

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelle(s) leçon(s) ?

Nihoul, Marc

Published in:

L'article 159 de la Constitution

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2010, Quelle(s) leçon(s) ? dans *L'article 159 de la Constitution : le contrôle de légalité incident*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, pp. 453-466.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

QUELLE(S) LEÇON(S) ?

CONCLUSIONS

LEGALITE, SECURITE, EFFICACITE VERS UNE REVISION DE L'ARTICLE 159 DE LA CONSTITUTION ?

Marc NIHOUL

Professeur aux F.U.N.D.P. Namur

Directeur du centre de recherches PROJUCIT

Avocat au barreau de Bruxelles

*« (...) l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure »
COUR DE CASSATION¹*

1. L'article 159 de la Constitution est probablement « *la pierre constitutionnelle angulaire* » du droit administratif belge. C'est essentiellement lui qui a permis l'émergence d'un contrôle juridictionnel sur les actes administratifs et probablement, dans la foulée, sur les actes publics au sens large des termes en Belgique. Plusieurs théories fondamentales du droit administratif ont trouvé leur fondement – et parfois

¹ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761.

leurs limites – dans cette disposition constitutionnelle². Mais voilà qu'aujourd'hui la règle fondatrice paraît dépassée par l'évolution qu'elle a elle-même initiée. Cela se perçoit dans la manière dont l'article 159 est associé aux principes généraux du droit, en doctrine comme en jurisprudence.

Les formules d'association sont nombreuses : la parentalité lorsqu'un principe est identifié comme découlant de l'article 159 ; la parenté, plus largement, lorsque l'article 159 est rattaché à un principe comme s'il relevait d'une famille déterminée ; la filiation lorsque l'article 159 est perçu comme une simple application d'un principe du droit plus général.

Tantôt, il est ainsi affirmé, par exemple, que le principe de légalité ou celui de la hiérarchie des normes, non autrement formulé de manière générale ou particulière dans la Constitution, découlerait de son article 159³.

Tantôt, il est énoncé que l'article 159 de la Constitution « se rattache directement au principe général du droit, de la séparation des pouvoirs »⁴.

Tantôt encore et surtout, pour ce qui est du sujet qui retient notre attention, il est affirmé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 2003 et dans plusieurs conclusions du ministère public, que « le contrôle de la légalité des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, confié au juge par l'article 159 de la Constitution, ne constitue qu'une application particulière du principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure »⁵⁻⁶.

² V. sp. sur ce point la contribution de F.-X. BARCENA.

³ V. par exemple C.E., *Courtois*, n° 192.200, 2 avril 2009. Comp. C.E., *a.s.b.l. Front commun de groupements de défense de la nature*, n° 74.635, 25 juin 1998, A.P.T., 1998, p. 206 : le « principe de l'exception d'illégalité prévu par l'article 159 de la Constitution ».

⁴ Proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors Av. gén., concl. conf. préc. Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 611, ici n° 6, p. 614 en observant au passage que « La société, autant que l'individu, est intéressée à la stricte légalité des actes administratifs ».

⁵ Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, p. 761, R.G. n° P.02.1165.N (P. LEWALLE cite quant à lui un arrêt P.03.1165 de date identique dans le même sens, apparemment le même arrêt qu'A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la loi ? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, pp. 164 à 166 en matière d'enseignement, ce qui n'est pas le cas de l'arrêt cité ci-dessus relatif à un ordre de remise en état des lieux en matière

