

III. REACTIE DOOR PROF. F. DELPEREE, U.C.L.

I. Le thème de la politisation, celui aussi de la *dépolitisation de l'administration*, est à la mode. Je n'en veux pour preuve que des travaux récents qui s'inscrivent directement dans le droit fil de nos préoccupations. Je pense à un article d'Herman Van Impe dans le dernier numéro du "Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en publiekrecht"; je pense au dernier numéro de la revue "Pouvoirs", sous le titre "Des fonctionnaires politisés?"; j'ai surtout à l'esprit les travaux de l'Institut international des sciences administratives, avec une contribution d'Hugo van Hassel sur "la neutralité des fonctionnaires".

Sur ce thème qui fait la une des journaux, qui retient l'attention du Conseil d'Etat, qui suscite des propositions de loi, que dire de neuf? Que dire de plus que nos rapporteurs? Mes remarques porteront sur deux thèmes précis. Le premier c'est celui du diagnostic, le second c'est celui des remèdes.

Sur le terrain du *diagnostic*, nos rapporteurs ont bien montré que la politisation de l'Administration n'est pas aussi tentaculaire qu'on voulait le dire et que les procédures de recrutement, via le Secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'Etat, étaient exemplaires.

Evidemment, le système de recrutement a ses failles. Elles sont bien connues. Il y a l'article 18 du statut des agents de l'Etat. Il y a les primonominations. Il y a les services publics qui ne recourent pas au S.P.R. Il y a les contractuels, qui, sous une forme ou sous une autre, apportent leur concours à nos Administrations.

Et puis, il y a les mécanismes de promotion; pour les agents du niveau 1, en particulier, le système de signalement a fait faillite. Ce qui donne aux autorités chargées de promouvoir les agents publics et de leur assurer un avancement convenable, un pouvoir discrétionnaire considérable.

Ce diagnostic est bien connu. Il me paraît cependant pouvoir être complété sur trois points.

a. Un premier phénomène me paraît sous-estimé. C'est la politisation qui est voulue et qui est organisée par la loi. La Constitution belge s'occupe évidemment d'assurer l'égalité des Belges, spécialement pour l'accès aux emplois publics. Mais elle se préoccupe aussi de préserver l'égalité des tendances idéologiques et philosophiques. Elle manifeste le souci de garantir, spécialement dans chaque communauté, un pluralisme suffisant. Est-ce que, de cette manière, l'égal accès des citoyens aux emplois publics ne se trouve pas compromis? Est-ce que les options politiques des candidats ne sont pas, en droit, prises en considération pour leur attribuer certains emplois?

J'attire ici l'attention sur la loi du 16 juillet 1973, dite loi relative au pacte culturel, dont l'article 20 est, trop souvent, passé sous silence. Que dit-il ? "En ce qui concerne les membres du personnel exerçant des fonctions culturelles dans les établissements et organismes culturels, le recrutement, la désignation, la nomination et la promotion... doivent se faire en tenant compte de la nécessité d'une répartition équilibrée des fonctions, attributions et affectations entre les différentes tendances représentatives..." Qu'est-ce que cela veut dire ? Sinon que, pour réaliser — au sein des services culturels — un pluralisme idéologique et philosophique, l'Administration peut, et à la limite, doit, réserver certains emplois aux tenants d'une opinion politique déterminée. La jurisprudence Lenaerts va même jusqu'à faire de l'appartenance à un mouvement d'idées déterminé un critère de sélection entre les candidats à un emploi public à la B.R.T.

Il n'est pas besoin de souligner que c'est entre les seules tendances représentatives que l'Administration assure ainsi une répartition équilibrée des fonctions ; avec cette conséquence qu'elle va peut-être exclure de l'exercice de ses fonctions les tenants d'un courant d'idées qui n'est pas représentatif dans sa communauté. C'est une forme de pluralisme. C'est une forme de politisation voulue par la Constitution et par la loi elle-même.

b. Nous avons tendance à raisonner en terme d'Administration nationale, communautaire ou régionale. Nous pensons naturellement aux grands services publics économiques et sociaux. Mais n'oublions-nous pas, du même coup, la multitude des administrations locales où la politisation, tant au niveau du recrutement qu'au niveau des promotions, paraît marquer des points importants ? Un des rêves de la société démocratique est de rapprocher, comme on dit, le pouvoir du citoyen, le pouvoir du fonctionnaire. J'ai tendance à croire que ce rapprochement n'est pas toujours souhaitable. Dans les administrations locales, là où les fonctions politiques et administratives sont interpénétrées, l'influence du politique est encore plus grande sur le fonctionnement de l'administration et sur le statut de ses agents.

