, résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil, de réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa

faute, notamment par son imprudence ou par sa négligence», et que, «même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour prendre un règlement, l'abstention de prendre celui-ci peut, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil, donner lieu à réparation si un dommage en est résulté».

La Cour, on le voit, a conquis au contrôle de la légalité des actes administratifs par le pouvoir judiciaire un territoire fort important au détriment du pouvoir discrétionnaire de l'administration qui, si elle conserve un choix relatif des moyens d'exécuter la loi, le voit canalisé en quelque sorte par une obligation générale de diligence et de prudence, et ne reste même plus seule maîtresse du délai de l'exécution, puisque l'arrêt réserve implicitement mais certainement au pouvoir judiciaire d'en apprécier le caractère raisonnable ou non.

Cette avance spectaculaire du contrôle juridictionnel des actes administratifs par le moyen de l'action en responsabilité et le recul symétrique du pouvoir discrétionnaire de l'administration restent cependant confinés dans des limites qui en restreignent la portée pratique. Même par rapport au cas d'espèce qu'il ne peut dépasser sans statuer par voie de disposition générale, ce que la Constitution et la loi interdisent (25), le juge est lié, nous l'avons vu, par les termes du «contrat judiciaire», et plus généralement par les servitudes de la procédure accusatoire qui, du moins en matière civile et commerciale (26), l'obligent à fonder sa décision sur les faits dont les parties l'ont saisi. Quant à la Cour de cassation, elle ne peut modifier les constatations faites par le juge du fond, la Constitution lui interdisant (27) de connaître du fond des affaires, sauf le jugement des ministres.

C'est pour pallier ces diverses insuffisances du contrôle juridictionnel des actes de l'administration par le pouvoir judiciaire que la création d'un Conseil d'Etat eût été nécessaire, même si la jurisprudence judiciaire avait été d'emblée ce qu'elle est actuellement. Il est remarquable qu'en vingt-sept ans à peine, le Conseil d'Etat s'est employé précisément à combler cette lacune, en se gardant aussi bien d'empiéter sur la compétence des cours et tribunaux (28), ou même de faire double emploi avec celle-ci (29), que de laisser, autant que possible, un acte sans juge.

L'article 9 de la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat, actuellement l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat a chargé la section d'administration du Conseil de statuer «par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives».

Décrivant la portée du recours organisé par cette disposition, Monsieur Léon MOUREAU fait les pénétrantes observations que voici (30):

«Le recours peut être dirigé incontestablement contre les actes administratifs comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est même là son champ d'application principal, encore qu'on l'ait, croyons-nous, insuffisamment souligné. Si, en effet, l'acte administratif est pris en vertu d'une compétence liée devant aboutir à la reconnaissance d'un droit subjectif dans le chef de l'administré, ou bien la compétence pour vérifier la légalité de ces actes est judiciaire en vertu des articles 92 et 93 de la Constitution, ou bien elle revient à des juridictions administratives spéciales, par dérogation légale à l'article 93.

«Les décisions de ces juridictions relèvent d'ailleurs pour la plupart actuellement du Conseil d'Etat au titre de ces «décisions contentieuses administratives» mentionnées à l'article 9 de la loi du 23 décembre 1946. Les termes «actes et règlements» de cet article visent donc essentiellement des actes administratifs comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est au contrôle direct et assidu de la légalité de ces actes que le Conseil d'Etat est appelé. C'est là une des missions dans laquelle il est spécialisé».

Les matières dans lesquelles le pouvoir discrétionnaire de l'administration trouve à s'exercer sont si diverses et si nombreuses qu'il ne peut être question, dans les limites du présent rapport, de les mettre une à une en regard de la jurisprudence qui y a trait, ce qui exigerait la revue de près de dix-huit mille arrêts prononcés par la section d'administration du Conseil d'Etat depuis 1949. Nous devons donc nous borner à tenter de décrire les lignes de force de cette jurisprudence et leur évolution.

Une juridiction nouvelle, comme l'était le Conseil d'Etat en 1949, tâtonne forcément un peu, d'autant que les recours, dont dépend non seulement sa saisine, mais, au moins en partie, la qualité dialectique de son œuvre, portent eux-mêmes la marque d'hésitations bien compréhensibles de la part de requérants encore incertains de l'étendue des compétences que la section d'administration reconnaîtra lui avoir été attribuées par la loi. La sûreté de la plupart des premiers grands choix n'en est rétrospectivement que plus remarquable.

Le 8 mai 1948, le Collège des bourgmestre et échevins de la ville de Courtrai avait interdit la projection du film «Le diable au corps», tiré par Claude AUTANT-LARA du roman de Raymond RADIGUET. Son arrêté faisait état des «protestations reçues contre la représentation de ce film», de «critiques ... unanimes à qualifier ce film, quoique d'une valeur exceptionnelle au point de vue technique (sic), comme complètement immoral et de nature, par l'audace de ses images et le cynisme de son dialogue, à exercer une influence pernicieuse sur la jeunesse» et enfin des «contre-manifestations et des désordres» qui étaient à craindre «suivant les renseignements reçus».

