

**PIERRE-OLIVIER DE BROUX\***

Avocat et historien

Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)

*debroux@fusl.ac.be*

Si le sujet abordé est particulièrement étendu, la présente contribution n'a cependant pas d'autres prétentions que de tracer à larges traits l'évolution de la protection juridictionnelle des gouvernés en Belgique lorsqu'ils estiment devoir s'opposer à ceux qui les gouvernent.

La *protection juridictionnelle* s'entend, dans le cadre de cet aperçu, du mode de résolution des conflits appartenant à un juge indépendant, qui a reçu le pouvoir de trancher ce conflit, et d'en imposer la solution aux parties. Les institutions les mieux connues à cet égard sont évidemment les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, mis en place par la Constitution belge du 7 février 1831. D'autres juridictions ont cependant été créées ensuite, par ou en vertu de cette Constitution. Il s'agit des nombreuses juridictions administratives, du Conseil d'Etat, de la Cour d'arbitrage devenue Cour constitutionnelle, ainsi que de plusieurs juridictions internationales. C'est l'activité de l'ensemble de ces juridictions qui est esquissée, lorsqu'elles s'occupent d'un conflit entre un gouverné et un gouvernant.

Il faut d'emblée préciser que ce mode spécifique de résolution des conflits n'est examiné que dans la mesure où le litige entre le gouverné et le gouvernant résulte de l'exercice, par le gouvernant, d'une parcelle de la puissance publique – de l'utilisation de son pouvoir d'*imperium* –, exercice auquel le gouverné entend s'opposer<sup>1</sup>. Deux types de litiges sont ainsi concernés : celui par lequel le gouverné tente *a priori* d'empêcher l'application d'une règle générale ou d'une décision individuelle, généralement qualifié de « contentieux objectif », de « contentieux de l'annulation » ou de « contentieux de la légalité » ; et le litige par lequel le gouverné entend réclamer *a posteriori* la réparation d'un préjudice subi suite à la mise en œuvre d'un règlement ou d'une décision administrative, généralement qualifié de « contentieux subjectif », de « contentieux de l'indemnité » ou de « contentieux de pleine juridiction ».

Les *gouvernants* visés par notre étude sont constitués par les institutions qui disposent du pouvoir d'imposer des normes de conduite à un ensemble donné de gouvernés. Selon la remarquable synthèse de John Gilissen, cette notion de gouvernant, dans le contexte d'un Etat moderne régi par le principe de la séparation des pouvoirs, renvoie tant aux membres du

---

\* L'auteur remercie particulièrement Xavier Delgrange, premier auditeur et chef de section au Conseil d'Etat de Belgique, et chargé d'enseignement aux FUSL et à l'ULB, pour ses conseils et sa participation à la présente étude, notamment au travers du cours qu'il enseigne sur les rapports entre « *Justice et politique* ».

<sup>1</sup> Il n'est donc notamment pas traité ici des actions juridictionnelles initiées par un pouvoir public à l'encontre d'un citoyen, ni des conflits intervenants entre gouvernés et gouvernants sans mise en œuvre de la puissance publique, pour autant que cette distinction puisse être faite (voy., sur la difficulté de celle-ci : M. MAHIEU, S. VAN DROOGHENBROECK, « la responsabilité de l'Etat législateur », *Journal des tribunaux*, 1998, p. 828).

pouvoir exécutif qu'aux membres du pouvoir législatif<sup>2</sup>. Elle englobe en outre tout pouvoir infra-étatique, telles, par exemple, les communes, les provinces, ou les régions et communautés qui constituent les « entités fédérées » de la Belgique ; ainsi que des pouvoirs supra-étatiques, comme les institutions de l'Union européenne.

*Les gouvernés* sont, par opposition, les personnes auxquelles des normes de conduite peuvent être imposées par les gouvernants : il s'agit des habitants de l'Etat, qu'ils soient citoyens de celui-ci ou résidents étrangers, mais également des personnes morales de droit privé (sociétés commerciales, associations sans but lucratifs, fondations,...), dont l'importance et l'influence n'a cessé de croître depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle.

