

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Introduction

Nihoul, Marc

*Published in:*

L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident

*Publication date:*

2010

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2010, Introduction. Dans *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*. Projucit, La Chartre, Bruxelles, p. 11-17.

### 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.

## INTRODUCTION

*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  
a été conçu pour protéger le citoyen  
contre l'autorité administrative »*

CONSEIL D'ETAT<sup>1</sup>

1. Les arrêts de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat sont parfois l'occasion d'une envolée lyrique et il faut s'en réjouir. Surtout lorsqu'en quelques mots notre Haute juridiction administrative ramène l'article 159 de la Constitution à l'essentiel : *« Considérant que l'article 159 de la Constitution a été conçu pour protéger le citoyen contre l'autorité administrative ; que l'article 159 permet au citoyen d'opposer à l'autorité administrative l'irrégularité de ses décisions ; que cela fait de notre ordre juridique un Etat de droit »*<sup>2</sup>.

Dans la même veine, l'on peut affirmer que le premier commandement de l'Etat de droit, s'il fallait en identifier un, est le principe de légalité. Et les trois pouvoirs lui sont entièrement soumis. Théoriquement, la loi permet de faire l'essentiel et elle est flanquée, à cet effet, de deux bras chargés de son exécution. Le pouvoir exécutif, d'abord, et plus largement l'administration<sup>3</sup>, qui contribue à la mise en œuvre normative et matérielle

---

<sup>1</sup> C.E., *Artois et crts*, n° 65.974, 22 avril 1997.

<sup>2</sup> *Ibid.* L'arrêt poursuit en ces termes plus singuliers : *« que dans la thèse avancée par la partie défenderesse, l'article 159 permet à l'autorité administrative d'opposer au citoyen l'irrégularité de ses décisions ; que tel n'est nullement le propre de l'Etat de droit garanti par l'article 159 ; qu'un Etat totalitaire n'assure, au contraire, que trop bien le respect de la loi - ou de ce qui doit en tenir lieu - à l'encontre du citoyen ».*

<sup>3</sup> Les « *autorités administratives* », serait-on tenté de préciser, même si l'expression ne permet pas de rendre entièrement compte de la réalité de l'action administrative en Belgique. Elle est consacrée par l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat

de la décision. Le pouvoir judiciaire, ensuite, généralement saisi en cas de contestations.

2. Telles étaient, à peu de choses près, les données fondamentales du système juridique belge lorsque le Constituant originaire décida d'inscrire l'article 107 (devenu aujourd'hui l'article 159) dans la Constitution. Il s'agissait, comme le Conseil d'Etat le rappelait en 1997, de permettre au citoyen de contester les décisions administratives irrégulières et d'empêcher leur application.

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

Chaque mot semble important dans la disposition constitutionnelle.

Les « *cours et tribunaux* », d'abord, seuls acteurs désignés par la Constitution pour manier la sanction ; quasi seuls juges, aussi, installés au lendemain de la révolution.

Les « *arrêtés et règlements* », ensuite, seules normes sujettes au contrôle judiciaire et à leur censure éventuelle. Dans l'Etat unitaire de 1831, il n'y avait d'arrêtés et règlements que « *généraux, provinciaux et locaux* ».

Les « *lois* », encore, seules normes de référence par rapport auxquelles le contrôle est érigé.

Le *refus d'application*, enfin, sanction unique et exclusive, écartant par là-même l'hypothèse de l'annulation.

3. Progressivement, depuis 1831, les données du système ont changé.

Il a d'abord fallu attendre près d'un siècle pour voir le contrôle judiciaire de la légalité administrative s'imposer en pratique. Avec, en particulier, le célèbre arrêt *La Flandria* prononcé par la Cour de cassation le 5 novembre 1920, à partir duquel l'article 159 de la Constitution retrouvera progressivement les lettres de noblesse dont le Constituant originaire avait entendu le parler.

