

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'inefficacité du maintien d'effet(s) d'un acte annulé sur le contrôle de légalité incident en matière pénale selon la Cour de cassation

Nihoul, Marc

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Nihoul, M 2021, 'L'inefficacité du maintien d'effet(s) d'un acte annulé sur le contrôle de légalité incident en matière pénale selon la Cour de cassation', *Journal des Tribunaux*, Numéro 5867, p. 557-563.

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.

Doctrine

L'inefficacité du maintien d'effet(s) d'un acte annulé sur le contrôle de légalité incident en matière pénale selon la Cour de cassation, par M. Nihoul 557

Le point sur...

Une circulaire sur la recevabilité et l'effet juridique d'une signature électronique lors d'un dépôt au greffe, par H. Jacquemin 564

Jurisprudence

■ I. Conseil d'État - Contentieux d'annulation - Arrêt d'annulation - Article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'État - Maintien des effets de l'acte annulé - Condition - II. Constitution - Constitution 1994 (art. 100 A fin) - Article 159 - Conformité à la loi des arrêtés et règlements - Vérification par les cours et tribunaux - Matière répressive - Arrêt d'annulation du Conseil d'État - Maintien des effets de l'acte annulé - Principe de sécurité juridique - Principe de légalité en matière pénale
Cass., 2^e ch., 24 février 2021 567

■ Moyen de cassation - Éléments de fait nécessaires à son appréciation - Astreinte - Décision rectifiée - Signification
Cass., 3^e ch., 26 octobre 2020 568

■ Discipline des avocats - Article 456, alinéa 4, du Code judiciaire - Fonction exercée au moment des faits reprochés - Compétence territoriale - Conseil de discipline d'un autre ressort - Mesure d'ordre - Opposition irrecevable
Conseil de discipline d'appel francophone et germanophone, prés., 19 mai 2021 569

Chronique

L'entrée en vigueur de la réforme du droit des biens - Deuils judiciaires - La vie du palais - Dates retenues.

LEXIQUE JURIDIQUE BELGE
Sous la coordination de :
Irène Mathy, Guillaume Schultz
392 p. • 50,00 € • Édition 2021
orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068



Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

https://jt.larcier.be
25 septembre 2021 - 140^e année
29 - N^o 6867
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

L'inefficacité du maintien d'effet(s) d'un acte annulé sur le contrôle de légalité incident en matière pénale selon la Cour de cassation

Selon le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, lorsque la section d'administration du Conseil d'État annule un acte administratif tout en maintenant des effets de celui-ci, le juge judiciaire doit s'y conformer. Il ne peut refuser d'appliquer « les effets de l'acte » maintenus. Aux termes de l'arrêt commenté¹, la Cour de cassation ne partage pas cette opinion dans le cadre du jugement de l'action publique. Les exigences de la légalité des poursuites pénales s'y opposent. En matière pénale, l'article 12 et 159 de la Constitution doit être combiné avec l'article 12, alinéa 2, de la Constitution. Et dans les autres matières ? La question reste ouverte. D'autant que le principe de légalité est loin d'être l'apanage des articles 12 et 159 : il est également consacré ailleurs dans la Constitution relativement à d'autres matières. Pour l'heure, une conception relative du maintien d'effet(s) ne peut donc être exclue s'agissant d'une question finalement incidente — directement liée à celle de la légalité — qui mériterait peut-être même d'être tranchée par chaque juge dans le cadre du contentieux pendant devant lui...

1 Introduction : le maintien d'effet(s), ses auteurs et leurs interactions

Dans la Constitution, chaque règle a son article et chaque article a sa règle. Ne pas en tenir compte est une aventure dangereuse et incertaine. Chaque acteur s'estime alors autorisé de faire les liens qu'il souhaite et réécrire la Constitution à sa guise, selon son propre point de vue et son propre angle d'approche, à l'encre des principes généraux du droit^{1bis}. Le seul acteur susceptible de siffler la fin de la récréation, dans ce contexte, est l'auteur lui-même de la norme interprétée, à savoir le constituant². À moins que les acteurs ne s'entendent préalablement. Tel n'est manifestement pas le cas en ce qui concerne la portée du maintien d'effet(s) d'un acte annulé par le Conseil d'État sur le contrôle de légalité incident judiciaire. L'heure du « calumet de la paix juridictionnel » n'est pas encore arrivée.

Il faut dire que le législateur fédéral n'a pas été équitable avec les Hautes juridictions du pays en la matière. Il n'a reconnu la prérogative du maintien d'effet(s) d'un acte illégal que dans le chef de la Cour constitutionnelle³, d'abord, et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État⁴, ensuite, sans profiter de la réforme du Code judiciaire pour faire le pas en ce qui concerne les cours et tribunaux judiciaires⁵. Il n'est pas exclu, dans ces conditions, que le pouvoir judiciaire

(1) Cass., 24 février 2021, ci-après, p. 567.
(1bis) La place de ceux-ci dans la hiérarchie des normes et leur contenu sont en effet par nature évanescents et facilitent la créativité et l'imagination.
(2) Celui-ci peut aussi confier au législateur le soin de modaliser la disposition constitutionnelle.
(3) Les articles 8, alinéa 3, et 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.
(4) L'article 14ter des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.
(5) Voy. sur ce point M. NIHOUL, « La Cour de cassation et le geste barrière du maintien d'application d'une norme déclarée illégale pour assurer la sécurité juridique », in *Entre tradition et pragmatisme, Liber amicorum*

se soit senti lésé, s'agissant en définitive du pouvoir de moduler les effets de ses propres décisions dans le temps ou les destinataires et alors que d'autres théories juridictionnelles conduisent au même résultat en pratique. L'on songe par exemple à la théorie du fonctionnaire de fait⁶. Le pouvoir judiciaire pourrait même s'estimer mal récompensé de n'avoir pas vraiment forcé la main au législateur, en passant à l'acte avant la lettre juridique, comme l'avaient fait ses homologues en son temps⁷...

Qu'à cela ne tienne, dans un paysage juridictionnel composé de plusieurs Hautes juridictions voire plusieurs « ordres », la question de l'interaction entre ceux-ci se pose inéluctablement. L'exemple le plus ancien mais aussi habituel est celui de la portée d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État sur le contentieux judiciaire de la responsabilité civile. La question la plus récente concerne précisément la portée du maintien d'effet(s) d'un acte annulé (décidé) par le Conseil d'État sur le contrôle incident de légalité judiciaire de l'acte annulé qu'il s'agit d'appliquer. Jusqu'à l'arrêt commenté, la Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée et l'incertitude était palpable⁸.