Dans son arrêt n° 44, rendu le 9 mai 1949 sur le recours de la S.A. «Universal Film», le Conseil d'Etat relève notamment, pour justifier l'annulation de l'arrêté d'interdiction, que «sur base de l'article 97 (de la loi communale), la liberté fondamentale des spectacles ne peut être limitée que «dans des circonstances extraordinaires» et seulement pour assurer le maintien de la tranquillité publique, que le motif que «selon les renseignements reçus, des manifestations et des désordres sont à craindre» n'implique pas que le maintien de la tranquillité publique ne puisse être assuré; qu'en outre l'interdiction visée à l'article 97 ne peut se justifier que «dans des circonstances extraordinaires»; que la décision attaquée ne fait pas mention de ces circonstances extraordinaires; ...».

Par des arrêts n<sup>os</sup> 17.375 à 17.380 du 15 janvier 1976, le Conseil d'Etat a annulé six règlements communaux de police qui interdisaient la présence, dans des lieux publics, d'appareils automatiques de jeu qui, selon les règlements attaqués, troublaient la tranquillité et la sécurité publiques.

Après avoir constaté que «l'ordre au maintien duquel il appartient aux conseils communaux de veiller est l'ordre matériel, non l'ordre moral» et que «la préservation spécifique de ce dernier n'incombe aux conseils communaux qu'exceptionnellement, lorsque le désordre moral s'extériorise pour dégénérer ou risquer de dégénérer en des désordres matériels qui ne soient pas susceptibles d'être prévenus par d'autres moyens que par des restrictions aux droits et aux libertés dont la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme garantissent l'exercice», le Conseil d'Etat observe qu'«aucun des éléments versés aux débats n'autorisait le Conseil communal de X..., à craindre raisonnablement, lorsqu'il a voté le règlement attaqué, que des désordres matériels imputables aux appareils automatiques de jeu étaient imminents au point d'exiger d'être prévenus par une réglementation communale permanente».

Entre l'arrêt de 1949 (31) et les arrêts de 1976, la différence est à la fois faible et importante. Elle est faible du point de vue de la portée du contrôle de légalité sur base des motifs de l'acte attaqué, tels qu'ils ressortent de cet acte - lui-même ou d'éléments extérieurs à lui mais suffisamment établis et pertinents pour pouvoir le justifier en droit ou en fait. Elle est importante, d'un point de vue doctrinal en ce que, après des années d'exercice, le même

contrôle s'est reconnu pour ce qu'il est nécessairement, à la limite, et qu'il était virtuellement dès 1949: un contrôle non seulement de l'existence d'un motif et de son caractère légalement admissible, c'est-à-dire de son exactitude matérielle et de sa pertinence et pertinence en droit, mais aussi d'une sorte de pertinence plus concrète que le droit strict ne l'exige et qui tend à mesurer l'adéquation du moyen utilisé au but poursuivi.

C'est là, comme l'écrit encore Monsieur Léon MOUREAU, donner «aux exigences de la légalité toute leur portée» et non contrôler l'opportunité de la mesure.

Que cette opportunité proprement dite soit laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'administration, le Conseil d'Etat l'a reconnu aussi dès ses débuts. Par un arrêt n° 160 du 16 novembre 1949 en cause SMET, il rejette la requête d'un officier de gendarmerie parce qu' «il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se substituer au Ministre dans l'appréciation des faits qui sont de nature à faire décider si le requérant remplit les conditions morales pour être promu officier supérieur». Toutefois sa définition de cette appréciation s'est nuancée. Par exemple, les faits qui motivent le refus de nommer à titre définitif un agent de police stagiaire doivent, s'ils relèvent de la vie privée, avoir un caractère scandaleux à défaut duquel ils restent sans relation avec le service (32).

Pour mesurer le chemin jurisprudentiel parcouru, considérons une autre question qui met en cause une appréciation d'opportunité de l'autorité administrative.

Suivant l'article 2, alinéa 2, de la loi du 23 décembre 1946, devenu l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat:

«Hors les cas d'urgence, et les projets de lois budgétaires exceptés, les ministres soumettent à l'avis motivé de la section (de législation) le texte de tous avant-projets de lois ou d'arrêtés d'exécution, organiques et réglementaires ...».

Le Conseil d'Etat (section d'administration) peut-il se faire juge de l'urgence invoquée par le Gouvernement pour justifier l'omission de la formalité prescrite par cette disposition? Oui, répond-t-il dans un premier arrêt en cause «Forges de Clabecq» (33), car il «a le devoir d'examiner si le Gouvernement, en se référant à cette circonstance d'urgence, a donné à la disposition de l'article 2 de la loi du 23 décembre 1946 sa portée exacte, si la notion d'urgence a été comprise par l'autorité administrative comme l'a entendu le législateur». Dans différents arrêts ultérieurs, il corrige ce que cette formulation pouvait avoir d'apparemment trop absolu. Un arrêt du 28 juin 1963 (34) énonce qu' «il n'appartient pas au Conseil d'Etat de se substituer au Gouvernement dans l'appréciation des circonstances de fait de nature à justifier (l')urgence».