---

et, depuis 2001, par l'article 6, § 1<sup>er</sup>, VIII, alinéa 2 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 à propos notamment des pouvoirs locaux, c'est-à-dire provinciaux et communaux.

Après 1920, c'est le système lui-même qui a évolué. Tant du côté du contrôleur que de celui de la légalité.

Il y eut d'abord la multiplication des instances de contrôle, avec la création du Conseil d'Etat et de la Cour constitutionnelle ; tous deux investis pour la première fois d'un pouvoir général d'annulation. Le premier à l'égard des actes administratifs, individuels et réglementaires. La seconde en ce qui concerne les actes de valeur législative.

Il y eut ensuite la diversification de la légalité elle-même avec une extraordinaire multiplication des normes, tour à tour au niveau international et à l'intérieur du pays.

L'Europe et la mondialisation, en particulier, ont secrété davantage de normes internationales avec lesquelles il a fallu compter et auxquelles il a fallu reconnaître la primauté, parfois sous réserve.

La Belgique fédérale, de l'intérieur, est devenue réalité, entraînant avec elle la multiplication des autorités. Régionales, communautaires, en plus des fédérales, pour ne prendre que les principales.

Autant de bouleversements, dans l'ensemble, qui sont venus à bout du dogme de la toute puissance législative, à telle enseigne que le contrôle de conformité des normes de valeur législative est aujourd'hui devenu une réalité quotidienne, encore que partielle sous l'angle de leur constitutionnalité.

4. Dans ce contexte agité, l'article 159 de la Constitution, quant à lui, semble rester de marbre, comme s'il était véritablement inscrit dans celui-ci. Il fait preuve d'une étonnante constance ou continuité. Depuis 1831, son libellé n'a pas changé d'une virgule. En près de deux cent ans d'histoire, seul son numéro a été adapté. Et encore seulement pour les besoins de la coordination du texte constitutionnel dans son ensemble, sans que l'on puisse y voir une promotion ou un avancement ni, à l'inverse, une rétrogradation. L'article 159 de la Constitution reste et demeure l'un des fondements inchangés de notre système constitutionnel.

Telles sont du moins les apparences, dont on sait qu'elles peuvent s'avérer trompeuses. Car l'article 159 de la Constitution a subi de profondes évolutions dans son interprétation.

Les mots « *cours et tribunaux* », d'abord, alors qu'habituellement ils ont un sens précis et limité, désignent en principe aujourd'hui toutes les juridictions. Voire plus encore.

Les mots « *arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux* », ensuite, ne visent pas seulement les normes administratives réglementaires, mais également les décisions individuelles ; voire point seulement les normes administratives, mais plus généralement toute norme inférieure contraire à toute norme supérieure. La chose semble plus ou moins acquise aujourd'hui, au nom du principe général de légalité et de la hiérarchie des normes, du moins en ce qui concerne les ordonnances et les actes et règlements d'autorités partiellement assimilées aux autorités administratives<sup>4</sup>.

Le mot « *lois* » ne vise pas seulement les lois *sensu stricto*, mais également la Constitution ou le droit international, voire peut-être toute norme supérieure à celle contrôlée.

Quant aux mots « *n'appliqueront* », ils permettent au citoyen (à tout sujet de droit en réalité) d'invoquer l'illégalité d'une norme unilatérale soit en demandant, soit en défendant, soit encore en invoquant l'exception en justice.

5. Toutes ces évolutions jurisprudentielles, pour l'essentiel, conduisent à constater aujourd'hui le caractère suranné de l'article 159 de la Constitution qui mérite si ce n'est une refonte, au moins un *lifting*, de manière à garantir sa lisibilité et donc sa prévisibilité et son accessibilité pour le citoyen. N'est-ce pas le minimum que l'on puisse attendre d'une disposition constitutionnelle fondamentale ?