Le 9 février 2012, la Cour constitutionnelle avait tenté d'imposer, par la force de son arrêt n° 18/2012, confirmé en 2013 et 2015⁹, la prévalence du contrôle de légalité objectif sur le contrôle de légalité subjectif lorsque le premier débouche sur le maintien d'effet(s) d'un acte annulé¹⁰. Selon elle, l'article 14ter des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, n'est pas incompatible avec les articles 10, 11 et 13 de la Constitution « lus en combinaison avec son article 159, dans l'interprétation selon laquelle il ne permet pas au justiciable d'obtenir que les cours et tribunaux écartent l'application d'un arrêté réglementaire que le Conseil d'État a annulé tout en maintenant ses effets, alors qu'une telle faculté est ouverte au justiciable dans les hypothèses où il n'a pas été fait application de la disposition en cause »¹¹. Deux motifs de droit sont invoqués dans ce sens : la sécurité juridique et l'article 160 de la Constitution. La solution est encouragée en doctrine¹² au-delà du raisonnement spécieux¹³.

Par son arrêt P.20.0965.F du 24 février 2021^{13bis}, la Cour de cassation manifeste sa divergence de vue en matière pénale. « Certes, le principe de légalité garanti par cette disposition s'inscrit dans un ensemble de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, parmi lesquels figure le principe de la sécurité juridique, et c'est aux fins de préserver la sécurité juridique en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises, que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps de ses arrêts d'annulation. Toutefois, lorsqu'il s'agit du jugement de l'action publique, la règle édictée par l'article 159 doit se combiner avec l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans les formes qu'elle prescrit. Cette exigence n'est pas rencontrée par le maintien des effets d'un acte réglementaire illégal ».

Exit l'article 160 de la Constitution. *Introit* l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, dont en quelque sorte « il ne peut être fait abstraction »¹⁴ en matière pénale. Maintien apparent de la sécurité juridique dont la portée en l'espèce est cependant très différente. Comment ne pas y voir une réponse du berger à la bergère, dans les deux cas de la légalité ? En témoigne directement le mot « certes ».

2 La portée de l'arrêt : limitée au droit pénal ?

À la lecture de ces attendus, toute conclusion hâtive doit être soigneusement évitée au-delà des apparences. En l'espèce, la Cour de cassation s'est prononcée uniquement en matière pénale. L'on pourrait certes y lire entre les lignes que, sur le principe, la Cour de cassation rentrerait dans le « rang objectif » pour ce qui concerne les autres domaines du droit et qu'elle se serait permis une incartade exclusivement

Paul Alain Foriers, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1659-1679.

(6) Plus généralement, Diane Déom invitait en 2010 à « construire une théorie de l'opposabilité des actes administratifs, fussent-ils illégaux, afin de définir les limites dans lesquelles l'écoulement du temps ou l'extériorité des effets en cause justifient une certaine consolidation » après s'être émue de la possible remise en cause de tout acte administratif récent ou ancien présentant un rapport même indirect avec le litige. « Jusqu'ou faut-il pousser les progrès du contrôle de légalité » en évoquant le cas d'école de l'action en dommages et intérêts que pourrait tenter un client mécontent de son conseil, introduit contre l'Ordre des avocats, parce que cette institution a inscrit au tableau un individu illégalement admis en première primaire au mépris des lois linguistiques, de sorte que toute sa carrière en est irrémédiablement viciée... ? « Cet exemple absurde n'a d'autre but que de mettre en évidence l'importance de la problématique du "lien causal" entre l'acte qui est taxé d'illégalité et l'enjeu du litige. Une certaine proportionnalité doit sans doute être respectée, là aussi, pour éviter certaines dérives » (D. DÉOM, « Le refus d'application », in M. NIHOUL, (dir.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruges, la Charte, 2010, n° 23, p. 174). De même, l'on peut se demander si l'inutilisation du nouveau délai de six mois pour exercer un recours administratif ou judiciaire contre un acte administratif qui trouve sa base juridique dans une loi annulée ne devrait pas empêcher d'invoquer l'illégalité de cette disposition ultérieurement sur le fondement de l'article 159 de

la Constitution ? *Contra* Cass., 9 janvier 2020, RG n° C.18.0146.N/1, www.cass.be. Une réforme de l'article 159 de la Constitution est requise, le cas échéant.

(7) Par un arrêt du 20 décembre 2007, la Cour de cassation a cependant considéré qu'« [i]l appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle. Le juge qui constate ainsi l'application dans le temps de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle, doit tenir compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique » (en l'espèce en fonction de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle) (Cass., 1^{re} ch., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2421 et *J.T.*, 2009, p. 264, avec les observations très critiques de J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité », pp. 257 et s., n°s 13-14 : l'éminent commentateur observe que la Cour de cassation autorisait ainsi le juge du fond à procéder à une « consolidation » que le législateur n'avait pas (encore) permis à la Cour constitutionnelle elle-même d'opérer). Voy. aussi Cass., 1^{re} ch., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1406 (formule quasi identique évoquant « l'effet dans le temps » et critère identique) ; Mons, 17 juin 2009, *T.F.R.*, 2010, p. 86, note S. DE RAEDT, « Het Grondwettelijk Hof buiten spel gezet in naam van de rechtszekerheid ». Rapp. C.T. Bruxelles, 17 janvier

2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 647 où la Cour du travail fait subtilement sienne la « proposition » faite par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011 de fixer au 8 juillet 2013 les effets de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution par l'article 59 de la loi du 3 juillet 1978 à laquelle conclut la Cour constitutionnelle (alors que la loi spéciale ne l'y autorisait pas encore dans le contentieux préjudiciel).

(8) M. NIHOUL, « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ? Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier », note sous C. const., n° 18/2012, 9 février 2012, *A.P.T.*, 2012, pp. 401-413, ici n° 6 ; du même auteur, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016, pp. 274-303, ici n°s 51 et 54 ; D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 328.

(9) Voy. C. const., 21 février 2013, n° 14/2013 ; C. const., 16 juillet 2015, n° 103/2015.

(10) À tout le moins durant la période de maintien lorsque celui-ci est limité dans le temps. Les conséquences d'un tel dispositif peuvent être imprévisibles et potentiellement explosives en matière judiciaire, le cas échéant. Il est en effet loisible d'être évident d'anticiper toutes les situations particulières susceptibles de découler de l'application d'un texte général voire aussi d'une décision individuelle.

(11) B.2.1.

(12) M. PÂQUES, *Principes de conten-*

tieux administratifs, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 419 ; D. RENDERS et B. GORS, *op. cit.*, p. 328 ; J. THEUNIS, « Handhaving van de gevolgen van een vernietigde bestuurshandeling door de Raad van State », in M. VAN DAMME (éd.), *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2014, p. 102 ; F. TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, pp. 737-743.

(13) L. DONNAY et P. LEWALLE, *Manuel de l'exécution des arrêts du Conseil d'État*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 161-174, spéc. p. 162 où les auteurs qualifient le raisonnement « des plus astucieux, à défaut d'être juridiquement inébranlable ». Pour une critique plus radicale : M. NIHOUL, *op. cit.*, *A.P.T.*, 2012, pp. 401-413 ; du même auteur, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016, pp. 274-303, ici n° 6.

