

Les Cahiers de droit



FRANÇOISE LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 pages, ISBN 2-8027-0520-2.

Patrick Robardet

Volume 33, Number 2, 1992

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043155ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043155ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Robardet, P. (1992). Review of [FRANÇOISE LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 pages, ISBN 2-8027-0520-2.] *Les Cahiers de droit*, 33(2), 646–649.
<https://doi.org/10.7202/043155ar>

- l'assistance aux entreprises privées d'intérêt général ;
- la responsabilité de l'Administration.

La comparaison du droit canadien et québécois avec le droit belge est intéressante à plusieurs points de vue.

Tout d'abord, la présentation de l'organisation de l'Administration belge révèle des aspects de la décentralisation territoriale et de la décentralisation par services que nous connaissons ici, à la différence que certaines institutions n'ont pas de correspondance chez nous : c'est le cas des régions, des communautés et des provinces. Hélas, l'ouvrage préparé avant la grande réforme de 1988 ne traite pas de l'organisation administrative des régions (Flandres-Bruxelles-Wallonie) et des communautés (flamande-wallonne).

Le tome II est également susceptible de retenir l'attention des comparatistes, principalement dans le cas du livre VI qui traite des contrats administratifs. Le lecteur remarquera particulièrement que la jurisprudence belge a admis la théorie de la mutabilité des contrats administratifs. L'Administration peut, dans certaines circonstances, lorsque l'intérêt général l'exige, modifier unilatéralement un contrat ou même le résilier, sous réserve d'une indemnisation qui doit être versée au cocontractant. La jurisprudence reconnaît aussi le droit pour ce dernier à l'équilibre financier. Au Canada le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale doit être expressément prévu par la loi ou les textes, ce qui est assez fréquent mais n'est habituellement exercé qu'à titre de sanction. L'étude de l'interaction des dispositions du *Code civil belge* et des règles du droit administratif s'avère elle aussi intéressante.

L'auteur consacre le livre II au régime administratif de la propriété privée, synthèse intéressante où l'on retrouve des développements sur l'expropriation, les réquisitions, les servitudes d'utilité publique, l'aménagement du territoire et l'urbanisme et le domaine public. On a malheureusement tendance à reléguer aux branches spécialisées du droit administratif l'étude des règles et des

principes généraux de ce domaine d'intervention de la puissance publique si important qu'est l'aménagement du territoire et l'urbanisme ; autrefois le droit municipal, dans la société traditionnelle, était beaucoup plus valorisé.

Enfin, le lecteur saura trouver matière à réflexion dans le livre IX consacré à la responsabilité de la puissance publique, un secteur du droit administratif en pleine effervescence dans notre pays. Certaines solutions de la jurisprudence belge semblent s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État français : c'est le cas notamment de savoir si l'illégalité d'une décision administrative est nécessairement constitutive de faute. On se rappellera que la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada ont eu à se pencher sur cette question en 1991 dans l'arrêt *Maska Auto Spring* (voir notre article : « La responsabilité de la puissance publique : du clair-obscur au nébuleux », (1991) 32 C. de D. 745-761).

Les comparatistes ont plutôt tendance à consulter les ouvrages de droit administratif français, mais la connaissance du droit belge présente aussi un intérêt certain. L'ouvrage de M.-A. Flamme est facile d'accès et en donne une bonne vue d'ensemble. Il est par ailleurs extrêmement bien présenté, avec une excellente table des matières et un index analytique.

PATRICE GARANT
Université Laval

FRANÇOISE LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 309 pages, ISBN 2-8027-0520-2.