d'urbanisme ; dans sa contribution aux *Mélanges DELPEREE*, P. LEWALLE cite toutefois l'arrêt P021165N, p. 908). Le site internet de la Cour de cassation et la note 1 de la Pasirisie citent un arrêt dans le même sens (Cass., 4 septembre 1995, R.G. n° C.94.0417.F, *Pas.*, 1995, I, p. 752 et concl. Proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors Av. gén.) alors que seules les conclusions du ministère public contiennent une telle affirmation de manière incidente, à savoir la référence à un « principe général de droit selon lequel un juge ne peut appliquer une décision, notamment aussi une norme, qui viole une disposition supérieure ou qui excède les pouvoirs ou compétences qui peuvent être exercés » (p. 754). Sont également cités la note signée F.D. sous Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 915, n° 473 (sans aucune confirmation par la Cour à nouveau) et l'ouvrage de F. DUMON, *La Cour de Justice Benelux*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 273, dans lesquels ce dernier soutient la parenté des principes de primauté du droit international et de la disposition de l'article 107 de la Constitution qui, tous deux, ne constituent que des applications particulières d'un principe général du droit plus général. S'il est exact que la prévalence du droit international est libellée par la Cour de cassation comme un « devoir d'écarter l'application » des dispositions de droit interne contraires au premier, l'arrêt *Le Ski* ne consacre pas non plus un principe général de droit à cet endroit ni ne rattache sa « doctrine » à l'article 159 de la Constitution. *Adde* Proc. gén. J.-F. LECLERCQ, alors Av. gén., concl. conf. préc. Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 611, ici 614, n° 7, renvoyant cette fois aux concl. préc. l'arrêt du 4 septembre 1995.

Rem. par ailleurs Cass., 25 novembre 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 285 et concl. Proc. gén. F. DUMON, alors Av. gén., arrêt qui consacre le refus d'application d'un traité international auquel il n'a pas été « assenti » (un accord en forme simplifiée) sur la base de l'article 68 de la Constitution et de l'absence de force obligatoire et d'efficacité interne.

V. encore dans le sens d'un principe général ainsi libellé : note 5 sous Cass., 26 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 774 (la note 5 est celle figurant à la p. 775) renseignant à tort Cass., 13 octobre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 204 et cons. Cass., 12 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 179, ainsi que à raison cette fois F. DUMON, « Projets de réformes et fonction juridictionnelle », *J.T.*, 1977, n° 34, pp. 565 et 566.

V. enfin W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 567 (le « principe » de la disposition) ; L. SOENENS, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *B.J.*, 1927, col. 627 ; A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 598 : « un texte qui reflète seulement un aspect d'un principe général qui veut que le juge, mis en présence de deux règles juridiques contradictoires, doit se prononcer en faisant abstraction de celle de ces règles qui, dans la hiérarchie des normes de droit, est inférieure à l'autre » ; J. MATTHUIS et G. BAETEMAN, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, 1966, p. 17 ; J. VELU, P. QUERTAINMONT et M. LEROY, *Droit public*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1986, n° 159, p. 233 et note 1 référant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes notamment ; J. THEUNIS, *o.c.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 1266, n° 1 ; D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », note sous Cass., 23 octobre 2006, *R.C.J.B.*, 2009, p. 39, n° 42.

⁶ Comp. C.E., *Steen*, n° 23.832, 20 décembre 1983, *Rec.*, p. 2370 et *R.W.*, 1984-1985, col. 1992 et le « principe général de droit de la hiérarchie des normes juridiques, inscrit notamment dans l'article 107 (159) de la Constitution » (8.2.3) ; C.E., *a.s.b.l.*

Le « principe du droit plus général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure ». Les mots sont lâchés. L'article 159 de la Constitution devancé, puisqu'il ne constitue plus qu'une application particulière de ce « principe du droit plus général ».

2. Après avoir écouté et lu Renaud VAN MELSEN au sujet des autorités ou personnes visées par la disposition constitutionnelle, l'on peut se demander s'il n'existe pas un principe du droit plus général encore que le principe du droit plus général : une sorte de « principe du droit généralissime ». Il semble en effet de moins en moins exclu que l'autorité, voire le particulier, puisse refuser, dans certains cas, l'application d'une norme violant une disposition supérieure. Une telle solution serait même dictée aujourd'hui par le droit communautaire ... « dans le domaine d'application du droit européen ».

Il faut toutefois raison garder. Il ne s'agit pas, le cas échéant, de court-circuiter les juges auxquels le mot final doit revenir dans une démocratie qui se respecte⁷. Il s'agit tout au plus d'envisager une certaine forme d'anticipation. L'adage selon lequel « Nul ne peut se faire ou se rendre justice à soi-même » paraît donc préservé. L'esprit de la Constitution de 1831 aussi, notons-le au passage, puisque « Dans tous les cas, les tribunaux (demeurent) en dernier lieu juges de l'administration qui ne peut qu'indiquer le mode d'exécution de la loi », pour paraphraser M. JOTTRAND, membre du Congrès national⁸.