Quatre périodes significatives structurent l'exposé : le long dix-neuvième siècle, de 1830 à 1918 (I.), l'entre-deux guerres, de 1918 à 1945 (II.), les « Trente glorieuses » et la fin de la Guerre froide, de 1945 à 1989 (III.), et enfin l'ère de la mondialisation, de 1989 à nos jours (IV.).

## I. LE LONG DIX-NEUVIEME SIECLE<sup>3</sup>

La sentence d'un juge indépendant, comme mode de résolution des conflits, n'est pas propre aux litiges opposant gouvernés et gouvernants, ni d'ailleurs propre aux conflits de la période contemporaine. La Révolution française constitue cependant une période déterminante dans la naissance de l'idée d'une protection du citoyen face à l'action administrative, eu égard à la conception stricte de la séparation entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qu'elle a apportée<sup>4</sup>.

Cette conception originaires de la séparation des pouvoirs impliquait l'interdiction pour le juge « ordinaire », issu du pouvoir judiciaire, d'intervenir dans les conflits entre gouvernés et gouvernants. La protection des gouvernés s'est dès lors exercée au travers de toutes sortes de recours internes aux administrations ou de juridictions administratives hybrides, et en particulier d'un Conseil d'Etat inspiré de l'ancien Conseil du Roi<sup>5</sup>. En vertu de la séparation des pouvoirs et du principe selon lequel 'juger l'administration, c'est administrer', le juge du gouvernant a donc été institué auprès de, et constitué par, le gouvernant. A la suite de ces conceptions révolutionnaires, le régime impérial français et le régime hollandais ont donc connu un système de protection du citoyen contre les actes de l'administration institué au sein du pouvoir exécutif lui-même, excluant toute intervention du pouvoir judiciaire<sup>6</sup>. Le pouvoir

---

<sup>2</sup> J. GILISSEN, « Les rapports entre gouvernés et gouvernants, vus à la lumière de l'histoire comparative des institutions. Synthèse générale », dans *Gouvernés et gouvernants*, 1<sup>e</sup> partie, Bruxelles, Editions de la Librairie Encyclopédique, 1969, pp. 29 et 48 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XXII) ; voy. aussi J. GILISSEN, « Gouvernés et gouvernants en Belgique, depuis 1815 », dans *Gouvernés et gouvernants*, 5<sup>e</sup> partie, Bruxelles, Editions de la Librairie Encyclopédique, 1965, pp. 81-148 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XXVI).

<sup>3</sup> Selon l'expression utilisée par l'historien anglais E. HOBSBAWM pour nommer sa trilogie sur l'histoire du 19<sup>e</sup> siècle : *L'Ere des révolutions* (1962 – trad. Fayard, 1970), *L'Ere du capital* (1975 – trad. Fayard 1978), *L'Ere des empires* (1987 – trad. Fayard 1989).

<sup>4</sup> Sur l'évolution de cette notion en droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, « La séparation des pouvoirs, 1831-1981 », dans *De grondwet. Honderdvijftig jaar. Ontmoeting 7 februari*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 69-93.

<sup>5</sup> Voy. notamment M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 53-56.

<sup>6</sup> Dans leur étude très complète, dont s'est nourrie la présente contribution, sur *Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795* (Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2006 – Studia 114), I. SIRJACOBS et H. VANDEN BOSCH rappellent que « La compétence des tribunaux fut limitée par la Convention en vertu du

impérial ou royal demeurait souverain, même assisté d'un Conseil d'Etat ou décentralisé au sein de multiples institutions administratives aux compétences parfois juridictionnelles<sup>7</sup>.

