

*Il résulte de ces dispositions que l'infraction de séjour illégal peut exister indépendamment de la délivrance d'un ordre de quitter le territoire régulier ou de toute autre mesure d'éloignement.*

*Contrairement à ce que le moyen soutient, l'arrêt attaqué ne fonde pas l'infraction de séjour illégal sur l'existence d'un ordre de quitter le territoire, mais sur le constat que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis en l'espèce et que le demandeur ne peut bénéficier de la cause de justification prévue par l'article 70 du Code pénal.*

*En tout état de cause, c'est à bon droit que les juges d'appel considèrent qu'ils sont sans compétence pour statuer, dans le cadre de poursuites du chef de séjour illégal, sur l'octroi d'un titre de séjour ou sur l'existence d'un droit subjectif lié au séjour, n'étant pas saisis d'une telle demande.*

*En vertu de l'article 15 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, le juge pénal n'est compétent pour statuer sur une question administrative soulevée devant lui à titre de défense que lorsqu'une telle question ne fait pas partie des exceptions établies par la loi<sup>2</sup>. Or, l'article 39/1 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit la seule compétence du Conseil du contentieux des étrangers pour connaître des recours introduits à l'encontre des décisions individuelles prises en application des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers<sup>3</sup>.*

*Si l'article 159 de la Constitution s'applique aux dispositions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels<sup>4</sup>, il n'en va pas ainsi lorsque le juge est saisi d'une contestation ayant trait à un droit politique dont le législateur a attribué la connaissance à une autre juridiction créée par la loi en application de l'article 145 de la Constitution<sup>5</sup>. Dès lors que le législateur a confié au Conseil du contentieux des étrangers les contes-*

*tations relatives aux décisions individuelles prises en application de la loi du 15 décembre 1980, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'effectuer le contrôle de légalité prévu par l'article 159 de la Constitution.*

*Dès lors, contrairement à ce que le demandeur soutient, les juges d'appel n'étaient pas tenus de statuer sur la légalité de l'ordre de quitter le territoire.*

*Le moyen, en cette branche, manque en droit. »*

\*  
\* \*

**LA COUR DE CASSATION  
REFUSE LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ  
INCIDENT LORSQU'UN RECOURS  
EST OUVERT DEVANT UNE JURIDICTION  
ADMINISTRATIVE,  
BALLON D'ESSAI OU ERREUR  
SANS LENDEMAIN ?**

par

Xavier DELGRANGE<sup>1</sup>

Chargé d'enseignement  
à l'Université Saint-Louis de Bruxelles  
Maître de conférences  
à l'Université libre de Bruxelles  
Premier auditeur chef de section  
au Conseil d'État

1. Confrontée à un prévenu condamné pour séjour illégal qui conteste devant elle l'ordre de quitter le territoire qui lui a été signifié, la cour d'appel de Liège s'estime incompétente pour apprécier la validité de cet acte administratif, au motif que seul le Conseil du contentieux des étrangers y est habilité. Elle écarte ainsi l'article 159 de la Constitution, qui dispose : « Les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois. »

Reproduisant textuellement l'analyse de son Avocat général, Damien Vandermeersch, la Cour de

HUBEAU, *Migratie- en migrantenrecht, Recente Ontwikkelingen*, Bruges, die Keure, 1999, p. 368. »

<sup>2</sup>Note 3 des conclusions : « Cass., 16 juin 1998, R.G. n° P. 96.1094.N, Pas., 1998, n° 314. »

<sup>3</sup>Note 4 des conclusions : « I. SCHIPPERS, "Les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif revisitées en droit des étrangers", in *Le contentieux administratif. Questions d'actualité*, CUP, vol. 105, 2008, p. 129. »

<sup>4</sup>Note 5 des conclusions : « Cass., 23 octobre 2006, R.G. n° S.05.0042.F, Pas., 2006, n° 502 ; R.C.J.B., 2009, p. 14 ; Cass., 12 septembre 1997, J.T., 1997, p. 840. »

<sup>5</sup>Note 6 des conclusions : « I. SCHIPPERS, "Les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif revisitées en droit des étrangers", *op. cit.*, p. 128. »

<sup>1</sup>Ce texte a été enrichi par les remarques et suggestions formulées par Michel Kaiser, avocat et secrétaire de rédaction de cette revue, et par mes collègues professeurs de droit administratif à l'Université Saint-Louis : François Tulkens, Bruno Lombaert et Pierre-Olivier de Broux.

Cassation valide ce raisonnement : « si l'article 159 de la Constitution s'applique aux dispositions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels, il n'en va pas ainsi lorsque le juge est saisi d'une contestation ayant trait à un droit politique dont le législateur a attribué la connaissance à une autre juridiction en application de l'article 145 de la Constitution. Dès lors que la loi a confié au Conseil du contentieux des étrangers les contestations relatives aux décisions individuelles prises en application de la loi du 15 décembre 1980, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'effectuer le contrôle de légalité prévu par l'article 159 de la Constitution ».

L'arrêt ne laisse pas de surprendre<sup>2</sup>, tant du point de vue de la politique jurisprudentielle (I.) que de celui de la stricte analyse juridique (II.).

L'étonnement croît encore si l'on considère que cette motivation n'était pas indispensable, peut être qualifiée d'*obiter dictum*. En effet, avant de procéder à cette analyse, l'arrêt pose une première conclusion : « l'infraction de séjour illégal peut exister indépendamment d'une mesure d'éloignement. L'arrêt [d'appel] ne fonde pas l'infraction de séjour illégal sur l'existence d'un ordre de quitter le territoire »<sup>3</sup>. Or, comme le rappelle généralement la Cour de cassation, « le juge doit exercer le contrôle de l'article 159 lorsque, du résultat de ce contrôle dépend le sort d'une contestation qui relève de ses compétences »<sup>4</sup>. Bruno Lombaert relève que « cela semble aller de soi : le juge est saisi d'un litige qu'il doit trancher, il ne doit donc mettre en œuvre l'exception de l'article 159 de la Constitution qui si la résolution de la question de légalité posée influence l'issue du litige et lui est donc utile pour exercer sa mission »<sup>5</sup>. Tel ne semble pas être le cas en l'espèce. Or les juridictions suprêmes recourent souvent à l'*obiter dictum* pour annoncer un revirement de jurisprudence<sup>6</sup>. Est-ce le cas de cette déci-

sion de la chambre qui contredit une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation ?

## I. LA COUR DE CASSATION ABANDONNE-T-ELLE UNE DE SES COMPÉTENCES AU JUGE ADMINISTRATIF ?

2. Par l'espèce commentée, la Cour de cassation abandonne à une juridiction extrajudiciaire, en l'espèce le Conseil du contentieux des étrangers, une prérogative qu'elle tient de la Constitution, celle de s'assurer de la validité des actes administratifs qu'elle est appelée à appliquer. Jusqu'alors, ce ne fut jamais sans réticence, voire résistance, qu'elle accueillit les initiatives législatives ou constitutionnelles la privant d'une partie de ses compétences. Alors, qu'elle le fasse d'initiative et par un arrêt de chambre...

Ce ne serait, certes, pas la première fois que l'article 159 de la Constitution ferait l'objet d'une interprétation à visée politique. Selon la formule d'Errera, cette disposition fut « longtemps considérée comme des plus typiques de notre droit public », le Congrès national ayant « témoigné au pouvoir judiciaire une rare confiance »<sup>7</sup>. Celui-ci entendait, en effet, se démarquer fondamentalement du modèle français, notamment en rejetant l'institution d'un Conseil d'État<sup>8</sup>. Mais il voulait, dans le même mouvement, protéger le citoyen de l'arbitraire que lui faisait subir l'administration hollandaise<sup>9</sup>.