Front commun de groupements de défense de la nature, n° 75.710, 10 septembre 1998, A.P.T., 1998, p. 209 : « le principe de la hiérarchie des normes trouve son expression notamment dans l'article 159 de la Constitution ».

⁷ Il ne s'agit pas non plus d'établir une République des juges, convient-il de rappeler. Rem. à cet égard F. OST, « L'étrange thérapie du conseiller Leroy », *Journ. proc.*, 1997, n° 333, pp. 10 et 11. Non sans dérision, l'auteur propose l'adoption d'un article 159ter ainsi conçu « Les huissiers et les forces de l'ordre n'exécuteront les décisions des cours et tribunaux qu'autant qu'ils n'auront ni des conséquences déraisonnables, ni des effets contraires à la volonté d'une forte majorité des intéressés » dans l'hypothèse où, par extraordinaire, un pouvoir équivalent serait accordé aux cours et tribunaux, dans les mêmes termes, dans un article 159bis – fruit de la création prétorienne d'une nouvelle règle constitutionnelle imaginée par M. LEROY.

⁸ E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, vol. II, p. 68.

Certes, le champ d'application personnel de l'article 159 de la Constitution s'en trouve partiellement bouleversé alors que la lettre constitutionnelle ne semblait pas le permettre. La prérogative visée n'est cependant qu'une compétence accessoire, qui ne modifie en rien la compétence matérielle de chaque intervenant. L'administration, si elle ne tient pas compte, dans son processus décisionnel, d'une norme supérieure manifestement illégale, n'en reste pas moins – ou plutôt pas plus que – l'auteur de l'acte subséquent ; elle ne se substitue pas au juge auquel elle devra rendre des comptes. Le citoyen, s'il refuse d'obtempérer à une norme manifestement illégale, prend le risque, comme l'administration, de se tromper et de devoir souffrir les conséquences de son refus, c'est-à-dire, en définitive, de son acte.

Quoi de plus normal, en fin de compte, dès lors que le juge n'est pas le seul à pouvoir apprécier la légalité d'un acte ou d'une situation. En pratique, une telle appréciation est même, d'ores et déjà, le préalable indispensable et incontournable avant toute action administrative⁹. Les questions de légalité, à tous les niveaux de la pyramide, sont, en pratique, des questions que les autorités se posent tous les jours, au moment de décider. Certes, les mêmes questions seront posées au juge, parfois même se les posera-t-il lui-même, en cas de contestations. Et le cas échéant, c'est à lui qu'il reviendra de trancher celles-ci. En réalité, le pouvoir décisionnel du juge n'empêche pas le pouvoir décisionnel de l'autorité de s'exprimer préalablement. Pour qu'il y ait contrôle, il faut bien qu'il y ait une anticipation. Et en cas de certitude ou de profonde conviction au sujet d'une illégalité, nous préférons, à titre personnel, l'anticipation à l'immobilisme. Ce n'est qu'en cas d'incertitude que le respect de la norme doit s'imposer tant qu'elle n'a pas été invalidée par un juge.

3. François-Xavier BARCENA, quant à lui, abordait le champ d'application normatif de l'article 159 de la Constitution. Sous cet angle, le principe de droit plus général est libellé en jurisprudence de façon suffisamment large pour s'adapter à toutes les situations, c'est-à-dire à toutes les normes, tant contrôlées que de référence, de la norme internationale à l'acte administratif à portée individuelle en passant notamment, pourquoi pas, par la Constitution. Les juges, par le biais du principe de droit plus général, ont refusé de se laisser enfermer par le texte de la disposition constitutionnelle.

⁹ Le caractère régulier ou non de l'acte administratif conditionne en effet la plupart des théories de droit administratif (retrait, fonctionnaire de fait, *patere legem*, etc.).

Est-ce à dire que tous les juges voire toutes les personnes sont susceptibles de refuser l'application de toute norme contraire à une disposition supérieure ? Loin s'en faut. De ce point de vue aussi, l'article 159 de la Constitution n'est qu'un outil mis entre les mains de chaque acteur du droit administratif. Un outil que le juge est appelé à utiliser dans la sphère de ses compétences et des différentes sanctions ou décisions qu'il peut prononcer en vertu d'autres textes. Point au-delà, ni en-deçà¹⁰. Souvent dans des conditions strictes de procédure qui modalisent alors le principe général, subitement devenu moins volatile.