Dans un arrêt rendu le 20 juin 1974(35), après que la Cour de cassation avait décidé qu' «il appartient aux ministres seuls d'apprécier, sous réserve de leur responsabilité politique, l'urgence qui les dispense de soumettre à l'avis motivé de la section de législation du Conseil d'Etat le texte des avant-projets d'arrêtés d'exécution organiques et réglementaires» (36), le Conseil d'Etat a précisé en ces termes les bases et les limites de son contrôle, en la matière, du pouvoir d'appréciation de l'administration :

«Considérant que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 14 des lois coordonnées ..., de statuer sur les recours en annulation formés pour toute cause d'excès de pouvoir, le Conseil d'Etat, section d'administration, n'a pas à substituer son appréciation à celle du ministre au sujet de l'opportunité qu'il y a à prendre d'urgence un arrêté; que, cependant, pour s'acquitter de la mission de contrôle de légalité inhérente à cette même compétence, le Conseil d'Etat, section d'administration, a l'obligation d'examiner si le ministre, en se référant dans l'espèce à l'urgence, a attribué à la disposition de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sa portée exacte, c'est-à-dire si, en appliquant la notion d'urgence aux circonstances de la cause, l'autorité administrative n'est pas allée jusqu'à méconnaître, en dénaturant cette notion, la qualification juridique que le législateur y a attachée».

On aperçoit la différence de rédaction entre cet arrêt et l'arrêt «Forges de Clabecq».

Les «circonstances de la cause», auxquelles l'arrêt «Cousot» fait référence, jouent dans le contrôle de légalité un rôle de plus en plus important. Elles apparaissent comme autant de motifs potentiels de l'acte administratif. Si, considérées dans leur ensemble et raisonnablement, c'est-à-dire par un raisonnement logiquement admissible en droit positif, elles laissent un choix, celui-ci relève dans cette mesure de l'action administrative pure, c'est-à-dire de l'appréciation d'opportunité dont le contrôle ne saurait être que politique. Si, en revanche, l'autorité s'est méprise, non pas dans son choix, mais en s'illusionnant, à partir de données fausses en droit ou en fait, sur ses possibilités de choix, sur les limites de son pouvoir d'appréciation, il y a naturellement encore matière à contrôle politique, mais aussi à contrôle juridictionnel.

Cette brève analyse théorique met en évidence, croyons-nous, les deux instruments principaux du «quadrillage» du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le contrôle juridictionnel tel que le Conseil d'Etat l'exerce en Belgique : d'une part, la force obligatoire reconnue aux dispositions prises par l'administration elle-même, qu'il s'agisse de dispositions réglementaires ou individuelles; d'autre part, le contrôle des motifs des actes administratifs. Le premier balise en quelque sorte le domaine en dehors duquel le pouvoir discrétionnaire ne trouve certainement pas à s'exercer. Grâce au second, chaque acte peut être jugé en fonction de son but et de la conformité de celui-ci au «bien public», c'est-à-dire pour reprendre l'expression de Jean DABIN, à la «fin du groupe», telle que cette fin a été déterminée, au fil des ans, par le système juridique que la nation s'est donné «de la manière établie par la Constitution».

Très tôt, le Conseil d'Etat a décidé qu'un recours en annulation peut être exercé pour violation des dispositions des arrêtés édictant des règlements généraux qui constituent des règles de droit ne pouvant être modifiées que par voie de dispositions générales auxquelles il ne peut être dérogé que conformément à des dispositions générales autorisant ces dérogations (37). Cette application du principe traditionnellement exprimé dans la maxime «*Patere legem quam ipse fecisti*», et dont il n'a pas dévié, n'appelle pas de longs commentaires. Pour en mesurer la portée, il suffit de constater qu'elle a permis de soumettre au contrôle juridictionnel tout le domaine des compétences liées par simple voie réglementaire, domaine qui, pour les raisons qu'on a vues plus haut, et qui tiennent à l'exercice du pouvoir par des majorités de coalition, est particulièrement étendu en Belgique.

Il fallut, en revanche, un peu plus de temps pour voir la jurisprudence se fixer dans le sens du caractère définitif-et, par conséquent, de l'impossibilité du retrait-des actes administratifs individuels, même irréguliers, une fois expiré le délai du recours en annulation (38). Ce caractère définitif limite, lui aussi, l'éventuel arbitraire administratif de manière non négligeable, en consacrant le respect de ce qu'on appelle les droits acquis, respect dont on a pu dire qu'il «est aux actes administratifs individuels ce que l'autorité de la chose jugée est aux jugements» (39).