### L'automutilation du pouvoir judiciaire

L'intention du Constituant belge de 1831 marque une première tentative de rupture avec cette conception stricte de la séparation des pouvoirs. Les membres du Congrès national entendaient en effet éviter à tout prix l'existence d'un Conseil d'Etat, assimilé aux périodes d'oppression des régimes français et hollandais, et perçu comme « *un outil de centralisation, contraire aux tendances nationales d'autonomie communale et provinciale* »<sup>8</sup>. Ils sont donc revenus aux traditions de l'ancien droit en érigeant le pouvoir judiciaire en protecteur des citoyens contre l'arbitraire administratif<sup>9</sup>. Selon l'article 107 de la Constitution du 7 février 1831 – l'article 159 de la Constitution belge coordonnée –, « *les Cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* »<sup>10</sup>. En permettant de la sorte au juge de s'immiscer dans l'examen de la légalité de décisions prises par les pouvoirs publics, cette exception d'illégalité semblait rompre fondamentalement avec la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs.

L'intention du Constituant belge n'a cependant pas été tout à fait suivie par le pouvoir judiciaire. Le contentieux de l'indemnité a été limité aux litiges ne relevant pas de la mise en œuvre de la puissance publique, tandis que le contentieux de la légalité était très strictement limité aux décisions qui méconnaissaient des droits « *qui résultent des lois ou arrêtés portés dans un intérêt individuel* », à l'exclusion des lois et arrêtés adoptés dans l'intérêt général<sup>11</sup>. C'est le phénomène « d'automutilation du pouvoir judiciaire », selon l'expression du professeur Jean-Pierre Nandrin inspirée par Jacques Van Compernelle, classiquement compris comme un retour à la conception stricte de la séparation des pouvoirs<sup>12</sup>. Françoise Muller observe cependant judicieusement, dans sa contribution au présent ouvrage, que les magistrats à l'origine de cette « mutilation » sont d'anciens membres du Congrès national, parfaitement au fait des intentions du pouvoir constituant. Elle en déduit que cette jurisprudence restrictive témoigne sans doute de la volonté du pouvoir judiciaire de rester en dehors du champ politique très divisé à partir de 1840 – jusqu'à cette date, c'est l'union nationale entre les tendances politiques qui avait prévalu, l'*unionisme* –, et de laisser la primauté du contrôle de

---

*décret des Conflits du 16 Fructidor de l'an III (2 septembre 1795). Toutes les matières dans lesquelles l'administration ou des fonctionnaires furent impliqués étaient soustraites à la juridiction des tribunaux, sauf autorisation expresse des autorités* » (p. 93 et note 15).

<sup>7</sup> Voy. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

<sup>8</sup> F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'Etat belge (1831-1946) », dans cet ouvrage. Voy. également A. VAN ZUYLEN, « De l'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique », *La Belgique judiciaire*, 1880, n° 11-12, col. 185.

<sup>9</sup> M. LEROY, *op.cit.* (v. note 5), p. 69 ; P. GOFFAUX, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat », dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, dir. B. BLERO, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 36.

<sup>10</sup> Voy. sur cet article de la Constitution belge, D. DE ROY, « L'exception d'illégalité instituée par l'article 159 de la Constitution: de la vision d'apocalypse à la juste mesure? », *Revue critique de jurisprudence belge*, 2009, pp. 21-62.

<sup>11</sup> P. GOFFAUX, *op.cit.* (v. note 9), p. 45 ; Voy. notamment les deux arrêts de principe qui ont consacré cette interprétation : Cass. 24 avril 1840, *Pasicrisie*, 1840, I, p. 337 ; Cass., 25 juin 1840, *Pasicrisie*, 1840, I, p. 418, et leurs commentaires par F. MULLER dans cet ouvrage.

<sup>12</sup> 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*, 6<sup>e</sup> série, t. VIII, 1997, pp. 89-93 ; voy. également F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires... », *op.cit.* (v. note 8), note 20, qui cite la doctrine majoritaire appuyant cette explication.

l'action du pouvoir exécutif au pouvoir législatif<sup>13</sup>. L'absence de toute institution ou juridiction comparable à un Conseil d'Etat a par conséquent considérablement réduit, à cette époque, la possibilité de résolution juridictionnelle des conflits entre gouvernants et gouvernés, et ce jusque 1920<sup>14</sup>.