Or, il est patent que le contrôle des actes publics est aujourd'hui éclaté entre différents juges et divisé notamment selon les normes contrôlées ou les normes de référence. Tel est le produit de l'histoire, l'aboutissement d'une longue lutte contre l'arbitraire ; une lutte qui n'est certainement pas terminée et dont une étape supplémentaire pourrait être aujourd'hui la simplification du contentieux public.

4. Une manière de simplifier ce contentieux pourrait être de reconnaître formellement l'autorité absolue de la chose jugée aux déclarations d'illégalité incidente logées dans les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle et dans les arrêts préjudiciels de cette Cour ; à condition bien sûr qu'une véritable publicité officielle desdites déclarations soit organisée. Alors seulement l'on se rapprochera des conditions requises pour permettre au principe de l'article 159 de la Constitution d'acquiescer une dimension générale, plus favorable encore à l'anticipation¹¹.

Pour l'heure, il a bien fallu constater, avec votre serviteur, que l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente est incertaine, sauf en présence de parties identiques agissant en la même qualité, puisque le minimum c'est l'autorité relative. Dans l'état actuel des textes légaux, il paraît préférable de s'en contenter, y compris lorsque la décision juridictionnelle qui la contient est un arrêt d'annulation du Conseil d'Etat

¹⁰ Rapp. P. LEWALLE, *in o. c.*, 2007, p. 907.

¹¹ L'autorité absolue de la chose jugée est en effet une autre manière, plus sûre que l'anticipation, de résoudre la difficulté actuelle pour une autorité administrative d'être fixée sur la légalité administrative en temps opportun dans une société où le temps s'accélère. L'anticipation, quant à elle, risque de provoquer souvent une inversion du contentieux repoussant l'intervention du juge *a posteriori*, comme en matière de privilège du préalable (tel que nous l'avons défini en 2001) ou de sanction administrative.

pourtant nanti de l'autorité absolue de la chose jugée. Certes, le refus d'application tel que prescrit par l'article 159 de la Constitution semble dicter une sorte de casuistique. Mais le propre de la casuistique n'est-il pas précisément de tendre vers une certaine forme de généralité ? Lorsque la Constitution commande aux juges de n'appliquer les actes administratifs qu'autant qu'ils seront conformes aux lois, elle n'empêche pas, selon nous, d'organiser le dégageant de décisions générales quant à la conformité.

5. Le caractère général de l'article 159 de la Constitution s'est depuis longtemps manifesté au niveau de la sanction qui, bien souvent, ne se limite pas au refus d'application, mais permet d'obtenir autre chose, si ce n'est davantage : l'application de l'ancien droit (pour autant qu'il ne fût pas illégal), l'établissement d'une faute ouvrant le droit à une indemnisation, etc.

A ce sujet, Diane DEOM nous a invités à une véritable promenade contentieuse pour découvrir l'essence et les contours du refus d'application grâce, notamment, à une typologie des situations susceptibles d'être rencontrées.

A contre-courant, mais avec le savoir-faire qui est le sien, elle s'est appliquée, dans le souci de tracer des lignes claires, à recentrer la sanction de l'article 159 de la Constitution sur son *core business*, lorsqu'il s'agit pour un juge d'envisager l'application d'un acte administratif.

En filigrane de son exposé, l'on perçoit cependant que la question de la légalité transcende le champ du droit administratif et pourrait donner lieu à des principes directeurs communs à toutes les juridictions à propos de toutes les normes, ce qui aurait précisément pour qualité de répondre aux revendications de simplicité ou de ligne directrice.

6. Enfin, le caractère général du contrôle de légalité incident va de pair avec le caractère d'ordre public – et, partant, obligatoire – de la règle. Caractère d'ordre public sur lequel tous les juges semblent s'accorder sans pour autant en tirer les conséquences qui s'imposent sur le plan concret, c'est-à-dire procédural.