c. Nos rapporteurs n'ont pas fait allusion aux commissions officieuses où des délégués des partis au pouvoir organisent une véritable bourse aux promotions. Chacun connaît pourtant l'histoire de la commission Dekens. Chacun connaît les commissions ad hoc qui ont été constituées au moment de la réforme de l'organisation judiciaire, spécialement quand il fallut constituer les cours et tribunaux du travail. Chacun connaît le système des points attribués à un ensemble de fonctions : secrétaires généraux, fonctionnaires généraux de ministères, dirigeants de parastataux, gouverneurs de province... On nous annonce régulièrement que ces questions font l'objet de délibérations dans des réunions rassemblant les chefs de partis au pouvoir et les principaux ministres, quand ce n'est pas le Conseil des ministres lui-même. La technique du *package deal*, qui vise à assurer une répartition équitable des nominations entre les formations politiques au

pouvoir a été décrite dans des pages restées célèbres de l'ouvrage d'André Molitor sur "L'Administration de la Belgique".

Si encore le système conduisait à recruter, parmi les plus compétents, ceux qui ont également une fibre politique particulière, nul ne trouverait à y redire. Où le système ne va plus, c'est quand il conduit à donner la faveur à des hommes incompetents, et cela pour des raisons politiques.

J'en viens aux *remèdes*.

a. Les rapporteurs ont examiné un ensemble de propositions de loi qui ont pour objet d'assurer la dépolitisation des recrutements dans la fonction publique. Ils signalent, en particulier, la proposition Weckx qui prévoit que "nul ne peut être recruté dans les services publics que s'il est classé en ordre utile à un concours qui sera organisé par le secrétaire permanent au recrutement". La proposition devrait s'appliquer à l'ensemble des services publics.

N'aurait-il pas fallu se livrer à une analyse juridique un peu plus critique de pareille proposition de loi? La proposition Weckx paraît bien en contradiction avec plusieurs dispositions constitutionnelles. La Constitution établit un régime de séparation des pouvoirs. Le pouvoir exécutif règle lui-même son organisation, son mode de fonctionnement, le recrutement de ses agents. Chacun connaît l'article 66, al. 2 de la Constitution. En vertu de cette disposition, il appartient au Roi de créer et d'organiser les services de l'Administration générale et d'établir le statut des agents qui composent cette administration. Le Conseil d'Etat a souligné, à de multiples reprises, que l'organisation des services de l'Etat était la prérogative du pouvoir exécutif et que le Roi pouvait à cet égard arrêter les mesures d'ordre général propres à assurer le recrutement et l'avancement des agents de l'Etat. La doctrine partage cette même préoccupation.

La section de législation du Conseil d'Etat l'a rappelé à plusieurs reprises. La proposition Weckx vide de sa substance l'article 66, al. 2 de la Constitution au terme duquel il appartient au Roi de nommer aux emplois d'administration générale et de relations extérieures.

De la même façon, la proposition Weckx veut s'appliquer aux régions, aux communautés et à leurs institutions. Chacun sait que la loi spéciale de réformes institutionnelles impose que le personnel de l'administration des exécutifs communautaires et régionaux soit recruté par l'intermédiaire du Secrétariat permanent de recrutement du personnel de l'Etat. Mais il n'en va pas de même pour le recrutement du personnel des établissements publics qui dépendent de la communauté ou de la région; pour ce personnel, le mode de recrutement est fixé par l'Exécutif communautaire ou régional, avec l'accord du Ministre de la fonction publique.

L'intention serait-elle de subordonner le vote de la proposition à la réunion d'une majorité spéciale?

Ajoutons encore que la proposition vise aussi les magistrats qui seraient tous recrutés par concours. Est-elle compatible avec les articles 100 à 106 de la Constitution ?

Tout ceci nous montre que le législateur n'est pas seul en cause. Qu'on le veuille ou non, l'Exécutif est aussi responsable. Il lui appartient de fixer les règles de sa propre discipline.

b. Les rapporteurs ne s'interrogent pas sur le rôle respectif des membres des cabinets ministériels et des fonctionnaires. Chacun connaît pourtant les dispositions réglementaires qui fixent les principes de composition et de fonctionnement des cabinets ministériels. Une équipe de sept membres ne saurait évidemment empiéter sur les attributions de l'Administration. Mais toutes les enquêtes, tous les cahiers de la Cour des comptes, tous les bulletins de réponses parlementaires démontrent que les circulaires et les règlements pris en ce sens dans le passé ont été inopérants.