Mais c'est dans l'analyse des motifs de l'acte que le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat a progressé de la façon la plus sensible.

A priori, ce contrôle paraissait difficile en raison de la rareté des cas dans lesquels le législateur a imposé ou permis d'imposer une motivation formelle aux décisions administratives non contentieuses et des obstacles juridiques et pratiques auxquels se serait heurtée une extension jurisprudentielle de l'obligation de motiver en la forme des décisions d'administration active. Cette impasse apparente est probablement la cause de la réserve des premiers arrêts qui, même dans les cas où la loi impose aux organes de l'administration active de motiver leurs actes, jugent qu'ils y satisfont lorsqu'ils exposent la raison qui les a incités à prendre leur décision (40).

Cependant le législateur avait eu d'autres ambitions pour le Conseil d'Etat, en lui permettant notamment d'exiger de l'autorité administrative dont émane l'acte attaqué qu'elle lui transmette le dossier administratif de l'affaire, dans les délais fixés par le règlement de procédure, ainsi que les documents et les renseignements qu'il jugerait nécessaires à l'instruction de la cause (lois coordonnées, article 21), de même qu'en lui conférant le droit d'ordonner des enquêtes (lois coordonnées, article 25). De telles prérogatives n'ont d'utilité pour une juridiction que si sa compétence, pour le contrôle de légalité des décisions qui lui sont déférées, s'étend non seulement à la qualification des faits, mais aussi à la vérification de leur exactitude, voire de leur importance par rapport à d'autres faits que l'autorité a connus ou qu'elle aurait pu connaître en son temps (41).

C'est dans un arrêt du 7 mars 1961 (42) qu'on voit peut-être le mieux comment, si l'on peut ainsi dire, l'organe a recréé la fonction voulue par le législateur.

La députation permanente de la province d'Anvers avait, par une délibération qui n'avait légalement pas à être motivée en la forme, refusé d'approuver la nomination d'un receveur communal. Estimant que la commune requérante se prévalait d'éléments suffisants pour susciter des doutes sérieux sur la légalité de la décision attaquée, le Conseil d'Etat ordonna une enquête sur les motifs de la décision d'improbation. La députation permanente se refusa de les révéler, argumentant «qu'elle avait pris la décision incriminée pour des motifs d'opportunité dont elle est seule juge» et «qu'en l'absence de l'obligation de motiver sa décision, elle n'avait pas à consigner ces motifs d'opportunité».

L'arrêt répond à cette argumentation: «qu'il importe de ne pas confondre la dispense de motiver et l'absence de motif; qu'il est tout au plus permis de conclure du fait que la loi n'oblige pas la députation permanente de motiver les décisions qu'elle prend en vertu de l'article 114 de la loi communale, qu'elle n'est pas tenue de faire précéder le dispositif de sa décision de considérants qui en explicitent les motifs, mais nullement que la décision ne doit pas être inspirée par des motifs légaux; que le droit de la députation permanente de fonder ses décisions sur des motifs d'opportunité ne va pas jusqu'à l'autoriser à agir arbitrairement, les pouvoirs qu'elle s'est vue conférer devant toujours être exercés en vue de l'intérêt général; que c'est à tort que la partie adverse soutient qu'elle est seule juge des motifs d'opportunité; que la nomination aux fonctions de receveur communal est, en effet, liée à l'article 6 de la Constitution et qu'il appartient au Conseil d'Etat de protéger le droit garanti par cet article (43) contre tout arbitraire administratif; que la députation permanente qui refuse d'approuver la nomination faite par le Conseil communal est tenue, dans les circonstances de l'espèce, de faire connaître les motifs de sa décision au Conseil d'Etat afin de mettre cette juridiction en mesure d'exercer son contrôle; que la partie adverse refuse de fournir des précisions sur les motifs de la décision attaquée; qu'il échet d'inférer de ce refus que la décision n'est pas fondée sur un motif légalement admissible» (44).

L'autorité administrative ne fait heureusement pas souvent preuve d'une telle mauvaise grâce. Lorsqu'elle révèle le motif de son acte, il appartient au Conseil d'Etat d'en vérifier non seulement l'exactitude matérielle, mais la pertinence. Celle-ci peut être fonction, par exemple, des motifs de la décision retirée, motifs qu'il incombe alors à l'auteur du retrait de rencontrer, sinon formellement, du moins au cours des débats.