Lors de la rédaction de la Constitution de 1831, Raikem, le rapporteur de la section centrale du Congrès national, présentait ainsi la disposition qui allait devenir l'article 107, puis 159, de la Constitution : « L'exécution des lois peut donner lieu à des règlements et à des arrêtés. Ils doivent émaner du pouvoir exécutif ; mais ils ne peuvent ni outrepasser la loi, ni y être contraires ; et l'au-

<sup>2</sup> En ce sens, J. MARTENS, « Variations sur le thème de l'exception d'illégalité », observations sous l'arrêt annoté, *J.L.M.B.*, 2015/29, p. 1360.

<sup>3</sup> Le passage des conclusions de l'avocat général relatives à l'analyse de l'article 159 de la Constitution est introduit par les mots « en tout état de cause [...] ».

<sup>4</sup> Cass., 23 octobre 2006, n° S.050042.F.

<sup>5</sup> Br. LOMBAERT, « Un contrôle d'ordre public... à géométrie variable », in M. NIHOUL (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, La Charte, 2010, p. 201.

<sup>6</sup> Voy. G. CANIVET, « La politique jurisprudentielle », [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr), 2007, pp. 30-31 ; P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 688 ; F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'ombre de Marckx : pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'homme dans la*

*société internationale. Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1116.

<sup>7</sup> P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Giard et Brière, 1916, pp. 255 et 264.

<sup>8</sup> Voy. notamment M. VAUTHIER et L. MOUREAU, « Étude sur l'influence exercée, en Belgique, par le Conseil d'État de France », in *Le Conseil d'État, livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 481-491 ; Br. LOMBAERT, « Le Conseil d'État est-il toujours un juge du contentieux objectif de l'excès de pouvoir ? Réflexions sur la place et le rôle du Conseil d'État dans le système belge de protection juridictionnelle contre l'administration », in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 357-361.

<sup>9</sup> M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, pp. 29 et s., et pp. 86 et s.

torité judiciaire ne peut les appliquer qu'autant qu'ils sont conformes à la loi. Par là, vient à cesser la question si souvent agitée de savoir si l'autorité judiciaire pouvait juger de la légalité des actes de l'autorité administrative. En résolvant affirmativement cette question, le projet rend aux tribunaux toute leur indépendance, en consacrant le principe que la loi doit être la seule règle de leurs décisions.»<sup>10</sup> Il est donc bien fait interdiction aux juridictions d'appliquer un arrêté illégal et, corrélativement, obligation de s'assurer de sa légalité.

Cette exigence fut rappelée avec emphase lors de la séance d'installation de la Cour de cassation, en 1833. Étienne-Constantin de Gerlache, qui en était devenu le premier président après avoir présidé le Congrès national, s'exprima à la fois comme chef de file du judiciaire et co-auteur de la Constitution :

« Chez nous, toute justice n'émane point du Roi, mais de la Nation, mais de la Constitution ; l'ordre judiciaire n'est point placé, comme il l'était naguère encore, dans la dépendance d'un pouvoir qui [...] soustrayait impunément les citoyens à leurs juges naturels. Quand on vous alléguera désormais quelque texte tiré de cet immense arsenal où se confondent les lois de la République, de l'Empire et du régime qui vient d'expirer, votre droit, votre devoir sera d'abord d'en examiner la constitutionnalité. Non seulement vous êtes affranchis de toute dépendance extérieure, mais vous exercez un droit de censure légitime sur les actes du pouvoir le plus porté jusqu'ici à l'envahissement. Ceci prouve, à ce qu'il me semble, que nous avons fondé chez nous la liberté sur des bases plus larges que d'autres peuples et que nous pourrions, sous ce rapport, leur servir d'exemple.»<sup>11</sup>

Si, dans un premier et bref temps, ces principes furent appliqués, ils cédèrent rapidement la place à une interprétation très restrictive de l'article 159, au nom d'une conception absolutiste de la séparation et de l'égalité des pouvoirs.

Ironie de l'histoire, qui aime décidément repasser les plats, ce qui sera qualifié d'« automutila-

tion »<sup>12</sup> du pouvoir judiciaire commença, l'espèce commentée y revient, avec le refus du juge d'apprécier la validité de l'expulsion d'un étranger, au motif qu'il ne pouvait adresser d'injonction aux autorités administratives. Aux yeux de l'Avocat général Fernelmont, cet étranger – autre ironie, un Hollandais – n'en était pas pour autant abandonné à l'arbitraire de l'administration, puisque la responsabilité ministérielle le protégeait suffisamment et qu'au besoin, le ministre pouvait être poursuivi pénalement devant la Cour de cassation<sup>13</sup> !

Dès 1840, alors qu'elle était encore présidée par le baron de Gerlache<sup>14</sup>, la Cour de cassation considéra, par une interprétation systématique de la Constitution, que :

« L'article 159 de la Constitution, qu'il faut nécessairement combiner avec les articles 144 et 145, et l'ensemble de la Constitution, ne peut avoir eu pour but que de maintenir la séparation et l'indépendance des pouvoirs dans les limites de leurs attributions respectives, et spécialement d'empêcher l'autorité administrative d'empiéter sur les attributions du pouvoir judiciaire.

Qu'on ne saurait donc donner à cet article une portée telle qu'il conférerait aux tribunaux un droit illimité de se livrer à l'appréciation de tous les actes administratifs indistinctement, quel que soit leur objet, et d'en refuser l'application ou l'exécution lorsqu'ils ne les trouveraient pas conformes à la loi, mais que ce droit doit être limité à ceux des actes qui statuent sur des objets qui rentrent dans la compétence des tribunaux ; qu'aller au-delà, ce serait détruire la séparation et l'indépendance des pouvoirs consacrées par la Constitution elle-même.»<sup>15</sup>

Derrière cette lecture de la Constitution, qui pourrait sembler de bon sens, se cachait le réta-

<sup>10</sup>E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique*, t. 4, Bruxelles, Walhem, 1844-1845, pp. 83-84, cité par P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », in B. BLERO (éd.), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 41.

<sup>11</sup>*Bulletin des arrêts de cassation*, 1832-1833, p. 18, cité par J.-P. NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers temps de l'indépendance de la Belgique », *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique*, Bruxelles, Duculot, 1-6/1997, p. 82.

<sup>12</sup>J.-P. NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers temps de l'indépendance de la Belgique », *op. cit.*, pp. 90-91, citant J. VAN COMPERNOLLE. Voy. P.-O. DE BROUX et X. DELGRANGE, « L'évolution de la protection juridictionnelle des gouvernés face aux gouvernants en Belgique de 1830 à nos jours », in « Les modes de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés », *Cahier du C.R.H.I.D.I.*, n (31, 2009, pp. 360-361.

<sup>13</sup>Bruxelles, 26 avril 1834, *Pas.*, p. 102. Voy. M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, *op. cit.*, pp. 61 et 69.

<sup>14</sup>F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'État belge (1831-1946) », in « Les modes de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés », *Cahier du C.R.H.I.D.I.*, n (31, 2009, p. 73.