N'y aurait-il pas lieu demain de mieux distinguer les tâches qui reviennent au ministre et à son équipe de collaborateurs immédiats, d'une part, et aux services de l'administration générale, d'autre part ?

c. Dernière remarque. L'Administration et ses fonctionnaires échappent aujourd'hui au Parlement. Non seulement parce que celui-ci ne peut pas légiférer dans une matière qui est celle du statut des fonctionnaires, comme on l'a montré. Mais surtout parce que le Parlement se désintéresse de sa fonction de contrôle de l'Administration et de contrôle de ses personnels. Elle s'en remet aveuglément au ministre du soin de gérer les départements ministériels. Il faut alors l'une ou l'autre bavure, un scandale, une affaire de corruption pour rappeler que tout n'est pas parfait dans le domaine de l'Administration.

Nos parlementaires ne pourraient-ils pas se soucier un peu plus de la gestion des services publics ? La question de la dépolitisation de l'administration ne pourrait-elle pas retenir un peu plus leur attention ? Sur ce point, ma conclusion est simple. N'y a-t-il pas une politisation voulue par la loi ? N'y a-t-il pas une politisation — limitée — mais inévitable ? Le droit s'inscrit dans la politique. S'il ne le fait pas, c'est la politique qui s'inscrit dans le droit ! Ne faut-il pas prendre les devants ?

II. Le thème de la *répartition des compétences internationales* de l'Etat, des Communautés et des Régions est également à l'ordre du jour. Les rapporteurs ont lu la littérature juridique qui était publiée à ce sujet. Il y a bien quelques lacunes : ils ne citent pas l'étude de Paul De Visscher dans les mélanges Omer De Raeymaecker, les études offertes au même professeur De Visscher — avec des articles de François Rigaux et de moi-même —, les travaux du Grand Liège sur les dimensions internationales de la Communauté française, ou des publications récentes de la Revue belge de droit international et de droit comparé. J'en passe et des meilleures...

Mais, pour l'essentiel, l'inventaire et complet. Nous sommes donc à pied d'oeuvre.

Dans une étude de ce genre, il convient, me semble-t-il, d'éviter trois *écueils*.

a. Le premier écueil, c'est celui de la *théorie générale de l'Etat*. La tentation est grande de poser le problème sur le terrain des principes. Pour savoir si les communautés et les régions peuvent agir sur le terrain international, ne peut-il pas d'abord se demander si ces collectivités politiques disposent en tout ou en partie de la personnalité internationale? J'ai tendance à croire que c'est une fausse question et qu'elle ne peut donc fournir que de fausses réponses. Voyons les raisonnements. Pourquoi les communautés et les régions ont-elles, disent certains, la personnalité internationale? Mais parce qu'elles peuvent faire des traités. Et pourquoi peuvent-elles faire des traités? Parce qu'elles ont la personnalité internationale. D'autres répliquent: pourquoi les communautés et les régions n'ont-elles pas la personnalité internationale? Parce qu'elles n'ont pas le droit de faire des traités. Et pourquoi n'ont-elles pas ce droit? Mais parce qu'elles n'ont pas la personnalité internationale! Ces raisonnements circulaires me paraissent reposer sur des pétitions de principe et n'apportent rien au débat juridique.

b. Le deuxième écueil, c'est celui du *droit constitutionnel comparé*. Ouvrons les fenêtres, dit-on. Regardons ce qui se fait ailleurs. Interrogeons les Constitutions étrangères, spécialement celles des Etats fédéraux ou des Etats régionaux. Et peut-être des leçons vont-elles se dégager qui pourraient s'imposer dans le cadre de notre système constitutionnel. C'est la démarche qu'a suivie le Centre d'études pour la réforme de l'Etat auquel j'ai participé pendant plus de deux ans — en organisant une enquête auprès de nos ambassades à l'étranger —. c'est la démarche qu'empruntent aussi les rapporteurs. Et nous voici partis pour "l'exploration du monde" dans des paysages idylliques: Yougoslavie et Canada, pour citer les plus lointains, Italie, Espagne ou Allemagne, pour citer nos partenaires européens, sans oublier la Suisse terre de prédilection pour toute réflexion fédéraliste.