Elle peut aussi, on l'a vu, être fonction plus généralement des «circonstances de la cause», les choses se passant comme si, en bonne raison, celles-ci appelaient une solution déterminée, avec la conséquence que le choix par l'administration de la solution inverse exige une motivation suffisante pour y faire contrepoids (45). Dans l'arrêt «Cousot» déjà cité, le Conseil d'Etat n'a pas été convaincu de l'urgence qu'il y avait à prendre un arrêté qui n'entrait en vigueur que plusieurs mois après sa publication. Dans un arrêt du 18 avril

1974 (46), au contraire, il avait admis, après examen de l'ensemble des circonstances de la cause, que le Gouvernement formé après une longue crise ministérielle avait pu estimer urgent, au sens de l'article 3, alinéa 1er, précité, un arrêté royal portant statut de certaines catégories de personnel enseignant de l'Etat, même si cet arrêté sortissait ses effets rétroactivement et n'avait été publié qu'avec un retard en l'occurrence explicable par l'abondance de la matière à publier après une crise ministérielle d'une telle durée. En pareil cas, et dans tous ceux où trouve à s'appliquer ce type de contrôle «marginal», l'excès de pouvoir que le Conseil d'Etat se reconnaît la compétence de sanctionner se situe manifestement aux confins du détournement de pouvoir.

Il n'y manque en somme que l'élément d'intention. Celui-ci n'étant généralement pas nécessaire à la censure objective de l'acte, on comprend qu'au-delà des définitions doctrinales et des controverses qui les ont entourées (47), le domaine du détournement de pouvoir soit devenu à ce point subsidiaire que l'intérêt de son étude n'est plus guère que théorique.

A la limite, les seules décisions qui demeurent hors d'atteinte du contrôle juridictionnel et qui gardent par conséquent un caractère purement discrétionnaire, du moins quant à leur légalité interne, sont, comme en matière judiciaire, celles dont les motifs sont reconnus par la loi ou en vertu de loi comme irréductibles à une justification entièrement rationnelle. C'est là le domaine de l'opportunité, la «fourchette» du choix, autrement dit du pouvoir discrétionnaire, au seuil duquel le contrôle s'arrête. Tel est le cas, par exemple, en matière de nominations «au choix», ou lorsqu'il s'agit d'apprécier des mérites aussi diffus que la culture générale, les connaissances linguistiques et les traits de caractère des candidats (48).

En matière disciplinaire, sur base de faits matériellement exacts et juridiquement admissibles au titre de fautes professionnelles, l'autorité administrative décide souverainement si une sanction doit ou non être appliquée (49), dans l'affirmative, laquelle de celles que prévoient les statuts (50), et s'il y a lieu de tenir compte de circonstances atténuantes propres au cas considéré (51). On pourrait citer de nombreuses autres applications des mêmes critères dans les matières des établissements dangereux, insalubres ou incommodes, de l'aménagement du territoire, des habitations insalubres, etc. (52). Mieux encore, lorsqu'un pouvoir d'appréciation est attribué à l'autorité administrative, celle-ci doit l'exercer sur les faits de la cause et elle ne peut éluder cette obligation en forgeant une pseudo-norme qui ne résulte d'aucune disposition légale ou réglementaire (53).

Par la difficulté qu'il y a à en dégager un enseignement à la fois systématique et simple, on mesure, dans les arrêts, le souci du Conseil d'Etat de maintenir sa jurisprudence en matière de contrôle des motifs au plus près des contingences et des nécessités administratives propres à chaque espèce. Ce pragmatisme correspond à celui dont notre droit est imprégné. Il implique une grande confiance de la nation dans ses juges et il impose à ceux-ci une indépendance vigilante, une information rigoureuse et un soin tout particulier de motivation et de coordination de leurs décisions.

Tel qu'il vient d'être décrit de façon forcément sommaire, le contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration belge n'est pas sans failles.

En guise de conclusion, il n'est peut-être pas sans intérêt de les examiner rapidement, car, en traçant en quelque sorte les limites des limites du pouvoir discrétionnaire, elles résument les contours de celui-ci non seulement selon les textes, mais dans les réalités.

La répartition des compétences juridictionnelles entre les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et le Conseil d'Etat est une première source de difficultés et de découragement pour l'administré qui entend légitimement se faire rendre pleine et entière justice. Le contentieux qui relève de la compétence du Conseil d'Etat n'étant en principe que d'annulation (54) et non de pleine juridiction, il s'ensuit que la victime d'un excès de pouvoir, par exem-

ple un soumissionnaire irrégulièrement évincé du bénéfice d'une adjudication, ou un fonctionnaire abusivement privé d'une promotion à laquelle il avait une vocation prioritaire, ne pourra souvent être remplie de ses droits qu'après deux recours successifs, l'un devant le Conseil d'Etat, l'autre devant les tribunaux, avec le retard et les risques de contradiction entre décisions qu'implique ce double examen, dont le deuxième est confié à une juridiction non spécialisée dans le contentieux administratif.