<sup>15</sup>Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, I, p. 409. Sur les raisons politiques de ce revirement, voy. J.-P. NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers temps de l'indépendance de la Belgique », *op. cit.*, pp. 91-93 ; F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, Brugge, La Charte, 2011, pp. 248-253.

blissement de la stricte conception française de la séparation des pouvoirs. Dans cet arrêt, en effet, la Cour estimait que la loi française des 16-24 août 1790, qui consacrait le principe de l'indépendance absolue des pouvoirs administratif et judiciaire, « faisant défense aux tribunaux de connaître des actes d'administration, sous peine de nullité de leurs jugements », demeurerait d'application dans le système constitutionnel belge<sup>16</sup>. Il ne revenait, dès lors, pas au juge judiciaire d'apprécier, même dans le cadre d'un contrôle incident, la validité « des actes de pure administration, soumis à la surveillance et au contrôle du Gouvernement »<sup>17</sup>. Dès 1843, Franciscus Tielemans relevait l'erreur de la Cour de cassation, qui appliquait la loi française sans avoir égard au fait qu'elle était devenue incompatible avec le système constitutionnel belge de 1831 : « certes, le principe de la séparation et de l'indépendance des pouvoirs subsiste, mais il ne subsiste plus comme en France [...] mais dans les limites où l'ont renfermé les articles 31, 144, 145 et 159 de la Constitution, limites naturelles et vraies qui laissent à l'administration toute la liberté de ses mouvements, à la seule condition de se conformer à la loi, et au pouvoir judiciaire la mission de garder et de maintenir les droits politiques et civils qu'elle froisserait en ne s'y conformant pas [...]. Sans doute on ne pourrait demander aux tribunaux l'annulation de l'acte ; mais si dans un procès quelconque, cet acte était invoqué pour établir une qualité, pour réclamer un droit, pour repousser une obligation, l'autorité judiciaire devrait n'y avoir égard qu'autant qu'il serait conforme à la loi »<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Voy. P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 45.

<sup>17</sup> Selon l'Avocat général de Cuyper, une présomption de légalité est attachée à l'acte administratif qui n'a pas été annulé par le Roi ; or l'article 159 impose au juge d'appliquer l'acte administratif légal (F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 247).

<sup>18</sup> Fr. TIELEMANS, *V<sup>o</sup> Droits civils et politiques*, in *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. VI, Bruxelles, Weissenbruch, 1843, pp. 440-442. Il faudra attendre l'arrêt *La Flandria* (Cass., 5 novembre 1920, *Ville de Bruges c. Société La Flandria, Pas.*, 1920, pp. 123 et s. ; *J.L.M.B.*, 2000, pp. 23-27, obs. Chr. PANIER, « Vive le régime judiciaire ») pour que la Cour de cassation redécouvre la spécificité du droit constitutionnel belge :

« Attendu que la Constitution a consacré dans ses articles (33 à 41) une théorie de la « séparation des pouvoirs » qui voit une condition de la liberté politique dans la répartition des fonctions publiques en trois groupes distincts et indépendants les uns des autres ;

Qu'en vertu de cette règle de partage des attributions, il est interdit aux cours et tribunaux de faire des actes d'administration publique et de réformer ou d'annuler les actes des autorités administratives, comme il est interdit à l'administration de juger des contestations qui ont pour objet des droits civils ;

Cette « automutilation »<sup>19</sup> n'ôta toutefois au pouvoir judiciaire nulle prérogative, puisqu'il ne subissait la concurrence d'aucune autre juridiction. Elle privait, cependant, le citoyen de toute protection juridictionnelle en cas d'arbitraire de l'administration, puisque, contrairement à son homologue français, il ne pouvait pas se tourner vers un Conseil d'État. Les conséquences humaines pouvaient être catastrophiques, ainsi que le rappelle Michel Leroy dans le prologue de son *Contentieux administratif*, narrant la « triste et édifiante histoire d'Appoline Meeus »<sup>20</sup>. Tant que son hégémonie n'était pas contestée, cela ne semblait cependant guère émouvoir la Cour de cassation, qui restait sourde aux dénonciations de la doctrine. En 1911, Oscar Orban invitait la Cour de cassation à revenir sur son interprétation particulièrement restrictive de l'article 107, afin d'offrir enfin au citoyen une véritable protection contre l'arbitraire de l'administration<sup>21</sup>. En 1912, Maurice Bourquin

Mais attendu que la même expression « séparation des pouvoirs » sert aussi à désigner une règle très ancienne du droit public français, admise déjà au temps de l'absolutisme monarchique et qui a trouvé son expression dans l'édit de Saint-Germain du 6 février 1641 et plus tard dans les lois des 16 et 24 août 1790 (art. 13 du titre II) et du 16 fructidor an III ;

Qu'au vœu de cette règle, il est interdit aux corps judiciaires de juger les contestations où l'État et les autres personnes du droit public sont intéressées, la compétence judiciaire en matière civile étant réduite à la connaissance des litiges entre particuliers ;

Que cette « séparation des pouvoirs », née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires, et qui permettait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée dans la Constitution belge ;

Que, tout au contraire, le régime que celle-ci a organisé est inspiré d'un sentiment de méfiance à l'égard des pratiques administratives des régimes antérieurs et qu'il vise à mettre les droits privés à l'abri des atteintes de l'administration et sous la sauvegarde du pouvoir judiciaire ;

Que sous ce régime, tel qu'il ressort des articles (31, 105, 108, 144, 145 158 et 159), et qui est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi. »

<sup>19</sup> Maurice Vauthier et Léon Moureau analysent cette jurisprudence en évoquant « l'esprit timoré avec lequel les tribunaux ont apprécié l'illégalité de l'acte administratif » (M. VAUTHIER et L. MOUREAU, « Étude sur l'influence exercée, en Belgique, par le Conseil d'État de France », *op. cit.*, p. 488). Et ces auteurs de citer Maurice Bourquin, qui dénonçait l'« atrophie perdurante du système belge » et « l'aspect chétif » de la jurisprudence relative à l'inégalité administrative (M. BURQUIN, *op. cit.*, pp. 73-74).

<sup>20</sup> Appoline Meeus, servante dans un cabaret, inscrite bien malgré elle, par une décision de l'autorité municipale, sur le « registre des filles publiques », fut contrainte de se soumettre deux fois par semaine à un examen médical. Contestant cette décision en justice, le tribunal lui laissa l'occasion de prouver, ce qu'elle fit, que sa conduite était régulière et que le cabaret où elle servait n'était pas une maison de débauche clandestine. Par deux fois, la Cour de cassation a remis au pas les juges de dernier ressort qui avaient volé au secours de la pauvre Appoline, au motif que, en vertu de la séparation des pouvoirs, « il n'appartenait pas au tribunal de Huy de méconnaître les effets de la mesure administrative, et de décider que la défenderesse n'était pas notoirement livrée à la débauche » (Cass., 24 octobre 1866, *Pas.*, 1867, I, pp. 11 et s., cité par M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 19). Voy. déjà M. BURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, *op. cit.*, pp. 78-81.

<sup>21</sup> Orban estimait, relevant que la Cour de cassation adoptait une thèse opposée à la sienne : « le but de l'article 107 a été de donner aux citoyens une garantie contre l'arbitraire administratif à tous ses degrés ; [...] cet article doit être interprété non pas restrictivement, mais extensivement » (*Droit constitutionnel*

déplorait que le droit que l'article 159 « confère aux tribunaux n'a[il] point trouvé jusqu'ici dans notre jurisprudence un accueil bien généreux. Trop souvent on l'interprète dans un sens étriqué, peu favorable à la protection des citoyens contre l'arbitraire »<sup>22</sup> et il concluait, plaidant pour l'institution d'une juridiction administrative : « notre sauvegarde contre l'arbitraire réside uniquement aujourd'hui dans le contrôle de l'opinion publique »<sup>23</sup>.

Il a suffi, néanmoins, que le politique envisage de compléter l'arsenal juridictionnel pour que la Cour de cassation opère immédiatement un retour à une interprétation orthodoxe de la Constitution, affranchie de tout francotropisme.