### La timide émergence des juridictions administratives

La Constitution du 7 février 1831 laissait cependant une autre porte ouverte. Selon l'article 93 de celle-ci – l'article 145 de la Constitution belge coordonnée –, « *les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* ». Le législateur se voyait ainsi confier la compétence de créer des juridictions dites 'administratives' pour connaître de droits politiques.

A l'origine, cette exception était conçue pour le contentieux relatif aux impôts directs, dont la recette était fixée préalablement par l'administration, puis répartie entre les contribuables. En cas de contestation par un contribuable, il fallait donc procéder à une nouvelle répartition, à laquelle les tribunaux judiciaires ne pouvaient eux-mêmes procéder. Ce contentieux était en outre indissolublement lié au contentieux électoral, eu égard au suffrage censitaire alors en vigueur : c'est le paiement de l'impôt qui conférait un droit de vote. Le contentieux fiscal et le contentieux électoral ont donc été confiés à une des premières juridictions administratives belges, la Députation permanente du Conseil provincial, héritée des périodes française et hollandaise<sup>15</sup><sup>16</sup>. Il faut cependant attendre une loi adoptée en 1871 pour qu'un citoyen soit autorisé à introduire un recours contre une imposition... insuffisante<sup>17</sup>. Cette loi témoigne des liens étroits entre les deux contentieux précités. Parmi les motifs avancés par le législateur, il relate en effet que « *il arrive que des agents de l'administration (...), réduisent les cotisations*

---

<sup>13</sup> F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires... », *op.cit.* (v. note 8) ; voy. également les hypothèses soulevées par J.P. NANDRIN, *op.cit.* (v. note 12), pp. 91-93.

<sup>14</sup> Tous les étudiants en droit passés aujourd'hui entre les mains de Michel Leroy, professeur à l'Université libre de Bruxelles, en connaissent les conséquences désastreuses : le prologue de son cours raconte la triste histoire d'Appoline Meeus, servante dans un cabaret, et inscrite bien malgré elle, par une décision de l'autorité municipale, sur le « registre des filles publiques » contraintes 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 Meeus, 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* ». M. LEROY, *op.cit.* (v. note 5), p. 21, et P. GOFFAUX, *op.cit.* (v. note 9), p. 46 ; Cass. 14 mai 1866, *Pasicrisie*, 1866, I, pp. 292-296 et Cass. (ch. réunies) 24 octobre 1866, *Pasicrisie*, 1867, I, pp. 11-22. Comme l'indiquent I. SIRJACOBS et H. VANDEN BOSCH (*op.cit.* (v. note 6), p. 97-98), les contentieux entre administration et administrés étaient plutôt résolus au sein de celle-ci, par voie d'appel administratif ou de recours auprès de commissions créées en son sein. Voy. CH. DE BROUCKERE, F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. I, Bruxelles, pp. 406-407.

<sup>15</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 96-97 ; P. VAN ORSHOVEN, *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuurlijke geschillen in België*, Zwolle, 1990, pp. 54-63 et 154-187 ; E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national, 1830-1831*, t. IV, Bruxelles, Société typographique belge, 1845, p. 95. Pour plus de précisions sur ce contentieux fiscal, voy. A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881, pp. 487-493.

<sup>16</sup> Il existait neuf députations permanentes pour la Belgique, une pour chacune des neuf provinces belges (Anvers, Brabant, Flandre occidentale, Flandre orientale, Hainaut, Liège, Limbourg, Luxembourg, Namur). Dotées de compétences juridictionnelles, donc, ces institutions sont cependant avant tout politiques puisqu'elles constituent le principal organe d'administration provinciale, et sont composées de membres élus par leur conseil provincial respectif.

<sup>17</sup> Loi du 5 juillet 1871 qui apporte des modifications aux lois d'impôts, *Moniteur belge*, 6 juillet 1871.

*pour empêcher le contribuable d'atteindre le cens électoral*»<sup>18</sup>. Ce recours a donc été spécifiquement organisé pour protéger le droit de vote du citoyen.