Le Conseil d'Etat ne peut, d'autre part, se saisir d'office des actes administratifs annulables. Il ne peut en être saisi que par ceux qui ont, à l'annulation de ces actes, et qui conservent durant toute la procédure, un intérêt suffisamment personnalisé pour se distinguer de l'intérêt qu'a tout citoyen à ce que l'action administrative demeure conforme aux règles du droit. Pour qu'un acte administratif échappe à tout contrôle juridictionnel d'annulation, il suffit, dès lors, soit qu'il n'ait fait grief à personne en particulier, ce qui est rare mais nullement impossible, soit que sa victime, dépendant de l'administration d'une façon ou d'une autre, se soit sentie découragée, voire dissuadée, le cas échéant par des menaces ou des promesses, d'introduire un recours ou de persévérer dans un recours introduit. Certes, dans ce dernier cas, le Conseil d'Etat peut examiner les circonstances dans lesquelles le désistement est donné, afin de déterminer s'il est bien l'expression de la libre volonté du requérant (55) ou s'il n'est pas fondé sur des motifs illicites, auquel cas il est rejeté (56). Mais la preuve d'une collusion est difficile à faire, la répugnance à soutenir une requête pouvant, bien entendu, avoir des causes où l'administration n'est objectivement pour rien.

Des confidences reçues, des présomptions en partie intuitives, mais la plupart du temps invérifiables, permettent de penser que, surtout dans certaines administrations, le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat est souvent évité avec succès. On peut voir une confirmation indirecte de ce contentieux avorté dans la constatation que nombre de recours, dans le domaine de la fonction publique, sont le fait, soit de délégués syndicaux, soit d'agents agissant conjointement, soit enfin d'agents qui ont déjà introduit un recours précédemment et qui n'ont vraisemblablement plus grand'chose à perdre en «récidivant» (57).

Il est hautement probable aussi qu'à ceux que préoccupe avant tout l'efficacité à court terme, et en particulier aux milieux d'affaires, le contrôle juridictionnel de l'action administrative n'apporte que des satisfactions très incomplètes. Non seulement la procédure est inévitablement lente, mais le recours en annulation n'étant pas suspensif et le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ne pouvant être ordonné par le Conseil d'Etat, il arrive malheureusement plus d'une fois que les arrêts, lorsqu'ils sont rendus, n'ont plus, comme on l'a dit un peu cruellement, qu'un caractère «platonique» ou «académique», sauf à ce que la juridiction administrative soit simplement l'anti-chambre des cours et tribunaux.

Si l'on y ajoute, d'une façon plus générale, les difficultés d'exécution dont il a été question au cours d'un précédent colloque, il y a de quoi décourager des requérants en puissance et rendre, par conséquent, dans les faits, le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat moins général qu'il ne l'est «sur le papier».

Quant au contrôle des cours et tribunaux, nous en avons vu plus haut les insuffisances.

Pour toutes ces raisons, la qualité et la portée du contrôle du pouvoir discrétionnaire nous paraissent devoir être recherchées dans une complémentarité nécessaire entre le contrôle hiérarchique et de tutelle, d'une part, et le contrôle juridictionnel, d'autre part. Par la conscience dont elles témoignent de la contribution que leur jurisprudence peut apporter à l'action administrative et des conditions de cette contribution, notamment l'information, le réalisme et la clarté des décisions, les juridictions judiciaires et administratives ont la possibilité de compenser l'insuffisance relative de leurs moyens. Cela suppose naturellement que l'administration, du ministre au commis, accepte la nécessité du contrôle juridictionnel et se plie à ses conséquences, sans aller au-delà du droit qu'a tout plaideur de maudire son juge.

Cet effort de rencontre n'est pas facile. A défaut d'un minimum de déontologie dans ce sens, il ne faut toutefois pas se dissimuler que le contrôle juridictionnel ne peut espérer atteindre son but que très imparfaitement.

## NOTES

(1) Notamment André MOLITOR: «L'administration de la Belgique», Bruxelles 1974.

(2) Le professeur François RIGAUX écrit à juste titre: «Une conception libérale du rôle de l'Etat s'implante beaucoup plus naturellement, je dirais presque qu'elle est instinctive, chez un peuple pour lequel la notion d'Etat a historiquement été associée à une domination étrangère» («La science du droit au cours du dernier siècle en Belgique», in «Inchiesta di diritti comparato-6», Padoue 1976, p. 117).

(3) Les Nouvelles, Droit administratif, t. VI, «Le Conseil d'Etat», sous la direction de Marc SOMERHAUSEN et Féli-M. REMION, no 4.

(4) L'adoption, en 1899, du système électoral de la représentation proportionnelle a naturellement aussi contribué à cette évolution. Celle-ci a eu pour effet, comme le rappelle André MOLITOR (op.cit., p. 49), qu'aucun parti, depuis la fin de la première guerre mondiale, «n'a obtenu la majorité absolue et n'a donc pu constituer de gouvernement homogène», à une exception près: le parti social chrétien (P.S.C.) durant la législature 1950-1954.

(5) Pasicrisie, I,193.

(6) «Les limites du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives», in Rapports belges au VIIe Congrès international de Droit comparé, Bruxelles, C.I.D.C. 1966, p. 449.