Paradoxalement, l'article 159 de la Constitution est une règle d'ordre public dont la violation n'est pas toujours soulevée d'office, nous a montré Bruno LOMBAERT, toujours en s'appuyant sur une analyse détaillée de la jurisprudence. Celle-ci révèle, une fois de plus, une pratique différente

devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, même si le constat, quant à lui, vaut pour les deux Hautes juridictions¹². A tort, selon l'auteur, eu égard aux termes contraignants de l'article 159 de la Constitution et à la mission de contre-pouvoir qui leur est imposée par la Constitution directement.

Les juges ne peuvent accepter d'appliquer aux litiges des règlements illégaux lorsqu'ils considèrent, souvent selon leur bon vouloir en réalité, que l'illégalité dont ceux-ci sont entachés n'est pas grave au point de toucher à l'ordre public. Les juges peuvent seulement refuser de contrôler la légalité d'un acte administratif pour des motifs tirés de leur incompétence ou lorsque le résultat de ce contrôle n'est pas utile pour résoudre le litige qui lui est soumis.

7. Aujourd'hui, nous vivons une époque de transition, y compris sur le plan juridique. Avec, notamment, la multiplication des principes généraux du droit qui permettent au juge de devenir créateur de droit et de dépasser ainsi son rôle d'interprète.

Le principe général de droit est tiré soit d'une série de dispositions légales, soit de l'esprit du système juridique. Il est plus singulier lorsqu'il est tiré d'une seule et unique disposition, ce qui est le cas, en définitive, avec l'article 159 de la Constitution. Le principe est toutefois « *tiré vers le haut* », en l'occurrence, puisqu'il l'est au titre de « *principe du droit plus général* ». L'intérêt d'une telle association avec un principe général n'est alors pas, comme souvent, de s'approprier la vertu sinon le rang constitutionnel de la disposition pour affirmer la valeur supérieure de la règle¹³, mais bien d'en étendre le champ d'application à des autorités, des normes voire des sanctions qui, au départ, n'étaient pas visées au pied de la

¹² Et probablement pour la Cour constitutionnelle. Au nom de l'ordre public, la Cour de cassation impose aux juges du fond de faire ce qu'elle se refuse à faire elle-même, même lorsque le grief déduit de la violation de l'article 159 de la Constitution touche à l'ordre public. Quant au Conseil d'Etat, il conditionne le refus d'application d'initiative au caractère d'ordre public de l'illégalité constatée.

¹³ V. dans ce sens A. BOSSUYT, précité, citant Cass., 21 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1642 au sujet du principe de légalité (l'arrêt concerne toutefois la légalité des peines). V. en ce qui concerne le Conseil d'Etat et le principe de la hiérarchie des normes par exemple C.E., *a.s.b.l. Front commun de groupements de défense de la nature*, n° 67.535, 18 juillet 1997 et n° 75.710, 10 septembre 1998 ; C.E., *Thunus*, n° 166.312, 22 décembre 2006 ; C.E., *commune de Watermael-Boitsfort*, n° 188.117, 20 novembre 2008. Rem. C.E., *a.s.b.l. Front commun de groupements de défense de la nature*, n° 67.535, 18 juillet 1997 et n° 74.635, 25 juin 1998 et « *le principe de l'exception d'illégalité* ».

lettre. Il semble qu'au nom du « *principe simplement général* » de l'article 159 de la Constitution, c'est déjà ce que la doctrine et la jurisprudence ont fait depuis 1831, comme il résulte de plusieurs contributions¹⁴.

Le « *comble du principe général* », en quelque sorte, est atteint lorsque le principe général permet au principe général d'exister. Tel est d'une certaine manière le cas lorsque la Cour de cassation affirme, au nom du principe du droit plus général, que le juge ne peut appliquer des arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qui méconnaissent un principe général de droit, tel que le principe général du droit de bonne administration¹⁵.

Aujourd'hui, le principe général de droit est devenu tellement tentaculaire qu'il finit par primer les lois, du moins dans certains cas. En particulier lorsque le principe général est identifié comme étant d'une valeur supérieure à la loi. Qu'en est-il au juste, à cet égard, de ce principe général selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure ? L'on sait, en lisant la Cour de cassation, qu'il serait plus général que l'article 159 de la Constitution. Il n'en faut pas plus pour penser que le principe est au moins de valeur constitutionnelle, si ce n'est de valeur internationale voire, pourquoi pas, de valeur universelle ?