(13bis) Voy. aussi entre-temps la note critique de M.-F. RIGAUX, « Le maintien des effets d'une disposition annulée par le Conseil d'État : une discutabile querelle des investisseurs », *R.D.P.C.*, 2021/6, pp. 690-709.

(14) Comp. C. const., 9 février 2012, n° 18/2012, B.8.1. « Si le contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes administratifs, garanti par l'article 159 de la Constitution, a pu, à l'origine, être conçu comme absolu, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, d'autres dispositions constitutionnelles et de conventions internationales ».

en matière pénale. À l'inverse, il ne peut toutefois pas être exclu qu'il s'agisse là d'un précédent amorçant une dialectique susceptible de s'étendre à tout autre domaine du droit.

Force est simplement d'observer à ce stade que, dans les lignes qui précèdent l'estocade, la Cour de cassation ne reconnaît nullement la prévalence de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur l'article 159 de la Constitution. Elle prend seulement acte que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps de ses arrêts d'annulation aux fins de préserver la sécurité juridique. En matière pénale, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution est invoqué pour neutraliser le geste barrière du maintien d'effet(s) d'un acte annulé par le Conseil d'État. Dans d'autres matières, d'autres dispositions constitutionnelles pourraient être invoquées dans le même sens, avec le même effet, « pour faire la différence ». En réalité, chaque contentieux est susceptible de réserver sa surprise et le principe même de l'attribution d'un tel pouvoir de maintien peut encore être contesté. La Cour constitutionnelle, de son côté, s'était prononcée en des termes certes généraux mais en matière d'allocations dans le domaine des soins hospitaliers et au regard des articles 10, 11 et 13 exclusivement¹⁵. Et si « la guerre du maintien d'effet(s) » n'avait pas lieu, en définitive ?

3 Les faits à l'origine de l'arrêt

Les faits à l'origine de l'arrêt sont simples : un prévenu est acquitté, en appel, de la prévention de ne pas avoir tiré la quantité minimale de gibier fixée par les plans de tir durant les saisons cynégétiques 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017 et 2017-2018 « à défaut de base réglementaire déterminant les années cynégétiques ». Deux arrêtés existaient pourtant bien — dont le plus récent, l'arrêt du gouvernement wallon du 24 mars 2016 fixant les dates de l'ouverture, de la clôture et de la suspension de la chasse du 1^{er} juillet 2016 au 30 juin 2021 pris en exécution de l'article 1^{er} quater de la loi du 28 février 1882 sur la chasse et de l'article 1^{er} de l'arrêt du gouvernement wallon du 22 avril 1993 relatif au plan de tir pour la chasse au cerf — mais le Conseil d'État l'avait annulé par un arrêt n° 245.927 du 25 octobre 2019 (postérieur aux infractions commises) en raison de l'illégalité contagieuse de l'arrêt du 23 mars 1995 fixant le fonctionnement et les modalités de consultation du Conseil supérieur de la chasse. Ce dernier avait été adopté à tort sans respecter la formalité substantielle de consultation de la section de législation du Conseil d'État alors qu'il n'y avait pas une urgence rendant impossible la consultation de celle-ci dans un délai de trois jours. Les avis rendus entre-temps par le Conseil supérieur de la chasse sont donc illégaux, de même que les arrêtés adoptés sur la base d'avis illégaux. Point seulement l'arrêt du 24 mars 2016, mais bien tous les arrêtés du gouvernement wallon antérieurs, également entachés de l'illégalité constatée, en ce compris l'arrêt du 12 mai 2011 qui déterminait les périodes de chasse du 1^{er} juillet 2011 au 30 juin 2016... L'application de tous ces actes administratifs est, partant, écartée par la cour d'appel de Liège conformément à l'article 159 de la Constitution. C'est l'effet papillon de l'illégalité « rejaillissante par répercussion »¹⁶. Avec pour conséquence que plus aucune année visée par les préventions ne dispose encore d'une base réglementaire.

Seulement voilà. L'arrêt n° 245.927 du 25 octobre 2019 avait certes annulé l'arrêt du gouvernement wallon du 24 mars 2016 litigieux, mais, dans la foulée, il avait maintenu « définitivement les effets de l'acte annulé jusqu'à la fin de la saison de chasse le 30 juin 2020 »¹⁷ par application de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil

d'État, et ce pour éviter « d'interdire *de facto* la chasse jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté »¹⁸.

Par ailleurs, par deux arrêts n° 221.879 du 20 décembre 2012 et n° 232.181 du 14 septembre 2015, le Conseil d'État avait rejeté des recours en annulation introduits contre l'article 1^{er} de l'arrêt du 12 mai 2011...

4 Les motifs de l'arrêt et leur analyse détaillée

Les motifs de l'arrêt commenté situent le raisonnement juridique dans la sphère constitutionnelle au sens formel de l'expression. Les termes de l'article 14^{ter} des lois coordonnées ne sont pas vraiment convoqués, si ce n'est à l'entame, par voie de citation, par extrait. C'est l'article 159 de la Constitution qui est mis au centre du jeu et le principe de légalité qu'il consacre parmi d'autres principes du droit à valeur constitutionnelle, dont le principe de la sécurité juridique, mais aussi celui de la légalité des poursuites pénales, par rapport auquel la sécurité juridique ne fait manifestement pas le poids. Le principe de la sécurité juridique est en quelque sorte minorisé devant les deux autres principes généraux à valeur constitutionnelle... lorsqu'il s'agit du moins du jugement de l'action publique ! En effet, c'est précisément l'exigence de légalité des poursuites qui n'est, selon la Cour, « pas rencontrée par le maintien des effets d'un acte réglementaire illégal ».

Chaque mot a son importance dans le raisonnement.

« Certes, le principe de légalité garanti par cette disposition s'inscrit dans un ensemble de principes généraux du droit à valeur constitutionnelle, parmi lesquels figure le principe de la sécurité juridique, et c'est aux fins de préserver la sécurité juridique en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises, que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps de ses arrêts d'annulation.

» Toutefois, lorsqu'il s'agit du jugement de l'action publique, la règle édictée par l'article 159 doit se combiner avec l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans les formes qu'elle prescrit.

» Cette exigence n'est pas rencontrée par le maintien des effets d'un acte réglementaire illégal ».

Ces mots appellent huit observations.

4.1. Première observation. L'article 160 de la Constitution n'est pas du tout convoqué dans le débat, pas même à l'entame, alors que selon la Cour constitutionnelle, l'article 159 doit être lu en combinaison avec l'article 160 de la Constitution (lequel consacre l'existence du Conseil d'État et dont pour mémoire « il ne peut être fait abstraction »), à travers lequel l'article 14^{ter} des lois coordonnées devrait être considéré comme ayant été en quelque sorte constitutionnalisé en manière telle qu'il ne puisse plus être considéré contraire à l'article 159 de la Constitution.