(7) Jean DABIN: «Doctrine générale de l'Etat», Bruxelles 1939, p. 71, n°49.

(8) Voir notamment les définitions du Littré et du Robert.

(9) C'est en ce sens - propre - qu'on a pu dire que «le pouvoir discrétionnaire est ou n'est pas et qu'il ne comporte pas de degré», cfr. MOUREAU, op.cit., p. 449.

(10) Cassation, 12 mai 1932, Pasicrisie, I,166.

(11) Voir notamment les arrêts du Conseil d'Etat du 16 septembre 1975, n° 17.159 en cause VAN HASSEL et du 8 juin 1972, n° 15.340 en cause HENRY.

(12) Quant aux conséquences sur la compétence de l'autorité administrative, de la suspension de cette confiance, lorsqu'un gouvernement démissionnaire expédie les affaires courantes, voir l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 juillet 1975, n° 17.131 en cause de l'Association du personnel wallon et francophone des services publics.

(13) On oppose ici le domaine juridique au domaine matériel. Ce dernier s'est évidemment étendu en proportion des interventions de la puissance publique dans des secteurs d'activité de plus en plus nombreux.

(14) Voir notamment les arrêts du Conseil d'Etat des 18 février 1975, n° 16.879 en cause SEGERS et 6 juin 1975, n° 17.063 en cause FRANQUEN.

(15) Voir notamment les arrêts du Conseil d'Etat des 24 mai 1973, n° 15.888, Commune de Joncret et 28 mars 1974, n° 16.333, Commune de Brye.

(16) Voir notamment les arrêts du Conseil d'Etat des 14 mai 1974, n° 16.415, Province de Brabant, 30 mai 1974, n° 16.451, VERHEYEN et VANDESANDE et 30 juillet 1974, n° 16.604, Commune d'Etterbeek. Voir aussi l'arrêt du 24 mai 1975, n° 16.988, JASSELETTE.

(17) Ainsi que des travaux préparatoires de la loi du 6 août 1909 relative à la stabilité des emplois dépendant des établissements publics de bienfaisance et des monts de piété.

(18) «Traité de droit public belge», Paris, 1909, p. 221, § 148.

(19) Charles HUBERLANT, «Le contrôle des actes administratifs par les cours et tribunaux en Belgique», in Rapports belges au IXe Congrès international de Droit comparé, Téhéran 1974, p. 477.

(20) Parfois d'ailleurs sur les conclusions de l'administration elle-même lorsque, par exemple, l'application de l'une de ses circulaires la gêne dans un cas particulier (voir un tel exemple dans Bruxelles, 15 mars 1962, Bulletin des contributions, 1962,1810).

(21) La Cour de cassation ne soulève de moyen d'office qu'en matière pénale, en matière militaire et en matière fiscale, c'est-à-dire quand il ne touche pas seulement à des intérêts privés.

(22) Op. cit., p. 267, §179.

(23) Cfr. note 5.

(24) Journal des Tribunaux 1971, p. 689, et la note P. Maystadt. Dans des arrêts plus récents, la Cour a considéré comme susceptibles de constituer des fautes de l'administration le fait de fournir des renseignements erronés à un administré (4 janvier 1973, Pasicrisie, I, 434), le fait, pour un service du Ministère de la Défense nationale de diffuser un ordre général qui tant par ses énonciations qu'en raison de l'absence de réserves adéquates, induit en erreur les militaires auxquels il s'adresse quant aux avantages attachés à des emplois (20 juin 1974, Pasicrisie, I, 1083) ou encore la mise en disponibilité irrégulière d'une enseignante (7 novembre 1975, Rechtskundig Weekblad, 1976, col. 2413 et la note).

(25) Constitution, article 28 précité, et Code judiciaire, article 6.

(26) Cette procédure accusatoire est profondément ancrée dans les habitudes judiciaires. D'après les renseignements que nous avons obtenus, les parties en litige devant les juridictions du travail n'ont que très rarement recours aux pouvoirs inquisitoriaux que le Code judiciaire entré en vigueur le 1er novembre 1970 a conférés aux auditeurs du travail, d'ailleurs sur l'exemple de ceux que la loi du 23 décembre 1946 avait conférés au Conseil d'Etat.

(27) Article 95, alinéa 2.

(28) Depuis l'institution du Conseil d'Etat, trente-trois pourvois ont été introduits contre des arrêts, devant la Cour de cassation qui remplit en Belgique le rôle dévolu en France au Tribunal des Conflits. Cinq ont été accueillis (Voir les Nouvelles, op.cit. n° 2203).

(29) La matière des expropriations fournit un bon exemple de cette prudence (Voir Charles HUBERLANT, note sous Cassation, chambres réunies, 3 mars 1972, Revue critique de jurisprudence belge, 1973, pp. 435 à 472).

(30) Op.cit., p. 458.