La déclaration de révision de la Constitution du 23 octobre 1919 ouvrait à révision l'article 105 de la Constitution, relatif aux tribunaux militaires et aux tribunaux de commerce, afin de permettre la création d'une Cour de justice administrative<sup>24</sup>. Le rapport sur le projet de déclaration de révision de la Constitution précisait : « Dans le cadre de son programme révisionniste, le Gouvernement a rangé les mesures que peuvent éventuellement rendre nécessaires la création de juridictions de contentieux administratif. S'il est à souhaiter que le législateur constituant le suive dans cette voie, la révision de l'article 105 s'impose. Ce n'est, en effet, qu'en le remaniant et le complétant qu'une Cour de justice administrative, à base constitutionnelle affirmant son autorité et augmentant son prestige, pourra être créée. Or, les motifs qu'invoque le Gouvernement à l'appui de cette innovation sont déterminants et péremptoirs et entraîneront plus que vraisemblablement la décision favorable de l'Assemblée constituante. Ils se trouvent résumés dans cette constatation qu'actuellement le citoyen, lésé par une décision ou un acte de l'administration pris en violation d'une règle de loi ou de règlement, n'a le plus souvent aucun recours juridique. Il ne peut en appeler à aucun tribunal. Remédier à un tel état de choses est depuis longtemps dans les vœux de l'opinion publique, qui supporte malai-

sément l'absence de recours contre la lésion du droit. »<sup>25</sup>

La réaction ne se fit pas attendre. Un an plus tard, la Cour de cassation profitait d'une banale histoire de dégâts matériels pour prononcer son arrêt *La Flandria* et exercer enfin les compétences que la Constitution lui avait octroyées depuis 1831 en plaçant l'ensemble des droits civils du citoyen sous sa protection, même lorsque l'administration était en cause. Il semble que cet arrêt suffit à dissuader le Gouvernement de mettre en œuvre la déclaration de révision constitutionnelle pour ériger une haute juridiction administrative<sup>26</sup>. La Cour de cassation n'hésita donc pas à passer à l'offensive pour défendre son pré carré<sup>27</sup>.

L'article 159 a encore été largement sollicité dans le débat qui animait la doctrine quant à la possibilité, pour le pouvoir judiciaire, de contrôler la validité des lois. Considéré comme le cœur constitutionnel du principe de la séparation des pouvoirs, il faisait l'objet tantôt d'une interprétation *a contrario*, qui amenait à interdire au juge de s'immiscer dans les compétences du pouvoir législatif, tantôt d'une interprétation *a fortiori*, en vertu de laquelle, puisque les pouvoirs constitués tirent une égale légitimité de la Constitution, la séparation des pouvoirs suppose que le pouvoir judiciaire puisse arrêter le pouvoir législatif lorsque celui-ci viole la norme fondamentale<sup>28</sup>. Dans ses conclusions précédant le fameux arrêt *Le Compte* du 3 mai 1974, le Procureur général Ganshof van der Meersch qualifiait « d'erreur fondamentale » le raisonnement *a contrario* fondé

de la Belgique, t. III, *Libertés constitutionnelles et principes de législation*, Liège, Dessain, Paris, Giard & Brière, 1911, pp. 256-259). En 1916,

<sup>22</sup> M. BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, op. cit., p. 337. Voy. déjà pp. 81 et 88.

<sup>23</sup> Ibid., p. 384.

<sup>24</sup> Voy. M. LEROY, *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 63 et s.

<sup>25</sup> Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 1918-1919, n° 424, séance du 2 octobre 1919, p. 11.

<sup>26</sup> Sur le lien entre cette déclaration de révision et l'arrêt *La Flandria*, voy. notamment H. BUCH, *L'évolution du Conseil d'État de Belgique*, Paris, Imprimerie nationale, 1965, pp. 183-185 ; P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'État », op. cit., pp. 51-53 ; M. MAGITS, « De Raad van State in historisch perspectief », in L. WINTGENS (éd.), *De advies-bevoegdheid van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2003, pp. 26-27 ; P. MARTENS, « Réflexions sur cent septante-cinq ans de dicastomachie », *J.T.*, 2005, pp. 742-743 ; F. MULLER, « Henri Velge, l'artisan du Conseil d'État belge (1911-1946) », *Revue belge d'histoire contemporaine*, 2007, pp. 143-174 (ces deux derniers articles sont reproduits sur le site du Conseil d'État : [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be)) ; Ph. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 87 et s. ; Br. LOMBAERT, « Le Conseil d'État est-il toujours un juge du contentieux objectif de l'excès de pouvoir ? Réflexions sur la place et le rôle du Conseil d'État dans le système belge de protection juridictionnelle contre l'administration », op. cit., pp. 359-361.

<sup>27</sup> F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* », *J.T.*, 2006, pp. 730 et 749.

<sup>28</sup> Voy. H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, transformations et déplacements*, Bruxelles, F.U.S.L., 1983, pp. 71-174.

sur l'incontournable article 159<sup>29</sup>. Il rappelait que la Cour avait déjà écarté cet argument dans son arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, qui affirmait la compétence du pouvoir judiciaire pour écarter la loi contraire à une disposition de droit international de droit applicable, adoptant en l'espèce, à ses yeux, quoique implicitement, l'interprétation *a fortiori*<sup>30</sup>. Avec l'arrêt *Le Ski* de 1971, la Cour de cassation parvint à étirer suffisamment l'article 107 de l'époque pour combler le fossé laissé par l'article 107bis de la Constitution, demeuré dans les limbes de la révision de 1970<sup>31</sup>. Avec l'arrêt *Le Compte* de 1974, elle tenta de le tendre encore, mais le fil se rompit, précipitant par le fond sa prétention à connaître de la constitutionnalité des lois.

Plus récemment – si l'on abandonne un instant le terrain de l'article 159 de la Constitution –, la Cour de cassation a mené une véritable guérilla contre la volonté du constituant et du législateur spécial de lui imposer un détour par la Cour constitutionnelle, *via* le mécanisme de la question préjudicielle, avant de pouvoir écarter une norme législative méconnaissant le droit international des droits de l'homme, ce qu'elle faisait d'autorité depuis son fameux arrêt *Le Ski* de 1971. Pour mettre fin à une guerre des juges qui couvait entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle<sup>32</sup>,

<sup>29</sup> Concl. précédant Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 567. Voy. P. MARTENS, « La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges ? », *J.T.*, 2007, p. 653.

<sup>30</sup> « Loin de considérer que le principe inscrit dans l'article 159 de la Constitution devait exclure tout autre contrôle dans la hiérarchie des normes juridiques, vous avez trouvé dans cette disposition même la sanction du défaut pour le législateur de se soumettre à la règle conventionnelle de droit international et à la règle de droit communautaire » (concl., précédant Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 567, qui renvoie à Cass., 27 mai 1971 et ses propres conclusions avant l'arrêt, *J.T.*, 1971, pp. 460-474).

<sup>31</sup> Le projet d'article 107bis, à l'image de l'article 107, devenu 159, disposait que « les cours et tribunaux n'appliqueront les lois et arrêts qu'autant qu'ils sont conformes aux règles du droit international, et notamment aux traités en vigueur régulièrement publiés » (voy. le rapport de F. DEHOUSSE au Sénat du 26 novembre 1970 sur la révision de la Constitution, *R.B.D.I.*, 1971, pp. 771-794 ; Fr. PERIN, « Y a-t-il trois pouvoirs constitutifs ? », *Ann. dr. Liège*, 1987, pp. 3-16 ; J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 122-123).