Non seulement la Cour de cassation évacue l'article 160 de la Constitution mais elle lui substitue une autre disposition constitutionnelle, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, dont l'importance n'est plus à démontrer en matière pénale. Autre disposition constitutionnelle mais raisonnement identique puisque la Cour de cassation choisit également la voie de la combinaison des principes, mais cette fois pour renforcer la portée de l'article 159 de la Constitution en combinant celui-ci avec la légalité des poursuites consacrée par l'article 12, alinéa 2, de la Constitution. L'avantage de ce raisonnement, par rapport à celui de la Cour constitutionnelle, est de rester strictement et rigoureusement dans le « jardin constitutionnel » au sens formel du terme sans mêler ou s'égarer dans les autres niveaux de la hiérarchie des normes.

(15) Dans les deux autres affaires en ce qui concerne successivement l'environnement (permis d'environnement pour exploiter un dancing) et la réforme du Conseil d'État étendant le maintien d'effet(s) aux actes individuels.

(16) Pour paraphraser l'arrêt commenté.

(17) « [H]ormis pour l'article 12, 4^o, concernant la sarcelle d'hiver et en ce qui concerne les dispositions auto-

risant la chasse à l'approche durant les périodes aurorales et crépusculaires ».

(18) La justification fondamentale du maintien d'effet(s) est en effet la suivante. « L'annulation globale de l'acte attaqué a pour conséquence d'interdire *de facto* la chasse jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté. La pratique de la chasse participe au maintien d'un équilibre entre les différentes espèces ainsi qu'entre la faune

et la flore. L'arrêt impromptu de sa pratique au milieu d'une saison cynégétique pourrait entraîner des conséquences sur cet équilibre. Une modification des pratiques de chasse autorisées dans ce cadre aurait également un impact plus important si elle a lieu dans les mois où le plus grand nombre d'espèces est susceptible d'être chassé. L'atteinte au droit fondamental à un environnement sain qui est constatée dans l'examen du

cinquième moyen ne concerne que la possibilité de chasser à l'approche aux périodes aurorales et crépusculaires. Ce constat ne s'oppose pas à la reconnaissance de circonstances exceptionnelles liées à l'équilibre entre les différentes espèces ainsi qu'entre la faune et la flore justifiant le maintien des autres dispositions de l'arrêt annulé ».

C'est là où l'arrêt commenté peut être lu comme une réponse du berger à la bergère. À l'argument fragile d'une vague consécration constitutionnelle de tout un système de contrôle de légalité objectif, la Cour de cassation oppose un véritable pilier constitutionnel par ailleurs consacré directement au niveau international.

4.2. Deuxième observation. La sécurité juridique, quant à elle, est bien prise en compte comme l'avait fait à l'époque la Cour constitutionnelle. Elle était même centrale dans sa jurisprudence. La valeur de la sécurité juridique est toutefois limitée à un principe à valeur constitutionnelle alors que la Cour constitutionnelle l'avait propulsée au niveau de principe à valeur internationale pour la sublimer et faire plier devant elle le principe de légalité. Un tel raisonnement était pour le moins contestable puisque si l'article 14^{ter} des lois coordonnées est un instrument de la sécurité juridique, celle-ci ne suffit ni à établir juridiquement le pouvoir de maintien d'effet(s) dans le chef de la juridiction administrative ni à surclasser le siège légal précis de celui-ci. Chaque règle a son siège sans jeu de chaise musicale possible. Dans le cas contraire, toute règle fondée sur un principe supérieur devrait être qualifiée à l'aune de celui-ci et échapper au poids (c'est-à-dire aux lois) de la hiérarchie des normes...

4.3. Troisième observation. Par cet arrêt, la Cour de cassation a pris position pour la première fois, à notre connaissance, au sujet de la portée du maintien d'effet(s) sur le contrôle de légalité de l'article 159 de la Constitution. Comme indiqué déjà, cette attitude est toutefois située dans une discipline précise du droit et ne vaut donc, pour l'instant, qu'en droit pénal. Ce n'est en effet que « lorsqu'il s'agit du jugement de l'action publique, [que] la règle édictée par l'article 159 doit se combiner avec l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, selon lequel nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans les formes qu'elle prescrit ».

Avec le recul, ce n'est pas étonnant. Dans cet arrêt, la Cour de cassation suit les conclusions du ministère public, en l'espèce rédigées par un pénaliste, probablement séduit par l'appel des sirènes, au son de l'autonomie de sa discipline. En l'occurrence et pour la petite histoire, la sirène n'était autre que l'avocat de la partie poursuivie, lequel est parvenu à convaincre le ministère public, certes déjà hésitant, de changer d'avis entre ses conclusions écrites et l'audience par une simple note.

4.4. Quatrième observation. Le raisonnement tenu par la Cour de cassation est-il voué à rester l'exception ou à devenir la règle générale, à tout le moins chaque fois qu'une disposition constitutionnelle consacre le principe de légalité dans un domaine particulier ? L'on songe aux taxes et impôts (le domaine fiscal) (170), à l'assignation juges (13), la légalité des peines (14), l'inviolabilité du domicile (15), l'expropriation (16), la plupart des droits et libertés fondamentaux... L'exigence de chacune de ces dispositions est susceptible d'être interprétée comme n'étant pas rencontrée par le maintien d'effet(s)... La question reste ouverte à ce stade.

4.5. Cinquième observation. Lorsque le maintien d'effet(s) est décidé par le Conseil d'État à propos d'un règlement, ledit Conseil procède « par voie de disposition générale » selon les termes de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État. La volonté du législateur pourrait paraître claire : le maintien doit avoir force légale ou normative, sans que l'on sache toutefois si cette force est inhérente à l'œuvre juridictionnelle, laquelle serait critiquable voire inconstitutionnelle eu égard à la séparation des pouvoirs ou au principe d'indépendance notamment et risquerait de créer des discriminations non susceptibles de

recours, ou à la disposition elle-même certes annulée mais dont les effets sont maintenus.

Une lecture littérale de l'article 14^{ter} des lois coordonnées conduit à retenir la première interprétation.

Ce ne semble pas être la lecture retenue par le demandeur en cassation dans la mesure où le moyen, en l'espèce, était « pris de la violation de l'article 159 de la Constitution, de l'article 14^{ter} des lois coordonnées sur le Conseil d'État, des articles 1^{er}, § 1^{er}, 2^o, et 1^{er} quater de la loi du 28 février 1882 sur la chasse, de l'article 1^{er} de l'arrêté du gouvernement wallon du 22 avril 1993 relatif au plan de tir pour la chasse au cerf et de l'article 1^{er} de l'arrêté du gouvernement wallon du 24 mars 2016 fixant les dates de l'ouverture, de la clôture et de la suspension de la chasse du 1^{er} juillet 2016 au 30 juin 2021 » et non de l'arrêt d'annulation maintenant des effet(s) de l'acte.