De valeur universelle car le refus d'application est loin d'être le monopole du droit administratif belge. Il sévit également à l'étranger, parfois avec des nuances importantes ou des modalités différentes, mais toujours « *avec familiarités* », comme nous l'a montré Jan THEUNIS, spécialement en France et aux Pays-Bas, deux Etats qui, dans l'histoire et aujourd'hui encore, nous ont profondément influencés dans nos choix. Y compris en ce qui concerne le contrôle de légalité incident et malgré l'absence d'une disposition constitutionnelle explicite dans ces deux pays, ce qui, de l'aveu

¹⁴ V. sp. F.-X. BARCENA, D. DEOM, R. VAN MELSEN.

¹⁵ Il s'agit de l'arrêt du 8 avril 2003 déjà mentionné ci-dessus. Rem. P. LEWALLE, *o.c.*, 3^e éd., 2008, n° 285, p. 355, mentionnant l'arrêt de la Cour de cassation du 8 avril 2003 dans ce sens en mettant en garde, d'une part, contre la rétrogradation abusive du principe à un rang législatif et point constitutionnel et en précisant, d'autre part, qu'il n'aperçoit guère en quoi le rattachement du pouvoir qu'il attribue à un principe général de droit en précisait la portée ou en renforcerait l'autorité. Tel paraît pourtant bien le cas s'agissant du principe général du droit de bonne administration au titre de norme de référence du contrôle. V. aussi A. BOSSUYT, in S. GILSON (dir.), *o. c.*, 2006, pp. 164 à 166.

de l'auteur, permet au juge de traiter de l'exception d'illégalité d'une manière moins contraignante et plus naturelle.

Sa valeur est encore internationale et spécialement européenne, car le droit communautaire – qui est assez logiquement « supérieur » au droit interne (même si nous préférons « consubstantiel ») – connaît également le mécanisme, consacré dans une disposition du traité en ce qui concerne le droit dérivé. Stanislas ADAM nous a expliqué ce qu'il en est du contrôle de légalité incident au niveau communautaire, avec parfois ses propres catégories répondant cependant à des préoccupations identiques bien que de manière souvent différente, dans un contexte où la séparation des pouvoirs revêt bien moins d'importance et où le droit d'accès des particuliers au recours en annulation est moins étendu. Il a comparé le contrôle aux niveaux interne et européen pour en montrer les différences et les similitudes et constater surtout que le contentieux porté devant la Cour de justice rejoint davantage celui déféré au Conseil d'Etat, de par son caractère objectif. Cette situation explique pourquoi le point de vue de ceux-ci semble se rapprocher, spécialement en ce qui concerne le contrôle incident de légalité des actes individuels, cependant fondé en droit communautaire sur une disposition explicite du traité. L'auteur a encore montré les articulations du contrôle européen avec le contrôle interne, et l'influence du premier sur le second – une influence qui serait digne d'une véritable « transfiguration » pour reprendre le terme utilisé par l'auteur –, faisant apparaître que le premier s'exerce à un niveau supérieur, ce qui n'est évidemment pas sans conséquences, même si l'objet du contrôle européen est radicalement différent¹⁶.

J.-F. LECLERCQ et D. DE ROY ont souhaité souligner l'universalité du contrôle de légalité incident inhérent à l'opération de juger, même en l'absence d'une disposition constitutionnelle¹⁷, à la faveur du droit international et du droit comparé. Une universalité qui n'empêche pas le particularisme selon la compétence de chaque juge et qui permet de comprendre, de la sorte, – mais reste selon nous en défaut de les justifier – les différences de conception et d'application entre les juges, y compris, en droit interne belge, entre le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat, en particulier.

¹⁶ Les juridictions européennes ne sont ainsi pas habilitées à contrôler par voie incidente la validité d'un acte adopté par une autorité nationale.

¹⁷ Voir même par le truchement d'autres dispositions de niveau inférieur, complémentaires ou non.