<sup>32</sup> Voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000/15, pp. 297-304 ; E. CLOOTS, « Samenloop van grondrechten. Is het einde van de "guerre des juges" nabij ? », *T.B.P.*, 2006, pp. 259-272 ; P. MARTENS, « La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges ? », *op. cit.*, p. 654 ; J. VELAERS, « Het arrest-Melki-Abdeli van het Hof van Justitie van de Europese Unie : een voorwaardelijk "fiat" voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht », *R.W.*, n° 19, 2010-2011, pp. 770-794 ; T. MOONEN, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2011/2-3, pp. 111-142 ; H. DUMONT et Chr. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements de la*

le législateur spécial a été amené à remanier plusieurs fois le système des questions préjudicielles, faisant de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle un interminable et illisible texte à tiroirs.

En ce qu'il paraît abandonner unilatéralement un pouvoir que lui octroie la Constitution, l'arrêt commenté dénote au regard de la politique jurisprudentielle de défense de ses compétences qui anime généralement la Cour de cassation.

## II. UNE CONFUSION ENTRE LA COMPÉTENCE DE FOND (ART. 145, 160 ET 161 DE LA CONSTITUTION) ET L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ (ART. 159) ?

3. Il n'apparaît pas davantage que la solution retenue dans l'arrêt a été imposée par l'implacable rigueur juridique qui l'aurait charpentée.

Selon l'arrêt commenté, « si l'article 159 de la Constitution s'applique aux dispositions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels, il n'en va pas ainsi lorsque le juge est saisi d'une contestation ayant trait à un droit politique dont le législateur a attribué la connaissance à une autre juridiction en application de l'article 145 de la Constitution ». Si donc le législateur fait usage de la possibilité que lui confère l'article 145 de la Constitution de soustraire un contentieux politique de la compétence du juge judiciaire pour le confier à une juridiction administrative, dans le même temps, il retire au premier le pouvoir et le devoir de vérifier la validité des actes administratifs adoptés en cette matière, paralysant ainsi l'application de l'article 159 de la Constitution.

Pourtant, comme le concède l'arrêt, l'article 159 est rédigé en termes parfaitement généraux (il « s'applique aux dispositions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs, fussent-ils individuels »), si bien que l'on n'aperçoit pas quel acte administratif échapperait à son emprise. En outre, les articles 145 et 159 de la Constitution ont tous deux été adoptés par le Congrès national et figuraient ensemble

*Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 158-162 ; Chr. HOREVOETS, « Concours de droits fondamentaux et répartitions des compétences entre juridictions dans le contrôle de compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 97-109.

dans le texte originaire de 1831. L'on ne pourrait donc invoquer une révision implicite.

Ce dernier argument aurait pu être tenté si, plutôt que d'invoquer l'article 145, la Cour s'était appuyée sur les articles 160 et 161, qui constitutionnalisent le Conseil d'État et les juridictions administratives, et qui ont été insérés lors de la révision constitutionnelle du 18 juin 1993. Certes, le procédé de la révision implicite est hautement condamnable<sup>33</sup>. Il n'en est pas pour autant impraticable.

Sans aller jusqu'à réhabiliter cette pratique interdite, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à infléchir l'interprétation de dispositions constitutionnelles anciennes, pour les actualiser et en faciliter la compatibilité avec des articles adoptés plus récemment<sup>34</sup>. Elle l'a fait à l'égard des articles 159 et 160, afin de valider l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État, qui permet à la juridiction administrative de maintenir certains effets d'un règlement qu'elle annule. Peut-on, en effet, considérer que, malgré la généralité des termes de l'article 159 de la Constitution, le législateur a entendu interdire au juge d'écarter les effets maintenus par le Conseil d'État d'un arrêté qu'il a annulé ? Telle est l'interprétation de l'article 14<sup>ter</sup> retenue par le Conseil d'État :

« lorsque le Conseil d'État décide de différer les effets d'un arrêt d'annulation sur base de l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il se prononce, "par voie de disposition générale", pour le maintien provisoire des effets de tout ou partie de l'acte annulé ; [...] en énonçant que lorsqu'il décide de mettre en œuvre l'article 14<sup>ter</sup> précité, le Conseil d'État statue "par voie de disposition générale", le législateur a nécessairement 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 ; [...] 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 prises durant la période correspondant au maintien de ses effets. »<sup>35</sup>

La Cour constitutionnelle a validé cette paralyse temporaire de l'article 159 de la Constitution : « 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.

L'article 160 de la Constitution consacre l'existence du Conseil d'État. Il attribue au législateur le pouvoir de déterminer ses compétences et son mode de fonctionnement. Dans la mesure où le constituant a entendu, de la sorte, consacrer le contrôle objectif de la légalité des actes administratifs, le contrôle juridictionnel de légalité, prévu à l'article 159 de la Constitution, doit raisonnablement tenir compte de l'effet utile des arrêts d'annulation du Conseil d'État et des modalités dont ils peuvent être assortis.

En outre, le contrôle prévu à l'article 159 de la Constitution doit être interprété en combinaison avec le principe de la sécurité juridique, qui est inhérent à l'ordre juridique interne, ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme (voir l'arrêt n° 125/2011, B.5.4.)<sup>36</sup>. En effet,

<sup>35</sup> C.E., 18 décembre 2009, *Debie*, n° 199.085. Voy. Fr. TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitoire jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J.T.*, 2012, p. 741 et les références citées en note 40.

<sup>36</sup> « B.5.4. Il appartient à la Cour de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées. Bien que le constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat.

Dans l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme, se référant à l'arrêt *Defrenne* de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.C.E., 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Sabena*, point 71) ainsi qu'au droit constitutionnel comparé, a observé que « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin », mais qu'« on ne saurait [...] aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » et que le principe de sécurité juridique permet, dans certaines circonstances, de dispenser de remettre en cause les actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé d'un arrêt constatant une violation de la Convention européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, § 58 ; voir aussi l'arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, B.10.).

La Cour européenne des droits de l'homme a notamment admis qu'au regard du principe de la sécurité juridique, une cour constitutionnelle peut laisser un délai au législateur pour légiférer à nouveau, ce qui a pour conséquence qu'une

<sup>33</sup> Voy. X. DELGRANGE et H. DUMONT, « Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, F.U.S.L., 2000, pp. 446-449.

<sup>34</sup> Un exemple récent peut être trouvé dans l'arrêt n° 34/2015 du 12 mars 2015, où elle infléchit l'interprétation de l'article 24, inséré en 1988, pour le concilier avec l'article 181, modifié en 1993 (B.6.1.). Voy. X. DELGRANGE, « Le sort du cours de morale : activisme juridictionnel contre attentisme politique », *A.P.T.*, 2015/2, p. 260 et les références citées.

la Cour tient compte de ce principe lorsqu'elle exerce son contrôle sur la base des dispositions constitutionnelles au regard desquelles elle exerce un contrôle direct.

B.8.2. Il s'ensuit que, si l'article 159 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au mode de contrôle de légalité qu'il consacre, une telle restriction se justifie néanmoins si elle est nécessaire pour assurer le respect d'autres dispositions constitutionnelles ou de droits fondamentaux. Tenu de garantir notamment le principe de sécurité juridique, le législateur se doit de régler le mode de contrôle de l'action administrative, ce qui peut exiger des restrictions au contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, pour autant que ces restrictions soient proportionnées au but légitime poursuivi. »<sup>37</sup>

4. L'arrêt de la Cour constitutionnelle donne-t-il le signal du ressac dans l'interprétation de l'article 159 de la Constitution ?