La Cour constitutionnelle aussi postule cette lecture lorsqu'elle indique que « Dérogeant à l'effet rétroactif d'un arrêt d'annulation, la disposition en cause a pour effet que le règlement annulé, dont les effets ont été maintenus en tout ou en partie, ne disparaît pas de l'ordonnement juridique et demeure par conséquent un règlement »¹⁹. Et pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État est inverse. Dans l'arrêt *Debie* n° 199.085 du 18 décembre 2009, en tous cas, le Conseil d'État considère que le législateur a « entendu conférer une valeur *erga omnes* à la décision du Conseil d'État ordonnant qu'un acte réglementaire irrégulier puisse produire des effets de droit ; qu'une telle décision juridictionnelle, prise dans un souci de sécurité juridique, conforte temporairement l'acte réglementaire en cause et paralyse l'exercice de la censure de non-application pour les mesures d'exécution prise durant la période correspondant au maintien de ses effets ; qu'une telle paralysie temporaire de la censure de non-application ne contrevient pas à l'article 159 de la Constitution dès lors que cette disposition ne vise que les règlements ou arrêtés et ne peut trouver à s'appliquer à ceux qui se voient reconnaître une valeur juridique temporaire par le dispositif d'un arrêt du Conseil d'État valant disposition générale ; que la circonstance que le requérant n'était pas partie à la procédure ayant donné lieu à l'arrêt du 22 septembre 2006 ne peut remettre en cause l'autorité de chose jugée *erga omnes* qui s'attache à cette décision » (nous soulignons). La Cour de cassation semble suivre le Conseil d'État sur ce point lorsqu'elle écrit que « c'est aux fins de préserver la sécurité juridique en évitant de mettre à mal, par l'effet de l'annulation, des situations juridiques acquises, que le Conseil d'État s'est vu conférer un pouvoir de modulation dans le temps de ses arrêtés d'annulation ».

Sur le plan technique, la question est cruciale quand le maintien d'effet(s) est décidé par le juge judiciaire eu égard à l'autorité relative de la plupart des décisions judiciaires²⁰, mais point en droit pénal précisément. L'idéal eût été que le législateur tranche lui-même définitivement la question en donnant au besoin une force particulière à la décision de justice concernée car la question est somme toute quelque peu artificielle. S'agissant d'un pouvoir de moduler les effets de ses décisions, le juge peut en effet limiter les effets de la sanction qu'il prononce, en l'occurrence l'annulation. En théorie, l'effet d'une norme (relevant de sa force exécutoire) est l'accessoire de son existence (liée à la force obligatoire) en manière telle que si la norme est annulée, elle ne peut plus avoir d'effet(s) par elle-même. Par ailleurs l'effet maintenu est ici d'empêcher son contrôle de légalité et le refus d'application qui en découle en cas de résultat négatif, effet qu'un acte par lui-même ne peut pas avoir en principe. Dans cette double mesure, le maintien d'effet(s) d'un acte annulé est paradoxal ou contradictoire. Moduler l'annulation elle-même en la différant par exemple serait techniquement

(19) B.6, deuxième paragraphe. La Cour parle aussi avec cohérence du pouvoir de modulation dans le temps des effets des arrêtés d'annulation.

(20) La question prend assurément une dimension particulière dans le cadre du droit d'action d'intérêt collectif expressément reconnu aux personnes poursuivant la défense des droits fondamentaux par l'article 17, alinéa 2, du Code judiciaire dont l'effet relatif serait le cas échéant élargi. Tel n'est pas le cas lorsque le tribunal de première instance, au titre de me-

sure provisoire, condamne « l'État belge, représenté par la ministre de l'Intérieur, à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à la situation d'illégalité apparente découlant des mesures restrictives des libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution et les instruments internationaux qui lient la Belgique contenues dans l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 et ses arrêtés subséquents et ce, dans un délai maximal de 30 jours calendriers à dater de la si-

gnification de la présente ordonnance, ceci sous peine d'une astreinte de 5.000 EUR par jour de retard, avec un montant maximum de 200.000 EUR, les astreintes commençant à courir dès l'expiration du délai précité » (Civ. Bruxelles, réf., 31 mars 2021, RG n° 2021/14/C, inédit). En effet, le maintien d'effet(s) des arrêtés constatés illégaux en apparence n'est pas prononcé, fut-ce au terme des 30 jours calendriers, laissant la question ouverte dans les cas individuels et créant ainsi l'insécurité. Il

aurait pu l'être si la demande principale n'avait pas été jugée contraire à la séparation des pouvoirs, tendant à interdire de prendre toute mesure d'application ou exécution des arrêtés, faire retirer les mesures déjà prises et enjoindre de donner des instructions pour qu'aucune infraction ne soit plus constatée ni aucune poursuite diligentée, le tout dans l'attente d'une loi ou à tout le moins d'une décision au fond.

et sémantiquement plus correct. Si cette possibilité n'est pas comme telle expressément reconnue à la section du contentieux administratif du Conseil d'État par les lois coordonnées, elle n'est pas nécessairement exclue et pouvait être tentée en l'espèce, en donnant par exemple un délai au gouvernement pour rétablir la légalité avant que l'annulation ne sorte ses effets.

4.6. Sixième observation, sous la forme d'une question. N'est-on pas en droit d'attendre d'une juridiction qui maintient des effets d'un acte annulé qu'elle précise expressément, outre les motifs de ce dispositif, ceux des effets qui sont maintenus, notamment en ce qui concerne la poursuite pénale, dont il est permis de se demander si elle n'est pas un de ces effets ?

Nous sommes bien conscients de risquer, en soutenant de tels propos, une critique fondée sur le nécessaire respect des compétences de chaque juridiction qui impliquerait, en l'espèce, l'interdiction faite au Conseil d'État de statuer sur une question purement pénale relevant des cours et tribunaux.

La parade à une telle critique impliquerait alors que chaque juridiction puisse se prononcer sur le maintien d'effet(s) ou non dans le cadre du litige dont il est saisi et à tout le moins au regard de la justification donnée et donc de la finalité poursuivie. Force est de rappeler, à cet égard, que le maintien d'effet(s) était en l'espèce justifié par la volonté d'éviter « d'interdire *de facto* la chasse jusqu'à l'adoption d'un nouvel arrêté ». Autrement dit, la Région wallonne et les chasseurs étaient obnubilés par le fait que la chasse serait, sans maintien des effets, complètement interdite en pleine saison. Mais il semble que personne n'ait songé à la dimension contraignante et pénale sous-jacente du maintien d'effets, à savoir l'existence d'une obligation imposée de chasser, sanctionnée en cas de non-respect. Celle-ci est pourtant inhérente à l'objectif poursuivi par la réglementation, à savoir maintenir l'équilibre entre les différentes espèces ainsi qu'entre la faune et la flore.