La valeur universelle du principe pourrait encore être corroborée par l'observation selon laquelle il n'est pas exclu, *a priori*, que le droit privé contienne un mécanisme comparable en ce qui concerne les lois convenues entre les parties. Le langage sera probablement différent car le droit privé préfère parler de nullité, même si la nullité entre parties n'affectera pas les dispositions d'un contrat d'adhésion, par exemple, à l'égard d'autres cocontractants. La question mériterait certainement réflexion.

Bref, de général, le principe est devenu plus général pour devenir international voire universel. C'est-à-dire toujours plus général, en définitive. Un principe qui mérite bien l'appellation de « principe du droit plus général »... à condition de ne pas préciser par rapport à quoi. Il y va, le cas échéant, d'une fonction essentielle du droit, c'est-à-dire d'un procédé ou d'un « droit d'accompagnement »¹⁸ de nature transversale, pour reprendre l'expression d'E. RIEZLER¹⁹ ; une fonction que l'on retrouve dans toutes les disciplines et dans tous les Etats.

8. Tel n'est toutefois pas vraiment le point de vue exprimé par la Cour de cassation à l'estime de laquelle le principe en question, apparemment réservé au juge, est plus général que l'article 159 de la Constitution, très précisément. Une dernière question s'impose, par conséquent. L'existence d'un principe plus général met-elle à mal l'article constitutionnel ? Faut-il, autrement dit, supprimer la disposition constitutionnelle qui serait superfétatoire, à moins qu'à l'inverse l'on en étende la portée pour la rendre plus conforme au principe plus général ?

Dans l'état actuel du droit communautaire, la nécessité d'une disposition constitutionnelle au niveau belge nous apparaît comme une évidence. Dans l'état actuel du droit belge aussi, faudrait-il ajouter, depuis le Parlement wallon²⁰.

Certes, l'article 159 de la Constitution connaît d'autres formulations dans d'autres dispositions à d'autres niveaux juridiques. Mais c'est dans la

¹⁸ Le refus d'application est la conséquence immédiate d'une contestation au sujet de la légalité d'une règle à appliquer.

¹⁹ E. RIEZLER, « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », in *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, T. III, Paris, L.G.D.J., 1938, pp. 134 et 135. V. aussi M. NIHOUL, *o. c.*, 2001, n° 51, pp. 60 et 61 et n° 73, p. 90.

²⁰ Pour mémoire, le présent ouvrage reprend les actes d'un colloque organisé le 7 mai 2009 au Parlement wallon situé à Namur.

Constitution qu'il s'impose d'opérer une série de choix fondamentaux, quitte à ce que la disposition constitutionnelle renvoie à une disposition légale – par exemple spéciale – pour en préciser les contours dans davantage de détails. Dans le même ordre d'idées, une disposition constitutionnelle sur la hiérarchie des normes ne serait pas un luxe non plus. Toutes deux sont essentielles.

Pourquoi dans la Constitution ? Parce que le principe est d'ordre constitutionnel. Il fait partie des normes essentielles à l'organisation et au bon fonctionnement de l'Etat de droit dans toutes ses composantes. Il fait partie des règles élémentaires que tout citoyen devrait (être en mesure de) connaître car elle assure sa protection. A ce titre, il constitue un droit fondamental.

Pourquoi réviser l'article 159 de la Constitution ? Parce qu'aujourd'hui son libellé est suranné, pour ne pas écrire obsolète. Or, le citoyen mérite une Constitution claire, didactique et actuelle sur les points fondamentaux de l'organisation de l'Etat. Il convient par conséquent d'adapter la disposition constitutionnelle à sa réalité plus complexe. Certes, l'on peut considérer avec J. THEUNIS que d'une certaine manière l'article 159 de la Constitution constitue le « *péché originel de notre système de protection juridique contre l'autorité publique* »²¹, comparé à l'absence d'une norme similaire dans d'autres Etats, comme la France et les Pays-Bas. Mais à la différence du péché originel, la disposition constitutionnelle peut être revue et corrigée, à un moment donné de l'histoire, pour être adaptée à la volonté actuelle du constituant. Or, il paraît fondamental que ce soit ce dernier qui attribue aux juges leurs missions essentielles et qui en dessine les principaux contours, plutôt que de laisser au juge le soin de les définir. Certes, le procédé est plus contraignant, spécialement lorsque le constituant omet parfois de tirer toutes les conséquences constitutionnelles d'une réforme institutionnelle. Mais il est aussi plus démocratique. Or, n'est-ce pas là le vœu de la Nation elle-même, dont tous les pouvoirs émanent et doivent être exercés de la manière prévue par la Constitution ? Il peut être