En tout cas, Marc Uyttendaele s'appuie sur cet arrêt pour inviter à l'abandon de l'interprétation « globalisante » développée par la Cour de cassation. Un double repli est suggéré. D'une part, un appel est lancé en faveur d'une « neutralisation de l'article 159 en ce qu'il s'applique à des décisions individuelles »<sup>38</sup>. D'autre part, plus globalement, le judiciaire devrait renoncer au contrôle incident lorsque le contrôle de la validité de l'acte considéré relève de la compétence d'une juridiction administrative : « Dès lors que le législateur et le constituant ont créé un contentieux qui permet à

une juridiction administrative, le Conseil d'État, d'annuler les décisions individuelles irrégulières, il est raisonnable de considérer que si celle-ci refuse de censurer une décision ou n'a pas été saisie d'un recours dans le délai légal contre cette décision, la sécurité juridique exige qu'elle ne puisse plus être remise en cause par la suite. »<sup>39</sup> À de très rares exceptions près, à savoir pour les actes qui échappent à la fois à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État et au contrôle d'autres juridictions administratives, cela reviendrait à abroger l'article 159.

Dans quelle mesure faut-il prolonger l'arrêt de la Cour constitutionnelle pour considérer qu'avec l'avènement et le développement du Conseil d'État et des juridictions administratives, le champ d'application de l'article 159 de la Constitution doit être redessiné afin d'éviter que les différentes juridictions se marchent sur les pieds ? Faudrait-il, en quelque sorte, établir un parallèle entre la définition des compétences de fond des juridictions instituées par le législateur sur la base des articles 145, 160 et 161 de la Constitution, et leur pouvoir de contrôler incidemment une norme en application de l'article 159<sup>40</sup> ?

Telle était la position adoptée par le tribunal du travail de Bruxelles en 2003 et avalisée par la cour du travail de Bruxelles en 2005 :

« Les articles 157 et 160 de la Constitution confirment l'institution des juridictions du travail et du Conseil d'État. L'article 580, 8°, d), du Code judiciaire, inséré par la loi du 12 janvier 1993, donne au tribunal du travail la compétence pour connaître des contestations relatives à l'application de la loi du 8 juillet 1976 en ce qui concerne l'octroi, la révision (nous soulignons), le refus et le remboursement de l'aide sociale par le bénéficiaire. L'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État donne à celui-ci une compétence pour annuler les actes et règlements des diverses autorités administratives ou les décisions administratives contentieuses, pour violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, ou pour excès ou détournement de pouvoir.

norme inconstitutionnelle reste applicable pendant une période transitoire (Cour eur. D.H. (décision), 16 mars 2000, *Walden c. Liechtenstein*). »

<sup>37</sup> C. const., 9 février 2012, n° 18/2012. Pour une analyse et une contextualisation de cet arrêt, voy. A. FEYT et Fr. TULKENS, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », in *Actualités en droit public et administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 109-116. C'est en s'appuyant sur cet arrêt que le législateur a étendu, par l'article 3 de la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, la portée de l'article 14ter, afin de permettre au Conseil d'État de maintenir les effets de décisions individuelles (voy. S. Verstraelen, « De beoordeling van het rechterlijk overgangsrecht : wanneer de wetgever zelf richtlijnen geeft », *R.W.*, n° 20, 2014-2015, p. 769). Pour une critique de cette évolution, voy. D. RENDERS et B. GORS, « À propos de la boucle administrative et du maintien des effets des actes annulés », *Publicum*, n° 15, pp. 28-31. Pour un commentaire de l'article 14ter, voy. A. FEYT et B. HEYMANS, « La réforme du Conseil d'État face au contentieux de la fonction publique », in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, op. cit., pp. 471-474 ; B. GORS et L. VANSNICK, « L'application de la réforme du Conseil d'État au contentieux de l'environnement et de l'urbanisme », in Fr. VISEUR et J. PHILIPPART (dir.), *La justice administrative*, op. cit., pp. 592-579.

<sup>38</sup> M. UYTENDAELE, « Le Conseil supérieur de la Justice irrégulièrement composé. Prétexe à un voyage dans le triangle des Bermudes du contrôle de la hiérarchie des normes en droit belge », *Administration publique*, 2014/1, p. 11.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>40</sup> Cette solution était envisagée par Yves Houyet dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2006 (« Le contentieux de l'aide sociale et le contrôle par les juridictions du travail de la légalité des décisions de refus de régularisation des étrangers prises par le ministre de l'Intérieur », *R.R.D.*, 2006, pp. 248-249).

De ces dispositions, il ressort à l'évidence que les juridictions du travail n'ont aucune compétence pour se prononcer, même à titre incident, sur la légalité d'une décision prise par le ministre de l'Intérieur en matière de séjour des étrangers, c'est-à-dire pour vérifier l'application correcte des lois en cette matière et des lois générales, telle celle sur la motivation des actes administratifs, ni pour « écarter » une décision individuelle au motif tiré soit de la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité soit de l'excès ou du détournement de pouvoir. Ceci relève de la compétence exclusive du Conseil d'État. Que la matière du séjour des étrangers soit d'ordre public et que le demandeur ait invoqué l'article 159 de la Constitution n'y changent rien : cela n'autorise pas le tribunal du travail à s'en saisir en méconnaissance de la compétence d'attribution exclusive d'une autre juridiction. »

Aux yeux du tribunal, raisonner autrement aurait des conséquences cataclysmiques :

« Cela entraînerait dans l'ordonnancement des pouvoirs dans l'État un chaos à proprement parler révolutionnaire, dans lequel chaque autorité constituée se saisirait, incidemment, des décisions des autres autorités, ce qui conduirait à la destruction de l'État lui-même. »<sup>41</sup>

L'arrêt commenté s'inscrit dans cette perspective. S'agit-il d'une démarche délibérée de la deuxième chambre de la Cour de cassation, en vue d'infléchir la jurisprudence de cette Cour dans le sens d'un abandon du contrôle incident ? Ce ne serait pas la première fois que la matière du droit des étrangers servirait de laboratoire à des évolutions du droit, parfois pour un mieux<sup>42</sup>, souvent pour un pire<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Trib. trav. Bruxelles (15<sup>e</sup> ch.), 20 novembre 2003, *J.T.*, 2004/5, n° 6125, pp. 98-101 ; C. trav. Bruxelles, 20 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 279, note C. DESMECHT, « L'article 159 de la Constitution : un article qui vous veut du bien », p. 287.

<sup>42</sup> C'est au contentieux des étrangers que l'on doit, en 1980, l'octroi au Conseil d'État du pouvoir de suspendre un acte administratif. Voy. F.-M. REMON, *Le Conseil d'État, ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 88-89.