En toute hypothèse, imposer une limitation des effets maintenus, proportionnelle à la justification avancée et au caractère exceptionnel de la situation rencontrée, paraît à tout le moins juste et légitime. Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante, écrivait Montesquieu. Cela vaut aussi pour le juge, surtout lorsqu'il agit par voie de disposition générale.

4.7. Septième observation. Dans ses conclusions conformes, l'avocat général D. Vandermeersch a plusieurs fois hésité dans la réponse à apporter à la question fondamentale posée.

Une première fois dans ses conclusions écrites du 29 décembre 2020. Avant de se rallier à la thèse du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, deux objections sont soulevées. D'abord à propos du principe même du maintien d'effet(s) qui porte sur un acte illégal puisqu'annulé : « cet acte a été jugé illégal et le reste nonobstant le maintien des effets. Mais il est vrai que ce raisonnement vaut également lorsque le juge constitutionnel maintient les effets d'une disposition légale jugée inconstitutionnelle » (p. 6). Or, faut-il compléter, les poursuites fondées sur une telle disposition légale sont admises dans ce cas de figure. Et le maintien d'effet(s) devant la Cour constitutionnelle est réglé par la loi spéciale, non par la Constitution ni par une loi ordinaire. Toutefois, le contrôle de conformité des normes de valeur législative est un contentieux réservé à la Cour constitutionnelle pour l'essentiel.

Ensuite, le caractère discriminatoire probable de cette thèse « entre, d'une part, les arrêtés annulés par le Conseil d'État mais dont le maintien des effets a été ordonné par le Conseil d'État et, d'autre part, les arrêtés qui soit n'ont fait l'objet d'aucun recours, soit ont fait l'objet d'un arrêt de rejet du Conseil d'État. En effet, les premiers, jugés illégaux et annulés par le Conseil d'État, devraient toujours être appliqués par le juge de l'Ordre judiciaire en raison du maintien des effets tandis que la légalité des autres qui n'ont fait l'objet d'aucun recours, voire dont le recours a été rejeté par le Conseil d'État, resteraient soumis au contrôle de légalité par les cours et tribunaux conformément à la Constitution. Dans la mesure où cette distinction ne paraît pas reposer sur une justification objective, de sorte qu'elle pourrait constituer une discrimination prohibée par les articles 10 et 11 de la Constitution, ne faudrait-il pas envisager de poser au juge constitutionnel une nouvelle question préjudicielle à cet égard ? » (p. 6).

Une deuxième fois, l'avocat général D. Vandermeersch hésite et bascule d'ailleurs définitivement, entraînant la Cour avec lui, du côté de la « force obscure »²¹ de l'autonomie du droit pénal, à la suite du dépôt par le défendeur d'une note en réponse établie conformément à l'article 1107, alinéa 3, du Code judiciaire. Dans cette note, le défendeur soutient avec conviction que la condamnation sur la base d'un arrêté jugé illégal mais dont les effets sont maintenus « contreviendrait de façon flagrante à l'article 12 de la Constitution ».

La valeur internationale du principe de légalité des incriminations et des peines, « pierre d'angle du droit pénal », est invoquée, à travers leur consécration par les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 49 de la Charte européenne des droits fondamentaux, au point de poser la question de la compatibilité de l'article 14ter des lois coordonnées avec ce principe fondamental du droit pénal.

Plusieurs effets de plume sont recherchés avec l'effet *erga omnes* de la déclaration d'illégalité²² — laquelle précède nécessairement l'annulation et lie également — là où le Conseil d'État avance dans sa jurisprudence le même effet en ce qui concerne le maintien d'effet(s)²³ ou encore l'objet précis de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui ne porte pas sur le maintien d'effet(s) en matière pénale « et encore moins au regard du principe de légalité » des incriminations et des peines.

La conclusion devient le rejet du pourvoi, introduit par le procureur général près la cour d'appel de Liège, car « en matière pénale, il n'y a pas lieu d'opposer le principe de légalité et le principe de sécurité juridique : au contraire, en cette matière, ces deux principes sont appelés à se conjuguer et à se renforcer mutuellement²⁴. Le principe de légalité doit précisément offrir une sécurité juridique au justiciable et le principe de sécurité juridique rend impératif le respect du principe de légalité » (p. 10).

À vrai dire, il n'y a pas qu'en matière pénale que la légalité et la sécurité juridique se renforcent mutuellement. Cet élément avait déjà été souligné en doctrine²⁵.

4.8. Huitième observation. Quoi qu'il en soit, le maintien d'effet(s) d'un acte illégal ne peut avoir pour effet de violer le droit européen pas plus que le refus d'application en manière telle que l'un ou l'autre pourrait s'imposer « par le haut », sans détour par un raisonnement constitutionnel.

(21) La conclusion n'est en effet pas celle d'une conception relative du maintien d'effet(s) en toute matière mais bien seulement en matière pénale sans imaginer qu'il puisse en aller de même dans d'autres voire dans toute matière(s).

(22) Sur le caractère controversé de l'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente, voy. M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. NIHOUL (éd.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident* (éd.),

Bruges, la Charte, coll. Projucit, 2010, pp. 209-300 et les références citées.

(23) C.E., *Ewbank et crts*, arrêt n° 245.229 du 24 juillet 2019 : la partie du dispositif maintenant les effets de l'acte annulé « est revêtu d'une autorité absolue de la chose jugée, en manière telle que les effets de l'arrêté doivent être maintenus quelle que soit l'illégalité sanctionnée par le juge administratif ».

(24) La Cour constitutionnelle a été amenée à préciser la portée du principe de légalité en matière pénale en

se référant notamment à la nécessité d'offrir la sécurité juridique : suivant cette Cour, ce principe procède de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la

conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation (C. const., 6 décembre 2012, arrêt n° 145/2012, § B.7)

(25) M. NIHOUL, « Le maintien d'effet(s) de l'acte annulé étendu aux actes administratifs individuels : entre acharnement thérapeutique et soin palliatif », *A.P.T.*, 2016, p. 277, n° 6.

5 Le cœur de l'arrêt : la légalité et la prévisibilité

Le cœur du raisonnement de la Cour vise donc les exigences du principe de légalité visé à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution. Certes, ces exigences reçoivent une consécration en droit international, mais il faut reconnaître, sauf erreur, qu'elles ne sont pas plus fortes à ce niveau, dans le contenu relevant pour l'espèce jugée, que celles prévues par la Constitution. L'on observera au demeurant que ces exigences ne sont pas précisées par la Cour dans son arrêt ni comparées avec celles du principe de légalité consacré par l'article 159 de la Constitution ou d'autres dispositions constitutionnelles qui le prévoient également.

Mais quelles sont ces exigences, précisément et en fin de compte ? Et doivent-elles être considérées *in abstracto* ou *in concreto* ?