²¹ L'auteur réfère, de ce point de vue, au libellé général et impératif de la disposition avec pour conséquence, à son estime, dans le chef du pouvoir judiciaire, une jurisprudence trop soucieuse de la légalité et pas assez de la sécurité juridique. La jurisprudence du Conseil d'Etat témoigne pourtant d'une autre interprétation possible, sauf à considérer que celle-ci est inconstitutionnelle. Quant au libellé, il n'était pas aussi général que cela au départ. Mais ce sont les juges – parmi lesquels figure le Conseil d'Etat – qui en ont extrapolé la portée au gré des nécessités du moment ou de leur volonté. Sans toujours être d'accord entre eux.

observé, à cet égard, que le Traité C.E. (aujourd'hui le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) comporte lui aussi une disposition comparable à l'article 159, dont la Cour de justice a également étendu la portée en recourant expressément au procédé du principe général de droit. A suivre l'exemple français et néerlandais « *au pied de la lettre* », par ailleurs, il conviendrait en toute hypothèse de supprimer la disposition de notre Constitution, ce qui requerrait également une révision.

Dans quel sens réviser l'article 159 de la Constitution ? Aucune formule n'a encore emporté notre satisfaction.

Peut-on se permettre de formuler, par exemple, que « *Nul n'appliquera une norme violant une disposition supérieure* » ? Nous ne le pensons pas. Une telle formulation risquerait de provoquer l'anarchie et de compromettre jusqu'à l'application des lois qui organisent certaines mesures d'exécution d'office, des lois inférieures à la Constitution. Par ailleurs, ce qui est vrai pour le juge ne l'est pas nécessairement pour les autres acteurs du droit administratif : le juge refuse l'application d'une norme en cas d'illégalité, les autres acteurs du droit administratif uniquement en cas d'illégalité manifeste ou avérée, ce qui est très différent. Sauf à donner aux autorités administratives le même pouvoir qu'aux juges, si ce n'est celui de trancher les contestations à ce sujet.

Peut-on suggérer alors ceci : « *Dans la sphère de ses compétences, nul juge (voire nulle autorité) n'appliquera une norme violant une disposition supérieure* » ? La phrase mériterait d'être complétée par deux alinéas complémentaires. Un premier au terme duquel « *De même, nul n'appliquera une norme violant une disposition supérieure de façon manifeste* ». Un second au terme duquel « *Une loi adoptée à la majorité définie à l'article 4, dernier alinéa détermine les modalités du refus d'application* ».

Dans cette loi spéciale, il conviendrait de déterminer notamment l'autorité de la chose jugée attachée au constat d'illégalité incident, selon les modalités de publicité convenues ou à préciser dans chaque loi particulière. L'occasion serait ainsi donnée d'organiser un système intégré de publicité des normes censurées.

Que les choses soient claires. Nous sommes conscients de l'impertinence de l'exercice auquel nous venons de nous livrer. Mais si, par exemple, nous ne sommes pas prêts à écrire dans la Constitution que « *Nul n'appliquera*

une norme violant une disposition supérieure de façon manifeste », par crainte de l'anarchie, alors il faut être cohérent avec soi-même et oser écrire dans la première phrase quelque chose comme « *A l'exclusion de toute autre personne voire toute autre autorité* », fût-ce pour couper court à la jurisprudence naissante en faveur d'une certaine anticipation générale du contrôle de légalité.

Choisir le *statu quo*, en revanche, ne serait pas une solution. Ce serait faire preuve de frilosité, voire d'hypocrisie car cela aboutirait à réserver aux initiés informés le droit à la résistance. Or, un tel droit est fondamental et il doit être identique pour tous les citoyens. Au-delà de la question de fond, en somme, celle de la formulation, aussi, mérite à la fois discussion et réflexion.