<sup>43</sup> Au sein du Conseil d'État, ce contentieux a justifié la généralisation du juge unique, le raccourcissement des délais de recours, etc. (voy. M. KAISER, « La réforme du contentieux des étrangers », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 326-329). Le transfert de ce contentieux vers le Conseil du contentieux des étrangers a été accompagné, comme le dénonce Michel Kaiser, d'une « série de « coupes » au niveau, qui de la qualité juridique d'ensemble de l'examen du recours, qui des garanties du procès équitable, et ce, en comparaison avec le fonctionnement actuel des procédures au contentieux des étrangers devant le Conseil d'État » (*ibid.*, p. 401). Voy. également B. LOUIS, « Le Conseil du contentieux des étrangers : une nouvelle juridiction administrative, hybride et ambitieuse », *Administra-*

En l'espèce, toutefois, il est permis de croire que l'arrêt résulte simplement d'une lecture quelque peu rapide d'un article de doctrine. Dans ses attendus commentés, l'arrêt reproduit, en effet, à l'identique les conclusions de l'avocat général, n'omettant, comme il est d'usage, que les références infrapaginales. Or, lorsqu'il écarte l'application de l'article 159 de la Constitution en cas de contestation relative à un droit politique dont la connaissance a été attribuée à une juridiction administrative, celui-ci se réfère à la page 128 de l'article d'Isabelle Schippers, « Les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif revisitées en droit des étrangers ». À cet endroit, celle-ci rappelle la répartition des compétences matérielles entre le juge judiciaire et le juge administratif : « si lorsque le litige concerne la protection d'un droit civil, les cours et tribunaux sont d'office et exclusivement compétents en application de l'article 144 de la Constitution, tel n'est en revanche pas le cas si la contestation a trait à un droit politique puisque le tribunal doit alors vérifier si le législateur n'a pas, en application de l'article 145 de la Constitution, attribué la connaissance de ce type de litiges à une autre juridiction créée par la loi »<sup>44</sup>. Ce n'est que dix pages plus loin que l'auteure aborde la question du contrôle incident : « dans l'hypothèse où le juge judiciaire considère que l'étranger tire de la loi un droit subjectif politique au séjour, fût-ce provisoire, et qu'en refusant de lui reconnaître ce droit, l'administration a violé un de ses droits subjectifs civils, il peut, après avoir constaté que la décision est constitutive de faute au sens de l'article 1382 du Code civil et donc illégale, l'écarter sur la base de l'article 159 de la Constitution, et ordonner la réparation en nature par la délivrance du document de séjour ou du titre de séjour, corollaire du droit de séjour »<sup>45</sup>. Les conclusions de l'avocat général sollicitent donc d'une manière excessive cet article de doctrine, pour s'en réclamer lorsqu'elles affirment que « dès lors que le législateur a confié au

*tion publique*, 2008, pp. 243-289 ; J.-Y. CARLIER, « Évolution procédurale du statut de l'étranger : constats, défis, propositions », *J.T.*, 2011, pp. 117-125 ; C. COPPENS, « Conseil du Contentieux des étrangers et juridictions civiles : analyse comparée au regard de certaines garanties procédurales et de l'indépendance du juge », *A.P.T.*, 2012/2, pp. 255-289.

<sup>44</sup> I. SCHIPPERS, « Les compétences respectives du juge judiciaire et du juge administratif revisitées en droit des étrangers », in *Le contentieux administratif. Questions d'actualité*, CUP, vol. 105, 2008, p. 128.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 139-140.

Conseil du contentieux des étrangers les contestations relatives aux décisions individuelles prises en application de la loi du 15 décembre 1980, les juges d'appel n'étaient pas tenus d'effectuer le contrôle de légalité prévu par l'article 159 de la Constitution »<sup>46</sup>. Il ne s'agit évidemment pas de tirer sur le pianiste, d'autant que l'œuvre juridictionnelle est orchestrale, mais il importe de retracer la construction du raisonnement pour apprécier la pertinence de l'arrêt et donc son aptitude à faire jurisprudence.

Au vu de la politique jurisprudentielle traditionnelle de la Cour de cassation en matière d'affirmation des compétences du pouvoir judiciaire, et des faiblesses juridiques de l'arrêt commenté, il y a donc peu de chances que celui-ci constitue l'amorce d'un revirement de jurisprudence dans l'interprétation de l'article 159 de la Constitution.

Comme on le sait, la Cour de cassation a sèchement écarté le raisonnement du tribunal du travail, relayé par la cour du travail, évoqué plus haut :

« Aux termes de l'article 159 de la Constitution, les cours et tribunaux n'appliquent les règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois. Cette disposition est générale et ne fait aucune distinction entre les actes qu'elle vise ; elle s'applique aux décisions même non réglementaires de l'administration et aux actes administratifs individuels ; elle impose aux cours et tribunaux d'exercer un contrôle de légalité tant interne qu'externe sur lesdits actes. Le recours en suspension, même d'extrême urgence, ou en annulation devant le Conseil d'État dont dispose l'étranger sur la base des articles 14 et 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne porte pas atteinte au pouvoir que les cours et tribunaux trouvent dans l'article 159 de la Constitution. »<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Même si l'auteur poursuit ainsi : « il nous semble toutefois que lorsque le législateur a prévu qu'un recours en réformation peut être introduit devant une juridiction contre la décision refusant de reconnaître un droit subjectif politique déterminé, par exemple le recours devant le C.C.E. contre le refus de reconnaissance de la qualité de réfugié ou de statut de protection subsidiaire, l'étranger ne pourra pas solliciter la réparation en nature puisque seule cette juridiction est compétente pour réformer la décision litigieuse et qu'ordonner la réparation en nature reviendrait en fait à réformer la décision critiquée » (*ibid.*, p. 140). En note 49, l'auteur fait état de la controverse doctrinale en la matière.

<sup>47</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 23 octobre 2006, n° F-20061023-4 (S.05.0042.F.), *R.R.D.*, 2006, pp. 238-240 et la note de Y. HOUYET, « Le contentieux de l'aide sociale et le contrôle par les juridictions du travail de la légalité des décisions de refus de régularisation des étrangers prises par le ministre de l'Intérieur », pp. 241-249 ; *J.L.M.B.*, 2008/7, pp. 301-302 et les observations de J. MARTENS, « L'exception d'illégalité et le droit à l'aide sociale des étrangers », pp. 302-311 ; *R.C.J.B.*, 2009/1, pp. 14-20 et la note de D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », pp. 21-62.

En 2007, la Cour de cassation s'est encore faite plus explicite quant à l'absence d'incidence d'une procédure devant le Conseil d'État pour déterminer la portée de l'article 159 et l'obligation qu'il fait peser sur le juge judiciaire<sup>48</sup> :

« Le contrôle de légalité n'est pas limité par la circonstance que l'acte administratif a fait l'objet devant le Conseil d'État d'une demande en suspension et d'un recours en annulation, et que celui-ci a donné lieu à un arrêt décrétant le désistement d'instance après que celle-là a été rejetée. »<sup>49</sup>

En 2009, confrontée à un pourvoi estimant que l'arrêt d'appel avait méconnu l'article 159 de la Constitution en s'appuyant sur un arrêt du Conseil d'État pour valider un ordre de quitter le territoire, la Cour de cassation considéra que « dès lors que l'arrêt décide, par des motifs propres et non en attribuant une autorité de chose jugée à un arrêt du Conseil d'État, que l'ordre de quitter le territoire n'est pas illégal, il satisfait à l'obligation, que lui impose l'article 159 de la Constitution, de vérifier la légalité de l'acte administratif et ne rend pas impossible le contrôle de légalité de sa décision au regard d'autres dispositions constitutionnelles ou de droit international »<sup>50</sup>. Comme le rappelait l'Avocat général Genicot dans ses conclusions précédant cet arrêt, « l'autorité de chose jugée, qui s'attache à l'arrêt du Conseil d'État rejetant le recours en annulation formé contre un acte administratif individuel, ne fait pas obstacle à ce que les cours et tribunaux fassent droit à une demande formée par la même partie demanderesse, en vue d'obtenir réparation du préjudice qu'elle prétend avoir subi en raison de cet acte administratif, l'objet de cette dernière demande n'étant pas le même que celui de la demande sur laquelle a statué le Conseil d'État, comme le rappelle notamment l'arrêt du 9 janvier 1997 (Cass., 9 janvier 1997, R.G. n° 96.0066.F, *Pas.*, 1997, n° 20) ».