Dès 1881, la compétence juridictionnelle des députations permanentes en matière fiscale est cependant fort réduite, non seulement parce que l'institution serait surchargée, mais également parce qu'on lui reproche sa partialité<sup>19</sup>. Sa compétence est confiée, paradoxalement, à la cour d'appel, après une procédure administrative de réclamation<sup>20</sup> : c'est un premier et précoce retour au pouvoir judiciaire d'une compétence juridictionnelle permettant de juger de la légalité d'une décision administrative.

D'autres juridictions administratives protectrice des droits politiques des gouvernés ont été créées, notamment en matière de milice (les conseils de milice), de responsabilité financière des comptables publics (notamment la Cour des comptes<sup>21</sup>), ou de concessions minières (le Conseil des mines<sup>22</sup>)<sup>23</sup>. Mais pour le surplus, le législateur n'a pas vraiment fait œuvre de créativité. Au point que, en 1909, Paul Errera écrivait que « *les juridictions administratives existant en Belgique tendent à perdre de leur compétence et de leur influence. Leur organisation étant disparate, plutôt fragmentaire et même rudimentaire, elles se sont atrophiées* »<sup>24</sup>. Sa conclusion ? La contribution de Françoise Muller au présent ouvrage l'expose avec force : il manquait un Conseil d'Etat.

## II. L'ENTRE-DEUX GUERRES : L'IMPOSSIBLE CREATION D'UN CONSEIL D'ETAT ?<sup>25</sup>

Durant l'entre-deux guerres, les praticiens du droit, la doctrine comme les pouvoirs publics ont longuement tentés, mais en vain, de mettre en place un Conseil d'Etat pour combler les lacunes juridictionnelles constatées dans le contentieux de l'indemnité et dans le contentieux de la légalité.

---

<sup>18</sup> *Documents parlementaires*, Ch.repr., sess. 1870-1871, n° 108 et n° 136, spéc. pp. 13-14. Cette disposition a été insérée dans les lois d'impôts suite à la décision de la Cour de cassation selon laquelle un tel recours n'était pas permis par les dispositions légales existantes (Cass., 27 août 1869, *Pasicrisie*, 1870, t. I, p. 46).

<sup>19</sup> *Documents parlementaires*, Ch.repr., sess. 1880-1881, n° 124 et 158, qui constituent des documents préparatoires de la loi du 30 juillet 1881 modifiant quelques dispositions législatives réglant la compétence des députations permanentes, *Moniteur belge*, 31 juillet 1881.

<sup>20</sup> Sur cette procédure et son évolution durant la première moitié du vingtième siècle, voy. M. FEYE, CH. CARDYN, *Procédure fiscale contentieuse*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1958, pp. 87 et s.

<sup>21</sup> Loi du 29 octobre 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes, *Moniteur belge*, 1<sup>er</sup> novembre 1846 (et confirmant le décret du Congrès national du 30 décembre 1830 contenant établissement de la Cour des comptes). A l'instar des députations permanentes, cette institution n'est qu'accessoirement juridictionnelle, sa principale mission concernant le contrôle des recettes et des dépenses de l'Etat et des provinces, donc de la bonne exécution de leurs budgets. Voy. un bref historique de la Cour des comptes sur son site internet : [www.ccrek.be/FR/ApercuHistorique.htm](http://www.ccrek.be/FR/ApercuHistorique.htm) (consulté le 29 octobre 2009).

<sup>22</sup> Loi du 2 mai 1837 sur les mines, *Bulletin officiel*, 1837, n° 27 (confirmant elle aussi la loi antérieure du 1<sup>er</sup> juillet 1832 qui institue un Conseil des mines provisoire en remplacement du Conseil d'Etat). La nature juridictionnelle de cette institution, qui rend des avis relatifs aux concessions de mine, est demeurée controversée. Voy. A. GIRON, *Dictionnaire de droit administratif et de droit public*, t. 2, Bruxelles, Bruylant-Christophe & Cie, 1895, pp. 449-481.

<sup>23</sup> Voy. I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 161-166.