L'ouvrage de Françoise Leurquin-de Visscher, publié dans la collection du Centre (belge) d'études constitutionnelles et administratives dirigé par le doyen Francis Delpérée, vise à présenter le régime juridique de la dérogation dans le droit positif belge. L'ouvrage privilégie deux dimensions : l'interprétation juridique et l'élaboration du droit positif. L'auteure aborde en effet deux

grandes questions : la dérogation en tant que « réponse à un conflit de règles » (première partie) et la dérogation en tant que « fruit de la mise en œuvre d'un pouvoir » (seconde partie). Si elle a ainsi d'abord traité des effets d'une règle dérogatoire, avant d'étudier la genèse d'une telle règle, c'est, dit-elle, parce que les « règles juridiques qui provoquent un effet dérogatoire [...] ne sont identifiables que par l'effet qu'elles produisent » (p. 6). Ce plan s'explique aussi par une démarche très pédagogique « qui vise à saisir l'opération de déroger en elle-même de façon à fournir les éléments conceptuels adéquats pour systématiser ses multiples expressions et pour guider le titulaire de la fonction normative dans son utilisation » (pp. 6-7).

La première partie est donc consacrée à la production d'effets dérogatoires par une règle de droit. Pour la compréhension, allons toutefois à la définition de la dérogation donnée à la fin de l'ouvrage (p. 287) : « la dérogation est l'opération juridique qui consiste à établir une règle de droit qui a pour effet de restreindre le domaine d'application d'une autre règle de droit ». L'auteur envisage ainsi la notion juridique de dérogation en tant qu'atteinte à une règle écartée (pp. 50, 55, 56), destinée à permettre l'application d'une règle et à résoudre un conflit entre leurs domaines matériels d'application. De fait, la dérogation n'est pas étudiée du point de vue du conflit de lois relevant de souverainetés différentes ou d'une loi antérieure et d'une loi postérieure ; l'auteur ne s'intéresse qu'au conflit matériel déterminé, comme « une tragédie classique », par une triple unité de lieu (une souveraineté unique), de temps (le « critère de simultanéité d'applicabilité » de deux normes (p. 34)) et d'action (le critère fonctionnel, de la fonction du « droit intermatériel [qui] est de garantir la cohérence entre les diverses règles de droit d'un même ordre juridique » (p. 37)).

La démarche suivie dans cette première partie consiste à mettre en évidence la source des effets dérogatoires. L'auteur passe ensuite en revue les règles de règlement du conflit de deux normes applicables simultanément, pour en arriver à une définition de la

notion de dérogation. Cette définition est élaborée sous trois éclairages : l'étymologie (et le droit romain), l'histoire et le droit. De manière très fouillée, Mme Leurquin-de Vischer cerne la dérogation, en tant que limitation du champ d'application de la norme ainsi écartée, en la comparant à deux autres opérations : la suspension, qui « frappe la règle dans son applicabilité » (p. 57) et l'abrogation. Ayant défini la dérogation en tant que règlement d'un conflit entre deux règles, l'auteur analyse ensuite (chapitre II de la première partie) les éléments constitutifs de l'effet dérogatoire : présence de deux règles de droit, applicables et relevant d'un même ordre juridique, et en partie inconciliables (pp. 65-98). De cette matière, on retiendra une analyse fouillée des conditions de non-application de règles juridiques, notamment de la technique de la dispense (qui ne fait qu'entraver l'application d'une règle sans soumettre la situation de fait visée à une autre règle, qui est la règle dérogatoire), et des règles, en droit belge, d'interprétation de règles dérogatoires. Ce point permet d'ailleurs un rapprochement avec le régime d'application au Canada des normes constitutionnelles et quasi constitutionnelles de protection des droits et libertés. L'auteur rappelle que le principe d'interprétation restrictive ne vaut pas nécessairement quand la règle dérogatoire vise à « corriger la mauvaise détermination de l'hypothèse de la règle à laquelle il est dérogé et non [à] exclure l'application du droit commun à certains cas particuliers » (p. 95).