N'y a-t-il pas ici confusion des genres? La connaissance des droits étrangers est importante sur un plan scientifique. Elle peut susciter l'imagination des juristes ou des politiques pour inventer de nouvelles solutions. Mais elle est sans aucune portée quand il s'agit d'interpréter le droit en vigueur dans notre pays. Peu m'importe de savoir comment se comportent les peuplades des îles Fidji. J'ai déjà assez à faire avec les communautés qui peuplent la Belgique...

c. Le troisième écueil, c'est celui du *droit international public*. Plutôt que de chercher des solutions dans le contexte national, pourquoi ne pas nous

demander s'il n'existe pas une norme internationale qui apporterait réponse à toutes les questions que nous nous posons au niveau national? La convention de Vienne sur le droit des traités ne peut-elle pas être invoquée? Ne dit-elle pas, elle, qui peut faire des traités, qui peut présenter l'Etat, qui peut agir sur le plan international? Les rapporteurs n'ont pas non plus négligé cette piste, en s'interrogeant sur des accords conclus par la Communauté française avec diverses autorités étrangères. Font-ils ou non partie des traités, au sens où la Convention de Vienne utilise cette expression?

Mais est-ce là une piste utile? Comme l'écrit, dans le numéro le plus récent de la Revue de droit international et de droit comparé, le Procureur général Ganshof van der Meersch, l'ordre juridique international ne se préoccupe pas de l'aménagement des compétences au sein de l'Etat. C'est le droit constitutionnel interne qui va réglementer la conduite des relations internationales. Et l'auteur d'ajouter: "Ici, la structure décentralisée de l'Etat peut influencer la conduite des relations internationales; les entités fédérées peuvent concourir sous une forme ou sous une autre à la formation de la volonté fédérale dans les matières internationales; elles peuvent même accéder directement au commerce juridique international". Là, au contraire, elles n'ont pas accès à la scène internationale.

Les travaux préparatoires de la convention de Vienne eux-mêmes confirment cette interprétation. Ils indiquent que la capacité pour les Etats membres d'une union fédérale de s'engager sur le plan international et au besoin de conclure des traités existe pour autant que la constitution fédérale reconnaisse cette capacité et qu'elle en détermine les limites. Qu'est-ce que cela veut dire? Sinon que la société internationale laisse à chaque Etat le soin d'établir le régime institutionnel qui répond le mieux à ses aspirations, à ses intérêts, à ses projets politiques. En d'autres termes encore, la réponse ne sera pas à chercher dans l'ordre international. La réponse n'est à trouver que dans l'ordre constitutionnel de la Belgique.

Que dit la Constitution belge? Je voudrais vous soumettre à ce sujet *trois réflexions*.

a. La première portera sur l'avant 1980. Avec mes collègues André Vanwelkenhuyzen, Karel Rimanque et Herman Van Impe, j'ai fait partie du collège des juristes qui, répondant aux invitations du gouvernement, a examiné en 1975 la question de savoir si l'article 59bis de la Constitution qui donne aux communautés la possibilité de régler la coopération culturelle internationale dérogeait à l'article 68 de la Constitution. Avec les autres membres du collège, j'ai considéré que l'article 59bis ne dérogeait pas à l'article 68, al. 1er qui donne au Roi — et au Roi seul — le droit de faire des traités. Mais que par contre, la compétence reconnue à la Communauté dérogeait à l'article 68, al. 2 — je souligne: al. 2 — qui permet aux Chambres législatives de donner leur assentiment aux traités établis

par le Roi. Il allait donc de soi, pour nous, que les accords culturels requéraient désormais l'assentiment des conseils de communauté et non plus celui des Chambres législatives. Cette thèse n'a pas fait l'unanimité et n'a pas convaincu, par exemple, mon collègue Jan De Meyer. Mais cette controverse est aujourd'hui dépassée. La déclaration de révision de la Constitution du 14 novembre 1978 permettait la révision de l'article 68 de la Constitution. L'insertion d'un article 59bis sur la coopération internationale dans le domaine des matières personnalisables était, dès ce moment, conçue comme devant se situer dans le domaine de l'assentiment aux traités.