La jurisprudence de la Cour de cassation est donc constante :

<sup>48</sup> Voy. Br. LOMBAERT, Fr. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », in H. DUMONT, P. JADOU et S. VAN DROOGENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, pp. 36-43 ; Br. LOMBAERT, « Un contrôle d'ordre public... à géométrie variable », *op. cit.*, p. 205 ; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 565-579.

<sup>49</sup> Cass., 10 septembre 2007, R.G. n° C.07.0003.F, *Pas.*, 2007, n° 394.

<sup>50</sup> Cass., 15 juin 2009, n° F-20090615-4 (S.08.0057.F.), *J.T.T.*, 2009/21, pp. 324-327, précédé des conclusions de l'Avocat général GENICOT.

« Les juridictions contentieuses ont, en vertu de [l'article 159 de la Constitution], le pouvoir et le devoir de vérifier la légalité interne et la légalité externe de tout acte administratif sur lequel est fondée une demande, une défense ou une exception et ce contrôle de légalité n'est pas limité aux irrégularités manifestes dont cet acte pourrait être affecté. »<sup>51</sup>

Qu'il pleuve ou qu'il vente rue de la Loi ou rue de la Science, la Cour de cassation ouvre imperturbablement son parapluie pour protéger le citoyen de l'arbitraire de l'administration<sup>52</sup>.

Faut-il, avec d'autres, recommander une intervention du constituant en vue d'infléchir cette jurisprudence ? Pour faire quoi<sup>53</sup> ? En limiter la portée<sup>54</sup> ou seulement en actualiser la rédaction<sup>55</sup> ? Cette dernière démarche pourrait, certes, avoir quelque utilité, mais aurait un prix exorbitant au vu de toute la richesse historique que draine cette disposition<sup>56</sup>. Restreindre le pouvoir du juge judiciaire sous prétexte qu'un juge administratif spécialisé a été institué, n'est-ce pas un peu rapidement oublier que, comme le rappelle avec flamme le Conseil d'État, « l'article 159 de la Constitution a été conçu pour protéger le citoyen contre l'autorité administrative ; [qu'il] permet au citoyen d'opposer à l'autorité administrative l'irrégularité de ses

décisions ; que cela fait de notre ordre juridique un État de droit »<sup>57</sup> ?

Certes, le souci d'un dialogue constructif entre les juges, la préservation de la sécurité juridique et la recherche d'une plus grande efficacité de la justice, profitable au justiciable, pourraient conduire le juge judiciaire à envisager de prendre davantage en compte un arrêt de rejet du Conseil d'État, pour autant, évidemment, que la motivation de celui-ci permette de considérer que le contrôle de légalité a été largement effectué<sup>58</sup>. Mais pour le reste, en ces temps de judiciarisation galopante, de pression du délai raisonnable, de juge unique..., deux précautions ne valent-elles pas mieux qu'une ? Au risque, certes, d'entraver l'action de l'administration, mais cette menace est davantage brandie que sa réalisation, dénoncée<sup>59</sup>.

## ACTUALITÉS EN BREF

– ARRÊT DU 12 FÉVRIER 2015, D.14.0011.F.,  
CONCL. AV. GÉN. WERQUIN

**Autorité administrative – Personne morale de droit privé à utilité publique – Critères**

L'établissement public est une personne morale de droit public ou revêtant une forme de droit

<sup>51</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch., F.), 10 octobre 2011, S.10.0112.F. ; Cass. (1<sup>re</sup> ch., sect. fr.), 4 novembre 2011, C.09.0130.F. ; 16 décembre 2013, n° F-20131216-3 (S.12.0060.F.).

<sup>52</sup> Sur la grande efficacité de la protection offerte par le juge judiciaire lorsqu'il manie l'article 159 de la Constitution, voy. Br. LOMBAERT, Fr. TULKENS et A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », *op. cit.*, pp. 36-43 ; Br. LOMBAERT, « Le Conseil d'État est-il toujours un juge du contentieux objectif de l'excès de pouvoir ? Réflexions sur la place et le rôle du Conseil d'État dans le système belge de protection juridictionnelle contre l'administration », *op. cit.*, pp. 374-377.

<sup>53</sup> Concluant l'imposant colloque qu'il avait organisé à Namur, Marc Nihoul plaiderait pour une révision de ce texte « suranné, pour ne pas écrire obsolète », tout en avouant : « dans quel sens réviser l'article 159 de la Constitution ? Aucune formule n'a encore emporté notre satisfaction » (« Conclusions. Légalité, sécurité, efficacité, vers une révision de l'article 159 de la Constitution ? », in M. NIHOUL (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, *op. cit.*, pp. 464-465).

<sup>54</sup> Selon Marc Uyttendaele, « il appartient (au constituant ou au législateur) de créer les conditions d'une véritable sécurité juridique, en définissant les conditions temporelles et matérielles, dans lesquelles un contrôle par voie d'exception peut être opéré à l'égard des décisions individuelles » (« Le Conseil supérieur de la Justice irrégulièrement composé. Prétexe à un voyage dans le triangle des Bermudes du contrôle de la hiérarchie des normes en droit belge », *op. cit.*, p. 13).

<sup>55</sup> Fr.-X. BARCENA, « Le champ d'application normatif du contrôle de légalité », in M. NIHOUL (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, *op. cit.*, p. 144.

<sup>56</sup> Comme le relève Diane Déom, « fascinant par la limpidité de sa formulation, l'article 159 témoigne aussi de l'inépuisable plasticité des vieux textes juridiques » (« Le refus d'application », in M. NIHOUL (dir. et éd.), *L'article 159 de la Constitution. Le contrôle de légalité incident*, *op. cit.*, p. 184).

<sup>57</sup> C.E., 22 avril 1997, *Artois et crts*, n° 56.974.

<sup>58</sup> Telle est la suggestion formulée par David De Roy (« L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », *op. cit.*, pp. 34-35), relayée par la Cour de cassation dans son *Rapport annuel 2009*, pp. 172-173, [http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2009fr\\_tcm421-210525.pdf](http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2009fr_tcm421-210525.pdf). Adde J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, *op. cit.*, pp. 682 et s. Il nous semble toutefois que l'article 159 de la Constitution n'autorise pas le législateur à en moduler la portée et que, dès lors, cette évolution ne pourrait résulter que d'une initiative jurisprudentielle.

<sup>59</sup> Voy. J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid*, *op. cit.*, pp. 676-679. Il conviendrait, en effet, de mesurer les implications concrètes des principes énoncés par la Cour de cassation avant de se résoudre à une révision constitutionnelle. En ce sens, D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution : de la vision d'apocalypse à la juste mesure ? », *op. cit.*, p. 61. Marc Uyttendaele lui-même, lorsqu'il envisage les conséquences en cascade sur le fonctionnement de la justice d'une constatation de la composition irrégulière du Conseil supérieur de la Justice, par une Cour de cassation qui pousserait « jusqu'à l'absurde son interprétation de l'article 159 de la Constitution », conclut qu'il « est probable, sinon certain qu'un subterfuge sera trouvé pour éviter un tel chaos judiciaire » (« Le Conseil supérieur de la Justice irrégulièrement composé. Prétexe à un voyage dans le triangle des Bermudes du contrôle de la hiérarchie des normes en droit belge », *op. cit.*, p. 12). En outre, Philippe Quertainmont a bien démontré combien l'argument de la sécurité juridique est « largement illusoire » (« Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels (l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits) », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 21 avril 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 440). Voy. encore J. MARTENS, « Variations sur le thème de l'exception d'illégalité », *op. cit.*, p. 1362.