Cette observation sur le caractère instrumental de la dérogation permet d'aborder la seconde partie de l'ouvrage qui est plus volumineuse (190 pages) que la précédente et porte sur « la dérogation, fruit de la mise en œuvre d'un pouvoir ». Cette seconde partie, consacrée à « la dérogation en tant que manifestation de l'activité de déroger » (p. 101), traite du pouvoir d'action de la puissance publique et est centrée sur le pouvoir de déroger. L'analyse, alors divisée entre « le pouvoir de déroger d'initiative » et « le pouvoir de déroger sur habilitation », permet à l'auteur de préciser le régime des actes dé-

rogatoires. Elle expose des arguments familiers, que l'on peut résumer en une double idée : la dérogation permet au législateur de tenir compte de la disparité des situations de fait, et la délégation de pouvoirs permet à un État moderne de fonctionner.

Le lecteur se heurte alors à une difficulté malheureuse due à la terminologie utilisée. Le « pouvoir de déroger d'initiative », notion qui fait partie de la « terminologie spéciale » (p. 102) de l'auteur, est aussi désigné comme « pouvoir d'exception », afin de le distinguer « de celui qui trouve à s'exercer sur base d'habilitation spéciale qui, lui, sera qualifié de « pouvoir de dérogation » » (p. 102). Cette apparente confusion se complique inutilement de l'emploi du mot « exception » « pour viser la règle qui trouve son fondement dans un pouvoir revenant de plein droit à son auteur » et du mot « dérogation » « pour désigner la règle dont le fondement juridique est une habilitation à déroger » (p. 102), lors même que certains auteurs associent l'exception à une règle qui « dispose par voie normative » (sous-entendu : de portée générale) et la dérogation à une règle qui « dispose pour des cas particuliers ou d'espèces » (donc, à des dérogations individuelles), comme le souligne l'auteur mais sans y adhérer. C'est finalement sur les notions de *voie générale* et de *voie individuelle* que l'auteur bâtit son analyse des manifestations et du régime du pouvoir de déroger d'initiative (identité des titulaires ; mise en œuvre du pouvoir ; problématique de la nature de l'acte législatif par rapport à la dérogation de nature individuelle ; contraintes constitutionnelles en matière de droits et libertés ; étendue du pouvoir réglementaire des autorités administratives ; opposabilité à celles-ci des normes qu'elles produisent ; régime de l'acte individuel ; principe de légalité et principe d'égalité). En ce qui concerne le pouvoir de déroger sur habilitation, l'étude s'arrête à l'habilitation elle-même en tant que source (objet, fondements, forme), puis aborde ensuite ses limites et sa mise en œuvre. De l'ensemble des éléments exposés, retenons plusieurs idées d'intérêt pour le juriste d'ici.

L'auteur reconnaît que l'idée « d'arriver à justifier toutes les habilitations à déroger, quelles que fussent les autorités qui en décident (constitutionnelle, législative, décrétole ou administrative), à l'aide d'une seule et même théorie » (p. 175) est irréalisable. Voilà de quoi reconforter les publicistes d'ici, *common lawyers* pétris à l'absence d'une théorie générale du droit public. L'analyse du régime de la délégation et de la sous-délégation du pouvoir de déroger intéressera le comparatiste, comme c'est le cas du contrôle juridictionnel et de la démarcation du droit administratif belge par rapport au droit administratif français.

Mais surtout, l'étude de la mise en œuvre du pouvoir de déroger sur habilitation amène l'auteur à examiner « le problème du respect des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination » (p. 214), lequel représente et un point fort des développements y consacrés (pp. 214-282) et une problématique susceptible de faire l'objet d'une comparaison avec le droit canadien et québécois. La Belgique a en effet créé en 1984 une Cour d'arbitrage chargée notamment d'assurer le respect des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination énoncées dans la Constitution belge. Dès lors, le rapprochement s'impose avec la situation canadienne régie depuis 1982 (et 1985 pour son article 15) par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la mission de la Cour suprême du Canada en tant que gardienne des droits et libertés. S'ajoute, toujours pour la Belgique, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relativement aux clauses dites *échappatoires* qui permettent aux États signataires de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950*, d'interférer avec les droits et libertés protégés. Cette problématique permet à l'auteur d'élargir les éléments du régime juridique de l'acte dérogatoire en y incluant une dialectique de la dérogation et de l'égalité et les critères d'un contrôle juridictionnel de la portée des actes dérogatoires. De manière non surprenante, Mme Leurquin-de Visser en arrive à proposer que « les exigen-

ces de légitimité, de nécessité et de proportionnalité » définies par la Cour européenne guident et le législateur belge et la Cour d'arbitrage de ce pays. Voilà un terrain familier pour les juristes à l'ici, auxquels il serait impertinent de rappeler les grands arrêts rendus par la Cour suprême du Canada en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne.

