

CONCLUSIONS GENERALES

Légalité, sécurité, efficacité

Marc NIHOUL
Professeur FUNDP
Directeur du centre projucit¹
Avocat

(intro)

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

L'article 159 de la Constitution est probablement la « pierre constitutionnelle angulaire » du droit administratif belge.

C'est lui qui a permis l'émergence d'un contrôle juridictionnel des actes administratifs et, dans la foulée probablement, des actes publics au sens large en Belgique.

Plusieurs théories fondamentales du droit administratif ont trouvé leur fondement - et parfois leurs limites - dans l'article 159 de la Constitution. Plusieurs orateurs, ce matin, nous l'ont rappelé à tout le moins incidemment.

La disposition constitutionnelle est, en outre, souvent associée 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.

Et effectivement.

Tantôt, il est affirmé 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 l'article 159.

Tantôt, il est affirmé – et notamment par notre excellent président de séance - que l'article 159 de la Constitution – je cite - « *se rattache directement au principe général du droit, de la séparation des pouvoirs* »² - fin de citation.

Tantôt encore et surtout, pour ce qui est du sujet qui a retenu notre attention toute une journée durant, il est affirmé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 avril 2003 et dans plusieurs conclusions du ministère public dont vous soupçonnez le nom de l'un

¹ www.projucit.be

² Proc. gén. J.-F. Leclercq, alors av. gén., concl. conf. préc. Cass., 10 juin 1996, Pas., 1996, I, 611, ici n° 6, 614 : « *La société, autant que l'individu, est intéressé à la stricte légalité des actes administratifs* ».

des auteurs, que – je cite encore - « *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* »³ - fin de citation.

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 dépassé. Puisqu'il ne constitue plus qu'une application particulière de ce « *principe du droit plus général* ».

Après avoir écouté Renaud van Melsen, ce matin, 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 et 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 respecte. Il s'agit tout au plus d'une certaine forme d'anticipation. L'adage selon lequel « Nul ne peut se faire justice à soi-même » semble donc préservé.

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 administrative. 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 il se les posera lui-même, en cas de contestations. Et le cas échéant, c'est à lui qu'il reviendra de trancher cette contestation. En réalité, le pouvoir décisionnel du juge n'empêche pas le pouvoir décisionnel de l'autorité de devoir 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

³ Cass., 8 avril 2003, RG P.02.1165.N, *Pas.*, 2003, I, p. 761.

profonde conviction au sujet d'une illégalité, je préfère, 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.

François-Xavier Barcena, quant à lui, abordait le champ d'application normatif de l'article 159 de la Constitution. Quelles normes ? Sous cet angle, le principe de droit plus général ~~selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, à savoir une norme, violant une disposition supérieure~~, est libellé en jurisprudence de façon suffisamment large pour s'adapter à toutes les situations, c'est-à-dire à toutes les normes, contrôlées comme de référence, de la norme internationale à l'acte administratif à portée individuelle en passant notamment, pourquoi pas, par la Constitution.

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 peut 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-deçà.

Or, l'on sait 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 finie et dont une étape supplémentaire pourrait être aujourd'hui la simplification du contentieux public.

Une manière de simplifier le contentieux public serait 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. voire à d'autres encore, telles que celles logées dans un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle. A condition bien sûr que soit organisée une véritable publicité des déclarations d'illégalité incidentes. Alors seulement l'on se rapprochera des conditions requises pour permettre au principe de l'article 159 de la Constitution d'acquérir une dimension générale, en ce compris sous forme d'anticipation. 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 peut-être en présence de parties identiques, puisque le minimum c'est l'autorité relative.

Le caractère général de l'article 159 de la Constitution s'est depuis longtemps manifesté au niveau de la sanction du refus d'application 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. Diane Déom nous a invités, ce matin, à une véritable promenade contentieuse pour découvrir l'essence du refus d'application grâce, notamment, à une typologie des situations susceptibles d'être rencontrées.

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 d'accord sans en tirer nécessairement les conséquences qui s'imposent. « L'article 159 de la Constitution est une règle d'ordre public dont la violation n'est toutefois pas toujours soulevée d'office », nous a montré Bruno Lombaert, au terme d'une analyse détaillée de la jurisprudence.