La doctrine a pris l'habitude de distinguer la légalité formelle, sous l'angle de la séparation des pouvoirs et des organes de l'État lequel privilégie d'une certaine manière l'action du pouvoir législatif sans toujours exclure celle du pouvoir exécutif voire du pouvoir judiciaire, de la légalité matérielle, au sens de la certitude et la prévisibilité du droit, lesquelles requièrent qualité, plus précisément clarté et accessibilité, de la règle.

Or, les dernières études montrent que les exigences de la légalité varient d'une matière à l'autre, voire d'un élément à l'autre au sein d'une même matière, et d'un pouvoir à l'autre, voire d'un organe à l'autre au sein d'un même pouvoir. Ainsi, sous l'angle de la séparation des pouvoirs, « les applications du principe de la légalité formelle varient non seulement d'une matière à l'autre, mais aussi selon la juridiction saisie »²⁶. Il en va de même du principe de la légalité substantielle, au sens de la qualité de la loi en termes de clarté et d'accessibilité, dont les exigences varient même d'une incrimination à l'autre en droit pénal belge²⁷. Comment, dans ces conditions, postuler par principe, sans autre forme de précision, que les exigences de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution ne sont pas rencontrées ?

Par ailleurs, toute la difficulté, en l'espèce, et qui semble brouiller les catégories, réside dans la circonstance que la légalité n'est pas acquise pour une question de forme dans l'élaboration de la règle mais que le doute à ce sujet *in tempore non suspecto* pourrait avoir compromis la prévisibilité de celle-ci. En l'espèce, autrement dit, c'est un élément de forme lié à l'élaboration de la norme qui semble porter atteinte à la sécurité juridique... dans une matière qui plus est non essentielle.

C'est pourquoi une approche concrète, à notre estime, mérite d'être retenue et privilégiée, puisqu'*in abstracto* et malgré qu'on eût pu l'espérer, la légalité n'est pas ce qu'elle est ou n'est plus ce qu'elle devait être, c'est-à-dire constante, pour former un principe constant. Il n'y a plus une légalité mais des légalités, autrement dit. Il n'y a plus un principe de légalité, mais des principes de légalité. Et en réalité, même le mythe d'exigences propres à une disposition constitutionnelle ou à une matière spécifique comme la matière pénale ne correspond plus ou pas à aucune réalité. C'est le cas en ce qui concerne l'article 12, alinéa 2, de la Constitution mais aussi l'article 159 de la Constitution dont les exigences varient déjà selon que l'on se trouve devant le juge judiciaire et la Cour des comptes ou... le Conseil d'État... les exigences judiciaires du contrôle incident de légalité pouvant paraître, de ce point de vue, déjà plus étendues, et donc plus grandes, en termes de champ d'application matériel (les actes individuels) ou temporel (les délais). Quant aux applications et effets de l'article 159 de la Constitution, ils sont innombrables et nécessairement variables, selon les matières et les contentieux, ce qui en fait d'ailleurs tout le sel²⁸.

In concreto, donc, le principe de légalité des infractions en matière pénale vise à garantir la prévisibilité du comportement que peut ou doit adopter le citoyen en toute... sécurité, c'est-à-dire sans reproche.

La question se pose, sous cet angle, du droit à la désobéissance et de la prise en compte, ou non, du droit de ne pas respecter le commandement de l'autorité que le citoyen juge illégal en son âme et conscience²⁹. L'on sait que le Conseil d'État oppose à cet égard le « privilège du préalable »³⁰ improprement³¹ conçu comme visant le caractère exécutoire de l'acte et la présomption de légalité dont il serait revêtu jusqu'à décision juridictionnelle contraire, imposant d'en respecter la force obligatoire entre-temps. Cette conception n'est cependant pas partagée par le juge judiciaire selon lequel l'acte illégal ne peut recevoir application, fut-ce par anticipation, mais le cas échéant aux risques et périls de celui qui soutient à tort sa légalité ou son illégalité, selon le cas. Il est même alors jugé « non contraignant »³².

La question se pose aussi de savoir si la prévisibilité doit être interprétée subjectivement ou non.

Dans l'état des informations disponibles, il n'est pas permis de considérer si l'acte a été commis « en connaissance de cause » au motif de l'illégalité de l'arrêt concerné. La requête à l'origine de l'arrêt d'annulation et de maintien d'effet(s) date du 3 juin 2016 et a été introduite notamment par des associations de protection de l'environnement, en particulier l'a.s.b.l. Ligue royale belge pour la protection des oiseaux (LRBPO) et l'a.s.b.l. Global Action in the Interest Of Animals (GAIA), avec intervention de l'a.s.b.l. wallonne du Royal Saint-Hubert Club de Belgique (RSHCB) et l'a.s.b.l. Fédération des chasseurs au grand gibier de Belgique (FCGGB) par requête introduite le 25 juillet 2016. À ce moment, il semble que les saisons cynégétiques 2014-2015 et 2015-2016 étaient déjà écoulées, en manière telle qu'il peut être difficilement soutenu, dans l'état actuel de nos informations, que la prévisibilité quant à la légalité, durant cette période, n'était pas acquise³³. Au demeurant, les faits litigieux, dans un premier temps, portaient exclusivement sur la chasse et corrélativement la protection de la perdrix et de la sarcelle d'hiver en ce qui concerne la suspension. Celle-ci visait l'exécution de l'arrêt du gouvernement wallon du 24 mars 2016 fixant les dates de l'ouverture, de la clôture et de la suspension de la chasse du 1^{er} juillet 2016 au 30 juin 2021 en ce qu'il a trait à la perdrix grise et à la sarcelle d'hiver étaient demandés. L'ensemble de l'arrêt était visé par la requête en annulation, bien que certains moyens ou branches de moyens visaient plutôt la chasse de différentes espèces d'oiseaux principalement.

Bref, c'est à l'aune des circonstances de l'espèce que la prévisibilité doit être examinée en manière telle que si le maintien d'effet(s) ne porte pas atteinte à celle-ci, les exigences de l'article 12, alinéa 2, semblent rencontrées. À suivre ce raisonnement, l'acquiescement n'eut pas dû être prononcé.

6 Le maintien de l'objection fondamentale

Il reste néanmoins, selon nous, l'objection constitutionnelle principale fondée sur l'infériorité de l'article 14^{ter} des lois coordonnées par rapport à l'article 159 de la Constitution et l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, laquelle à notre estime n'est pas valablement résolue par la Cour constitutionnelle. Le contrevenant, en l'espèce, méritait donc d'être acquitté, mais pour ce motif-là et pas un autre. Il est regrettable

(26) H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 858. Il semble même que l'on puisse dire selon le juge saisi, parfois au sein d'une même juridiction.

(27) Y. CARTUYVELS, « Le principe de

légalité en droit pénal belge : vers un assouplissement à la carte ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité, un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles Larcier, 2019, pp. 87-99.