Signalons, enfin, à l'attention plus particulière des personnes intéressées par le droit administratif comparé, les développements consacrés à la mise en œuvre du pouvoir de dérogation par l'administration : là encore, des pistes de réflexion nous sont offertes en matière de contrôle juridictionnel des motifs, de l'objet d'un acte dérogatoire — notamment en ce qui concerne l'idée selon laquelle les dispositions de cet acte ne doivent pas « dénaturer le contenu de la règle affectée de dérogation » (p. 259) — des buts de cet acte — particulièrement en liant l'intérêt général à l'objet de l'acte pour exiger qu'il soit proportionné aux objectifs (pp. 266-267) — et du respect des règles constitutionnelles (belges) d'égalité et de non-discrimination (pp. 268-278).

Cet ouvrage mérite quelques observations complémentaires. Il est regrettable qu'il n'accorde aucune place aux liens à faire avec la dérogation en droit privé, ne serait-ce que parce que cette dernière est aussi problématique en matière de droits et de libertés. Que ce soit dans le commerce juridique privé ou en matière d'exercice de pouvoirs publics, la portée de la dérogation demeure problématique par rapport aux droits fondamentaux, car, comme le souligne l'auteur, ces droits sont indéterminés (p. 83) ; ici encore, une analogie est à établir avec le droit canadien ; c'est aussi le cas pour l'appel fait aux règles d'interprétation afin de régler un conflit entre deux règles. La portée de l'analyse demeure toutefois limitée car la dérogation n'a pas été étudiée par l'auteur dans la perspective du conflit de lois relevant de souverainetés différentes ou d'une loi antérieure et d'une loi postérieure.

Pour conclure, la lecture d'un ouvrage de droit public belge, « qui se voudrait une con-

tribution à la théorie générale de la loi » (p. 7), rafraîchit le sujet. Le droit public belge, malgré des emprunts au droit administratif français (notamment la création d'un Conseil d'État), permet de relativiser le statut de modèle (prétendu) de ce dernier : relire (sans vouloir ici ironiser) Jean Rivero, « Le Huron au Palais-Royal », *D.*, 1962, p. 37. Quoi qu'il en soit, sur le plan formel, l'ouvrage respecte la division bipartite d'une thèse, ce qu'il est d'ailleurs. Si la terminologie entraîne parfois des difficultés conceptuelles inutiles, comme nous l'avons déjà indiqué, la démarche générale de l'auteur, par contre, demeure très pédagogique. Son ouvrage est généralement bien écrit quoique le style soit lourd à l'occasion.

PATRICK ROBARDET
Québec

ANDRÉ MOREL, *Code des droits et libertés*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, 375 pages, ISBN 2-920376-88-8.

Au début de 1991, la Société Thémis faisait paraître en librairie la quatrième édition de son *Code des droits et libertés*. Réunis par le professeur montréalais André Morel, les textes qui forment ce code « constituent la trame essentielle de la protection des droits et libertés fondamentales au Québec ».

La première partie du *Code des droits et libertés* est composée des textes législatifs canadiens et québécois destinés à la protection des droits de la personne. La *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Déclaration canadienne des droits*, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et la *Charte des droits et libertés de la personne*, mieux connue sous l'appellation de Charte québécoise, s'y retrouvent intégralement. Quelques dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, des règlements, ordonnances et directives de la Commission canadienne des droits de la personne et le règlement québécois sur les programmes d'accès à l'égalité complètent ce premier volet du Code.