L'occasion serait donnée, dans le même temps, de réinventer le contrôle de légalité et d'envisager plus franchement encore les implications de la légalité en droit public. Par exemple, pourquoi ne pas permettre aux autorités administratives d'anticiper le refus d'application de normes supérieures illégales, comme il est parfois suggéré en doctrine, du moins dans une hypothèse bien précise, lorsque l'illégalité est manifeste ou encore

avérée, spécialement en jurisprudence. L'on sait, à la lecture des travaux du Congrès national, que le Constituant originaire paraît avoir écarté cette possibilité en 1831 s'agissant des actes administratifs. Le contexte est cependant très différent aujourd'hui et invite à reconsidérer la question. Tout comme celle de l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente prononcée par une juridiction. Ne gagnerait-on pas en efficacité si l'autorité absolue était expressément reconnue à celle-ci lorsqu'elle est logée dans la décision de l'une de nos hautes juridictions ? Les nouvelles technologies permettent aujourd'hui de gérer un système intégré de publicité efficace dans cette perspective, condition *sine qua non* à une véritable opposabilité.

6. Avec le recul, l'idée véhiculée par l'article 159 de la Constitution est relativement simple, en théorie. La disposition constitutionnelle est au cœur de la protection juridique du citoyen dont il est le fer de lance. Il permet de demander au juge de ne pas appliquer une norme alors que celle-ci devrait normalement régir la situation rencontrée, avec cette circonstance particulière toutefois qu'elle est illégale et qu'elle doit, en conséquence, être privée d'effet. Il consacre ainsi un véritable droit de résistance au citoyen lorsqu'il est confronté à un acte illégal. Un droit de résistance qui n'est toutefois pas autonome puisqu'il est soumis au contrôle du juge dont dépend à ce stade la sanction d'inapplication.

Cette idée simple, en théorie, présente de nombreuses difficultés en pratique, surtout lorsque l'on envisage de lui donner une portée générale dans le système constitutionnel belge. Et c'est pour mieux comprendre toutes les subtilités du principe, que les membres du centre de recherche fondamentale PROJUCIT, consacré à la protection juridique du citoyen, vous proposent de décortiquer la disposition constitutionnelle dans le moindre détail. L'opération est délicate mais essentielle, d'une part pour informer tous les acteurs du droit public des ressources actuelles de la disposition constitutionnelle, – et pas seulement les publicistes parmi lesquels j'inclus d'ailleurs les pénalistes ; tous les juristes, à vrai dire, devraient se poser la question de la légalité des normes qui fixent les règles qu'ils appliquent au quotidien et de la manière de les contester au besoin –, d'autre part pour identifier les incertitudes ou les points de controverse persistants, le tout avant de proposer, peut-être, une nouvelle formulation au prochain constituant, puisqu'à l'heure actuelle l'article 159 de la Constitution n'est pas ouvert à révision et que la déclaration de révision de la Constitution est encore requise pour pouvoir procéder à celle-ci.

<sup>4</sup> Par le truchement de dispositions législatives spécifiques, convient-il de préciser, à savoir l'article 9 de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises et l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Et à l'exclusion formelle des normes de valeur législative lorsqu'il s'agit de contrôler leur conformité aux règles constitutionnelles dont la protection, sous cet angle, est confiée à la Cour constitutionnelle.

Qui peut refuser d'appliquer quelles normes lorsqu'elles ne sont pas conformes à quelles autres normes ? S'agit-il d'une faculté ou d'une obligation ? La sanction est-elle suffisante ou sert-elle de prétexte à postuler autre chose ? Quelle est, plus généralement, la portée juridique du refus d'application et convient-il d'en améliorer les modalités ?

Autrement dit, de façon plus ramassée encore : quelles personnes ? Quelles normes ? Quelle sanction ? Quelle liberté ? Quelle autorité ?

Telles sont les principales questions étudiées dans le détail aujourd'hui, sans oublier l'examen complémentaire des expériences française, hollandaise et européenne qui, sous tous ces angles, contribuera certainement à l'amélioration du modèle.