(28) D. DÉOM, *op. cit.*, 2010, pp. 147-184.

(29) À ne pas confondre avec le commandement légal de l'autorité, lequel a une vertu justificative de l'infraction

en matière pénale.

(30) Encore récemment : C.E., n^{os} 245.306, 245.307, 245.308 et 245.309 du 14 août 2019.

(31) M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office. Pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001, spéc. pp. 161-178, 310-361 et 387-404, n^{os} 119-130, 243-279 et 298-307.

(32) Cass., 9 novembre 1999, *Pas.*,

1999, I, n^o 595.

(33) Un arrêt n^o 235.987 du 4 octobre 2016 a par ailleurs rejeté la demande de suspension partielle pour absence de moyen sérieux, tout de même, aucun des moyens soulevés en l'espèce ne visant toutefois la composition de la commission concernée.

que la Cour de cassation ait évité de se prononcer de manière générale à ce sujet. Elle semble même juger suffisant à cet égard que la disposition légale se fonde sur le principe à valeur constitutionnelle de la sécurité juridique sans donner à celui-ci une valeur supranationale alors qu'un principe général ne peut en principe déroger à une règle écrite de même niveau.

7 Ober dictum au sujet de la portée relative du rejet

À noter enfin que l'arrêt commenté réaffirme, si besoin en était, l'autorité de chose jugée relative des arrêts de rejet du Conseil d'État. Il faut dire que le demandeur en cassation plaide la thèse selon laquelle « un acte de l'exécutif à l'égard duquel le Conseil d'État a rejeté un recours en annulation échappe à la censure de l'article 159 de la Constitution ». En l'espèce, deux arrêts n° 221.879 du 20 décembre 2012 et n° 232.181 du 14 septembre 2015 rejetaient précisément les recours introduits contre l'article 1^{er} de l'arrêté du 12 mai 2011 en manière telle que, selon lui, l'application de celui-ci ne pouvait être refusée et la cour d'appel ne pouvait dire les préventions sans fondement légal. Un tel raisonnement est toutefois fondé sur une prémisse juridique contraire, puisque les arrêts de rejet n'ont pas l'autorité absolue de chose jugée en manière telle que, le cas échéant, il appartient bien aux cours et tribunaux de vérifier si cet acte est conforme aux lois dans le cadre du litige dont ils sont saisis en application de l'article 159 de la Constitution. Le moyen manque en droit. Le rejet d'un recours en annulation ne confère évidemment aucun brevet de légalité obligatoire — et donc opposable — au règlement visé, autrement dit, même sur les moyens de droit tranchés, sauf entre les parties. Tel n'était pas le cas en l'espèce.

8 Conclusion : la guerre du maintien d'effet(s) aura-t-elle lieu ?

Par son arrêt P.20.0965.F du 24 février 2021, la Cour de cassation affirme son autonomie dans l'appréhension du mécanisme du maintien d'effet(s) d'un acte illégal au regard des principes constitutionnels. Elle le fait dans le domaine du droit pénal, en ce qui concerne la légalité des incriminations, en invoquant l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et la sécurité juridique, là où le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle invoquent l'article 160 de la Constitution et... la sécurité ju-

ridique pour tenter de sauver l'article 14^{ter} des lois coordonnées de l'inconstitutionnalité... dans d'autres matières...

La Cour de cassation affirme aussi son autonomie à l'égard du maintien d'effet(s) décidé par le Conseil d'État mais la question dépasse en réalité ce cas de figure. Lorsqu'un tel maintien est décidé par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation n'y trouve rien à redire, mais il s'agit d'actes législatifs au sens strict qui échappent en grande partie à sa compétence. Par ailleurs, il n'est pas exclu qu'un jour le juge judiciaire — ou le Conseil d'État à titre incident ou même une autorité de tutelle — décide lui-même de maintenir des effets d'un acte pourtant jugé illégal — sans l'annuler par définition —, même si l'article 159 de la Constitution paraît contraignant lorsqu'il prévoit que les cours et tribunaux n'appliqueront pas les actes administratifs illégaux³⁴. En fin de compte, l'article 159 de la Constitution — comme l'article 12, alinéa 2, de celle-ci en matière pénale — « 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 »³⁵; et c'est de ce même principe plus général que découle aussi l'obligation d'annuler l'acte illégal ou d'en réparer les conséquences, selon les attributions respectives. Le maintien d'effet(s) n'est que le geste barrière permettant d'éviter ces sanctions lorsque la sécurité juridique le nécessite. La question est nonobstant : quelle sera la position de la Cour de cassation, voire du Conseil d'État, en présence d'un maintien d'effet(s) judiciaire, par exemple décidé par le juge pénal dans le contexte sanitaire que l'on connaît aujourd'hui pour des motifs évidents de sécurité juridique ou de santé publique ?

On le voit : il est trop tôt pour conclure le chapitre de l'interaction du maintien d'effet(s) en général. Il y a encore trop d'incertitudes, y compris quant à la position de la Cour de cassation par rapport à l'hypothèse plus précise d'un maintien d'effet(s) décidé par le juge administratif dans les autres matières que le droit pénal et son éventuel caractère relatif.

Avec le recul, cependant, il est permis de se demander si le maintien d'effet(s) n'est pas une question incidente — comme celle de la légalité — qui mérite d'être tranchée par chaque juge dans le cadre du contentieux pendant devant lui, en tenant compte des considérations retenues par une autre juridiction pour décider d'un maintien préalable, le cas échéant, mais également des enjeux et circonstances propres au litige à résoudre concrètement, telles la prévisibilité en matière pénale ?³⁶ Une telle conception relative du maintien d'effet(s) remédierait en tous cas à l'incongruité de décisions générales prises à l'occasion de cas particuliers, en cercle limité et sans contradiction suffisante, y compris lorsque le maintien d'effet(s) intervient devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État en ce qui concerne les règlements. Le cas échéant, en effet, tous les citoyens potentiellement concernés n'ont pas l'occasion de se défendre ou de s'exprimer.

Marc NIHOUL
Professeur UNamur
Avocat

(34) L'article 14 des lois coordonnées relatives au Conseil d'État prévoit, quant à lui, que « la section [du contentieux administratif] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et ré-

glements (...) des diverses autorités administratives (...) » et assimilés. Il s'inscrit toutefois dans la lignée des dispositions qui consacrent et garantissent le principe de légalité et la conséquence qui doit en résulter, que ce soit la privation d'effet ou d'existence.

(35) Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003,

p. 761.

(36) N'est-ce pas en définitive ce qu'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 20 décembre 2007 déjà cité par extrait note 7 ? Selon elle, il appartiendrait au pouvoir judiciaire de « fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitution-

nelle dans une réponse à une question préjudicielle » en tenant compte de la légalité et de la sécurité juridique (notamment de la date à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est publié), ce qui relèverait de l'interprétation de la loi ?