(31) Qu'ont suivi plusieurs arrêts de même portée qui, l'évolution des mœurs et de la jurisprudence judiciaire aidant, ont définitivement dissuadé, semble-t-il, les autorités communales de s'immiscer aussi directement dans la police des spectacles.

(32) C.E., 9 mars 1976, n° 17.486, DENIS.

(33) N° 2269, du 13 mars 1953.

(34) N° 10.118, Société coopérative de locataires «Le Logis». Voir aussi les arrêts cités dans les Nouvelles, op.cit., n° 490.

(35) N° 16.488, Institut technique libre «Georges COUSOT».

(36) Arrêt du 21 février 1972, Faureins, Pasicrisie, I, 567.

(37) Voir notamment les arrêts du 26 août 1949, n° 115, FRANÇOIS, du 14 novembre 1949, n° 156, THIELEMANS, du 23 décembre 1949, FLAMME, etc.

(38) Le premier arrêt relevé en ce sens date du 13 février 1953, n° 2206, de ZURPELE.

(39) Les Nouvelles, op.cit., n° 1468.

(40) Le Conseil d'Etat, puîné tardif du système juridictionnel belge, n'avait de modèle national que judiciaire en matière de contrôle juridictionnel. Ce modèle ne pouvait que l'inciter à se poser en termes de formalisme les questions relatives aux motifs des actes et à s'enfermer dans le faux dilemme consistant à ne concevoir de contrôle de motivation que portant sur une motivation formelle et, par conséquent, d'extension du contrôle que par celle de l'obligation de motiver les actes en la forme.

(41) Voir, pour l'ensemble de ce chapitre, l'étude, à paraître, de Monsieur le Premier Président André MAST: «La motivation comme instrument du contrôle par le Conseil d'Etat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration», dont il a bien voulu nous permettre de disposer en manuscrit.

(42) N° 8477, Commune de Schoten.

(43) Il s'agit du principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

(44) Un arrêt du 6 mars 1964, n° 10.486, TREIGNER, attache la même présomption d'illégalité au refus du Ministre de la Défense nationale de révéler le motif pour lequel il n'avait pas admis un caporal dans le corps des sous-officiers de carrière. (45) Nous sommes ici dans le domaine de ce que, aux Pays-Bas, on appelle

le le contrôle «marginal» (de marginale toetsing). Un procédé de contrôle comparable sanctionne en France ce que la doctrine appelle l'erreur manifeste. Ainsi que l'écrit Monsieur le Premier Président MAST dans l'étude inédite qui vient d'être citée : «Il est contradictoire - donc manifestement erroné - qu'un arrêté royal doive être pris d'urgence alors qu'il dispose expressément qu'il n'entrera en vigueur que plus de sept mois après avoir été édicté».

Ajoutons que cette contradiction eût éventuellement été levée si le Gouvernement avait fait valoir une raison de publication urgente, fondée par exemple sur un délai de préavis de rigueur que les intéressés eussent dû respecter pour bénéficier de certains avantages et dont la longueur eût été fondée sur des raisons objectives. C'eût été le contrepois dont nous parlons.

(46) N°16.367, TUMILAIRE et FOERSTER.

(47) Voir les Nouvelles, op.cit., nos 1564 et suivants.

(48) Arrêt du 29 juin 1971, n° 14.859, RUMMENS.

(49) Arrêt du 22 mars 1956, n° 5.040, CHARLES.

(50) Arrêt du 4 juin 1951, n°906, DEMOLIN, et jurisprudence constante.

(51) Arrêt du 14 novembre 1961, VAN COILLIE.

(52) Voir les exemples mentionnés dans les Nouvelles, op.cit., nos 1543 et suivants.

(53) Arrêts du 18 octobre 1973, n° 16.056, GHESQUIERE, et du 2 septembre 1975, n° 17.141, VERCRUYSSSE, pour ne citer que la jurisprudence la plus récente.

(54) Sauf quelques compétences particulières et une compétence générale: celle en vertu de laquelle il peut, statuant en équité, accorder une indemnité en réparation d'un préjudice exceptionnel causé par les pouvoirs publics, lorsqu'il n'existe pas d'autre juridiction compétente.

Cette dernière compétence s'est évidemment réduite comme une peau de chagrin à mesure que la Cour de cassation étendait la compétence du pouvoir judiciaire en matière de responsabilité des pouvoirs publics (voir ci-dessus, note 24).

(55) Arrêt du 4 juin 1954, n°3.451, BEUGNIER.

(56) Arrêts du 10 mars 1966, n° 11.689, Commune de Tamines, et n° 11.690, Commune d'Auvelais.

(57) Les associations constituées pour la défense des intérêts professionnels de leurs membres n'ont pas qualité pour se substituer à ceux-ci dans la défense de leurs intérêts individuels (voir la jurisprudence citée dans les Nouvelles, op.cit., nos 1120 et suivants).