<sup>24</sup> P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel. Droit administratif*, Paris, 1909, p. 246.

<sup>25</sup> Ce chapitre, bien que méritant d'importants développements, est volontairement succinct : c'est la contribution précitée de F. MULLER au présent ouvrage (v. note 8) qui en constitue l'exposé complet. Voy. aussi F. MULLER, « Henri Velge, l'artisan du Conseil d'Etat belge (1911-1946) », *Revue belge d'histoire contemporaine*, 2007, 1-2, pp. 143-174.

L'arrêt *La Flandria* rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920 effectue cependant au même moment un revirement fondamental de jurisprudence<sup>26</sup>. Au contentieux de l'indemnité, il étend en effet la compétence du pouvoir judiciaire à la responsabilité des autorités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. Le pouvoir judiciaire s'est ainsi, selon les uns, accordé un sursis, en rendant moins urgente la création d'un Conseil d'Etat<sup>27</sup>. D'autres estiment au contraire que l'arrêt *La Flandria* a précipité la création du Conseil d'Etat : tant qu'à voir l'administration faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, le politique l'aurait préféré empathique, plus proche du pouvoir exécutif, comme en France<sup>28</sup>.

Indépendamment de ces attermolements, l'entre-deux guerres consacre par contre la véritable naissance des juridictions administratives. Les juridictions existantes, notamment en matière électorale, minière, de milice ou de comptabilité publique, poursuivent leur travail malgré les critiques de la doctrine, offrant dans ces domaines spécifiques une protection bienvenue. La Première Guerre mondiale a par ailleurs imposé au législateur la création de nouvelles juridictions administratives, pour juger des demandes de réparation de particuliers suite aux préjudices physiques ou matériels causés par la guerre<sup>29</sup>.

L'entre deux guerres est surtout propice aux premières avancées en matière de sécurité sociale. C'est l'époque à laquelle « *L'Etat encourage les moyens mis en place par les mutualités et les syndicats pour aider leurs membres à se préserver contre certains risques* »<sup>30</sup>. Chaque avancée sociale est accompagnée de sa juridiction administrative spécifique. Ainsi, par exemple, des « commissions d'appel » sont créées en 1923 pour connaître des décisions prises en matière de pension de vieillesse<sup>31</sup>. De même, des « commissions de réclamations et d'appel » sont instituées en matière d'assurance chômage en 1933, pour connaître des recours que souhaiteraient introduire les assurés contre les refus de leur octroyer des allocations ou indemnités<sup>32</sup>. Une caractéristique commune à la plupart des juridictions administratives créées en matière de sécurité sociale est leur institution par voie d'arrêté royal et non de loi, contrairement au prescrit de l'article 93 de la Constitution de 1831 – l'article 145 de la Constitution belge coordonnée –. La doctrine le justifiait, à l'époque, eu égard à l'existence de ces nouveaux droits dits « administratifs » ou « sociaux »,

---

<sup>26</sup> Cass. 5 novembre 1920, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2000, pp. 23-27, avec les observations de Ch. PANIER, « Vive le régime judiciaire » ; F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* », *Journal des tribunaux*, 2006, pp. 730 et 749.

<sup>27</sup> F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive... », *op.cit.* (v. note 26) ; F. DELPEREE, « La Constitution et le Conseil d'Etat », dans *Cinquante années du Conseil d'Etat. Liber memorialis*, Gand, Mys & Breesch, 1999, p. 80 ; C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, p. 118.

<sup>28</sup> P. TAPIE, « Le Conseil d'Etat et la question de la validité des normes et des systèmes juridiques », dans *Droit et pouvoir*, Tome I : *la validité*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 162.

<sup>29</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 463-501 (« Les juridictions administratives créées pendant et après la Première Guerre mondiale »).

<sup>30</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), vol. 2, p. 647 ; voy. surtout G. VANTHEMSCHE, *La sécurité sociale. Les origines du système belge. Le présent face à son passé*, Bruxelles, De Boeck Université, 1994.