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

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 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 légal. Il est plus singulier lorsqu'il est tiré d'une seule et unique disposition légale, 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 règle, mais bien d'en étendre le champ d'application à des autorités, des normes voire des sanctions qui, au départ, n'étaient pas visées. Et effectivement, nous avons eu l'occasion de nous en apercevoir tout au long de notre colloque.

Le « comble du principe général », si je puis dire, 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 administration⁴.

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 écoutant 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, mais toujours « avec familiarités », comme nous l'avons vu avec Jan

⁴ Il s'agit de l'arrêt du 8 avril 2003 déjà mentionné ci-dessus.

Theunis, spécialement en France et aux Pays-Bas, deux Etats qui nous ont profondément influencés dans nos choix.

De valeur internationale, aussi, car le droit communautaire – qui nous est assez logiquement « supérieur » – je préfère 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, dans un contexte où la séparation des pouvoirs revêt bien moins d'importance. Il a comparé le contrôle aux niveaux interne et européen pour en montrer les différences et les similitudes. Il a surtout montré les articulations du contrôle européen avec le contrôle interne, et l'influence du premier sur le second, faisant apparaître que le premier s'exerce à un niveau supérieur, ce qui n'est évidemment pas sans conséquences. Cela n'empêche pas le Traité européen d'avoir les mêmes difficultés de lettres que notre article 159 de la Constitution belge puisque l'article 241 est formellement limité aux règlements, ce qui n'a pas empêché la Cour de justice des Communautés européennes de lui donner une portée plus large.

Le principe pourrait être de valeur universelle, encore, car 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 responsabilité ou 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 réflexion.

Bref. Après tout, le principe du droit en question est peut-être ce que François Rigaux qualifiait une « fonction essentielle du droit »⁵, que l'on retrouve dans toutes les disciplines et dans tous les Etats. Un principe, en tous cas, qui, à cet égard, mérite bien l'appellation de « *principe du droit plus général* »..., sans préciser par rapport à quoi.

Tel n'est toutefois pas le point de vue exprimé par la Cour de cassation. Le principe 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 159 de la Constitution ? Faut-il, autrement dit, supprimer cette disposition constitutionnelle qui serait superfétatoire ou, au contraire, en étendre la portée pour rendre celle-ci 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 évidente. Dans l'état actuel du droit belge aussi, faudrait-il ajouter. Fut-ce depuis le Parlement wallon.

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 Constitution qu'il s'impose d'opérer une série de choix fondamentaux, quitte à ce que la disposition

⁵ Le refus d'application est la conséquence immédiate d'une contestation au sujet de la légalité d'une règle à appliquer.

constitutionnelle renvoie à une disposition légale - par exemple spéciale - pour en préciser les contours dans le détail. Tant qu'à faire, une disposition constitutionnelle sur la hiérarchie des normes ne serait pas un luxe non plus. Toutes les deux, elles 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 connaître car elle assure sa protection. Elle constitue un droit fondamental.

Pourquoi réviser l'article 159 de la Constitution ? Parce qu'aujourd'hui son libellé est obsolète. Nous avons commencé par là il y a presque 7 heures. L'on se limitera, en conséquence, à observer que le citoyen mérite une Constitution claire et didactique sur les points fondamentaux de l'organisation de l'Etat.

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

Peut-on se permettre de formuler, par exemple, que « *Nul n'appliquera une norme violant une disposition supérieure* » ? Je ne pense pas. Une telle formulation risquerait de compromettre les 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 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 sommes en train 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* », ne fut-ce que 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 d'hypocrisie, à mon sens, car ce serait réserver aux initiés le droit à la résistance. Or, un tel droit est fondamental et doit être identique pour tous les citoyens.

Bref, j'ai le sentiment, Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs, que nous ne viderons pas aujourd'hui définitivement le sujet. Au-delà de la question de fond, celle de la formulation, aussi, mérite davantage encore de discussion et de réflexion.

Et pourquoi pas autour d'un verre de l'amitié que je vous propose de prendre ensemble, sous la verrière, pour clôturer cette belle journée d'étude qui, vous en conviendrez avec moi, aura été riche en enseignements et en questionnements. Merci à tous ceux qui ont participé à son organisation, dans l'ombre comme dans la lumière. Et comme l'on dit parfois, bien que dans d'autres circonstances : nous espérons déjà vous revoir lors d'un prochain colloque. A bientôt.