Nous avons préféré organiser la réflexion avec méthode en décortiquant de la sorte l'article 159 de la Constitution dans toutes ses composantes, ce qui procure l'avantage de la confrontation des points de vue à propos de chaque élément, plutôt que de juxtaposer les vues ou interprétations par les différentes sources juridiques et les différents « ordres de juridictions », avec le risque de surexposition et de redites que comporte une telle approche.

7. Pour fonder notre réflexion, nous avons procédé à une analyse minutieuse et systématique de la jurisprudence, indispensable dans le cadre d'une démarche scientifique digne de ce nom.

L'accent a été mis sur la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat et sur celle de la Cour de cassation<sup>5</sup>, la première étant plus abondante en l'absence à la fois de tribunaux administratifs de premier degré et d'un contrôle judiciaire effectif avant 1920. Nous avons ainsi dépouillé le *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* de 1946 à 1993 et exploité le précieux site internet du Conseil d'Etat<sup>6</sup> pour la période subséquente, en tapant les mots « *article 159 de la Constitution* » (dans les deux langues) avec activation de l'onglet « *Mots correspondant exactement (AND)* »<sup>7</sup>. Nous avons également dépouillé la *Pasicrisie*, de 1831 à 1996 et exploité le tout aussi précieux site internet de la Cour de

cassation<sup>8</sup> pour les années ultérieures, en tapant également les mots « *article 159 de la Constitution* » (dans les deux langues) avec activation des onglets « *sommaires* » et « *mots-clés* ». La documentation utilisée a été arrêtée pour l'essentiel au 31 mars 2009.

Un dépouillement laborieux a d'abord permis d'identifier les apports précis de chaque décision. Par son examen individuel, ensuite, chaque intervenant – et aujourd'hui contributeur – a pu exploiter la jurisprudence identifiée selon le thème étudié.

8. Les résultats de la recherche – dont les textes ont été arrêtés, de manière générale, au 1<sup>er</sup> novembre 2009 – figurent aujourd'hui dans le présent ouvrage qui constitue les actes du colloque organisé par le centre PROJUCIT au Parlement wallon le 7 mai 2009. Pourquoi le Parlement wallon ? Pour mémoire, c'est à Namur que les Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix ont été fondées en 1831, soit l'année même où l'article 107 de la Constitution, à l'époque, a été promulgué. Aujourd'hui, le Parlement wallon est installé à Namur et il symbolise à la fois l'ancrage de la recherche en droit public à la Faculté de droit des F.U.N.D.P., spécialement en ce qui concerne le centre PROJUCIT, mais aussi le nouveau contexte dans lequel l'article 159 de la Constitution se pratique désormais. Un droit devenu de plus en plus régional et qui, demain, le sera peut-être plus encore.
9. Pour guider nos travaux, nous avons choisi deux personnalités aussi brillantes qu'attachantes, dont on peut dire qu'elles collent de près au sujet pour avoir chacune pratiqué et écrit sur le sujet. Robert ANDERSEN, Premier Président du Conseil d'Etat et professeur à l'U.C.L. Jean-François LECLERCQ, procureur général près la Cour de cassation. C'est en les remerciant chaleureusement, une nouvelle fois, que je voudrais céder la place aux auteurs dont la qualité des écrits n'avait d'égale que celle de leurs interventions orales. Grâce à eux, l'article 159 de la Constitution n'aura plus aucun secret pour le lecteur, mais heureusement probablement encore de nombreuses ressources, tant la disposition constitutionnelle aura été cruciale à chaque étape tout au long de la fabuleuse lutte contre l'arbitraire qu'incarne le droit public aujourd'hui.

<sup>5</sup> Nous avons fait confiance aux auteurs pour la jurisprudence des juridictions de fond, en nous limitant à la jurisprudence citée dans les nombreuses contributions.

<sup>6</sup> <http://www.raadvst-consetat.be>

<sup>7</sup> Ce qui a représenté plus de 400 arrêts francophones et 400 néerlandophones.

<sup>8</sup> <http://www.cass.be>