<sup>31</sup> Arrêté royal du 25 avril 1923 d'exécution de la loi du 20 août 1920 sur les pensions de vieillesse - Commissions d'appel - Règlement organique, *Moniteur belge*, 11-12 mai 1923 ; loi du 15 décembre 1937 relative à l'assurance en vue de la vieillesse et du décès prématuré, *Moniteur belge*, 18 décembre 1937. Elles succèdent à des juridictions administratives créées par arrêté royal du 20 octobre 1900, *Moniteur belge*, 26 octobre 1900, dont l'appel devait être introduit devant le Conseil des Mines.

<sup>32</sup> Arrêté royal du 12 mai 1933 prescrivant la création de commissions provinciales d'appel, *Moniteur belge*, 17 mai 1933 ; arrêté royal du 15 juin 1936 organisant les commissions de réclamations et d'appel et la commission de recours en matière de chômage, *Moniteur belge*, 16 juin 1936.

catégorie qui serait juridiquement différente des droits civils ou politiques visés par la Constitution<sup>33</sup>.

L'entre-deux guerres a ainsi incontestablement servi de transition entre la paralysie du 19<sup>e</sup> siècle et l'essor du contentieux entre gouvernés et gouvernants, qui ne cessera plus de croître jusqu'à nos jours. Comme le démontre Françoise Muller dans sa contribution au présent ouvrage, c'est cependant à cette époque que les débats et projets de réforme administrative sont les plus riches, les plus réfléchis et les plus aboutis. Ils influenceront longtemps encore les évolutions de l'après-guerre.

### III. 1945-1989 : LE FORMIDABLE ESSOR DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES GOUVERNÉS

#### **La naissance de juridictions internationales accessibles aux citoyens belges**

Si la Seconde Guerre mondiale a suspendu les projets de réformes administratives et contentieuses en Belgique, elle n'en est pas moins à l'origine d'évolutions fondamentales. L'horreur de la guerre, et son impact mondial, vont conduire à une nouvelle organisation des relations internationales, au travers de l'ONU et, dans l'Europe particulièrement touchée par la guerre, au travers de l'idée d'unification européenne. Et c'est sans doute aussi l'horreur de la barbarie nazie et de la Shoah qui ont contribué à mettre le respect de la personne humaine au centre de ce processus, et plus uniquement le respect des Etats entre eux. C'est une nouvelle naissance pour les droits de l'homme, la raison pour laquelle leur universalité « cesse d'être un objet pour des rêveurs »<sup>34</sup>, mais devient au contraire un instrument déterminant dans les rapports entre les gouvernés et les gouvernants. La Déclaration universelle des droits de l'homme est proclamée le 10 décembre 1948<sup>35</sup>, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés est adoptée le 28 juillet 1951<sup>36</sup>.

En Europe, en particulier, la Seconde Guerre mondiale est le ferment d'un mouvement européen qui va prospérer après-guerre et donner naissance à de nouvelles institutions européennes. Quelques semaines après sa création, en mai 1949, le Conseil de l'Europe s'est attaché à la rédaction d'une Convention de protection des droits de l'homme, avec pour objectif politique avoué une union plus étroite des Etats européens. Mais surtout, il y a lié la création d'une Cour européenne des droits de l'homme. La juridiction de celle-ci est, il est vrai, facultative, mais la Convention permet aux particuliers de s'adresser directement à la Cour, ce qui est tout à fait nouveau. Signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, ratifiée sans réserve par la Belgique le 13 mai 1955, la Convention et la Cour offrent depuis cette date un nouveau recours juridictionnel au citoyen contre l'Etat signataire dont il est ressortissant ou sur lequel il réside<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> A. MAST, « Les droits administratifs subjectifs existent-ils en droit public belge ? Nature du droit aux allocations de chômage », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1957, pp. 168-178.

<sup>34</sup> D. SOULEZ-LARIVIERE, « Universalité des Droits de l'Homme. Le Big Bang des Droits de l'Homme », dans *Les droits de l'homme : universalité et renouveau 1789-1989*, dir. G.BRAIBANT, G. MARCOU, Paris, L'Harmattan, 1990, p. 385.