L'insertion dans la loi spéciale du 8 août d'un article 16 ne fait que concrétiser cette intention constitutionnelle. Si un doute pouvait exister au départ, il n'y a plus place, en tout cas, pour des contestations sur ce point constitutionnel. Les Conseils de Communauté donnent leur assentiment aux traités qui sont faits dans les matières culturelles, dans les matières personnalisables ou dans les matières de l'enseignement.

b. Deuxième observation, dans l'après 1980, c'est-à-dire à une époque où les Exécutifs sortent du gouvernement national et sont responsables devant leur assemblée. Des voix se font entendre dès ce moment, pour réclamer non seulement le droit d'assentiment, mais aussi le droit de traiter. Certains disent que l'Exécutif de communauté doit présenter au Conseil communautaire l'accord culturel qui est soumis à son assentiment. Comment veut-on que cet exécutif communautaire réponde d'actes qui ne sont pas les siens mais ceux du gouvernement national ? Comment veut-on que l'exécutif réponde de la politique culturelle internationale, s'il n'a pas en ce domaine une liberté totale d'initiative ? Cette position ne m'a jamais paru défendable. Pour une raison simple. Elle s'oppose au prescrit clair de l'article 68, al. 1er de la Constitution qui n'a pas été révisé et qui ne peut en aucune manière être affecté par les dispositions d'une loi spéciale. Une loi spéciale doit respecter la Constitution : c'est le principe de la hiérarchie des règles de droit.

On ne s'interroge pas suffisamment sur la signification de la procédure d'assentiment. L'assentiment communautaire, quelle est sa signification ? L'assentiment donne à la Communauté la faculté de se prononcer sur l'insertion ou au contraire sur l'exclusion de l'ordre juridique qui est le sien, d'engagements qui ont été souscrits par le Roi au nom de l'Etat, dont la communauté n'est qu'une composante. De cette manière, l'assentiment permet à la communauté de donner ou non effet aux engagements internationaux de la Belgique.

L'assentiment représente en quelque sorte cette clause fédérale qui permet à la communauté d'ouvrir ou de fermer ses frontières à des engagements qui auraient été pris pour elle par l'Etat belge.

c. La troisième réflexion portera sur le *de lege ferenda*. Je ne comprends pas pourquoi un sort différent a été fait en 1970 aux communautés et en 1980 aux régions. Je ne comprends pas pourquoi le pouvoir d'assentiment laissé aux communautés n'est pas en même temps octroyé aux régions. Je ne comprends pas, spécialement pourquoi, du côté flamand — là où communauté et région se confondent —, un même régime international n'est pas octroyé aux initiatives des uns et des autres.

Je formerai le souhait de voir mieux définir les formes d'association des communautés et des régions aux négociations internationales. Avouons que les textes sont sibyllins. Ils ont donné lieu à des pratiques qui ne respectent pas toujours l'autonomie des communautés et des régions et réduisent la participation des exécutifs communautaires et régionaux à une participation de la préparation lointaine d'une négociation internationale à venir.

L'analyse juridique aboutit à refuser aux communautés comme aux régions le droit de faire des traités en lieu et place du chef de l'Etat et donc du gouvernement national. Mais n'y a-t-il pas d'autres moyens pour donner à une action une dimension internationale ?

Nous avons parlé "traités". Mais l'action internationale peut aussi être une action unilatérale, et à ce sujet la Constitution est particulièrement discrète. Un exécutif peut prendre des initiatives, envoyer des missions, nouer des relations, inviter des délégations étrangères : la Constitution ne fait pas obstacle à ces modes d'action.

Il y a la représentation internationale de la Belgique. Mais pourquoi n'y aurait-il pas la représentation internationale des communautés et des régions à travers, par exemple, des attachés culturels ou des attachés commerciaux, au sein de nos postes diplomatiques ?

Il y a les traités internationaux. Mais à côté de cela, il y a les accords politiques, il y a les accords de droit privé, il y a les engagements qui ne s'inscrivent pas dans les termes d'un traité.

J'ai tendance à croire qu'il y a là un vaste domaine qui est ouvert aux interventions des communautés et des régions.

Une donnée fondamentale paraît s'imposer au terme de la réflexion. Il n'y a pas de parallélisme entre la distribution interne et le partage externe des compétences en droit belge. L'Etat est dessaisi dans l'ordre interne de certaines de ses attributions. Il n'y a pas tout à fait renoncé dans l'ordre externe. D'où cette question essentielle. Le développement des relations extérieures de l'Etat n'est-elle pas de nature à porter atteinte au développement du droit communautaire ou du droit régional ?

La réponse ne s'inscrit pas dans les textes de la Constitution. Elle se construira dans un certain nombre de pratiques que les différentes parties intéressées seront capables de concevoir et de mettre en oeuvre. En d'autres termes, il ne faut pas réviser la Constitution. Mais il faut rédiger un

code de bonne conduite sur les relations extérieures de l'Etat des communautés et des régions. Il faut se concerter. Il faut se parler. C'est aussi pour cela que je suis ici aujourd'hui.