<sup>35</sup> <http://www.un.org/fr/documents/udhr/> (consulté le 29 octobre 2009).

<sup>36</sup> Consultable sur le site de l'Agence des Nations Unies pour les réfugiés, sous l'onglet « Publications », [www.unhcr.fr](http://www.unhcr.fr) (consulté le 29 octobre 2009).

<sup>37</sup> Loi du 13 mai 1955 portant approbation de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome, le 4 novembre 1950 et du Protocole additionnel à cette Convention, signé à Paris, le 20 mars 1952, *Moniteur belge*, 19 août 1955. Voy. P. GERBET, art. « Convention et Cour européenne des

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas relevant au niveau international, de sorte que non seulement l'ensemble des décisions du pouvoir exécutif, mais également des dispositions législatives, vont pouvoir être contestées à Strasbourg, siège de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est une première pour la majorité des États signataires, en particulier pour la Belgique. La Cour est enfin compétente pour octroyer une satisfaction équitable au requérant, afin de réparer le préjudice subi par la décision nationale prise en méconnaissance de la Convention.

A la lumière de l'évolution du contentieux entre gouvernés et gouvernants jusqu'alors, les changements apportés par la Convention sont donc fondamentaux, même s'ils sont limités au seul contentieux des droits de l'homme.

Dans une moindre mesure, la juridiction européenne créée en 1952, de concert avec les communautés européennes - la Cour de justice des Communautés européennes, future Cour de justice de l'Union européenne - apporte également sa pierre à l'édifice de la protection juridictionnelle du citoyen à l'égard des gouvernants, européens surtout. Le citoyen ne peut cependant y avoir accès que dans des cas limités, à savoir principalement pour les recours contre les décisions européennes dont il est le destinataire, et pour le contentieux de l'indemnité à l'égard des institutions européennes<sup>38</sup>.

### **La naissance du Conseil d'Etat**

L'évolution européenne est d'autant plus extraordinaire que, en droit belge, un délai important va encore être nécessaire pour arriver à une protection comparable.

L'après-guerre, sur le plan du contentieux administratif, c'est d'abord la création du Conseil d'Etat par la loi du 23 décembre 1946<sup>39</sup>. Le contexte y est favorable : on se méfie davantage des dérives du pouvoir exécutif, depuis l'exemple laissé par Hitler et sa conquête démocratique du pouvoir. Bien que créé comme une juridiction administrative « omnicompetente », il ne dispose cependant que d'une compétence subsidiaire à celle de toute autre juridiction. La compétence du contentieux général de la légalité tant attendue depuis l'indépendance belge, ce contentieux de l'annulation des règlements et décisions administratives individuelles, est attribué au Conseil d'Etat, sauf lorsqu'un recours ayant le même objet est institué auprès de juridictions de l'ordre judiciaire. Pour rappel, c'était par exemple le cas en matière fiscale depuis 1881. Les litiges soumis à d'autres juridictions administratives lui échappent *a fortiori* également, mais il dispose cependant à leur égard d'une compétence de cassation des décisions qu'elles rendent.

En ce qui concerne le contentieux de l'indemnité, la direction que souhaitent prendre les juridictions judiciaires après l'arrêt *La Flandria* n'était pas claire à l'époque. Un recours est

---

droits de l'homme », dans *Dictionnaire historique de l'Europe unie*, dir. P. GERBET, G. BOSSUAT, Th. GROSBOIS, Bruxelles, André Versaille, 2009, pp. 310-318.

<sup>38</sup> Voy. les articles 230, 235 et 288, alinéa 2 du Traité instituant la Communauté européenne (anciens articles 173, 178 et 215 alinéa 2 du Traité signé à Rome le 25 mars 1957), <http://eur-lex.europa.eu> ; ainsi que P. GERBET, art. « Cour de justice des Communautés européennes », dans *Dictionnaire historique...*, *loc.cit.* (v. note 37), pp. 335-336 ; R. DEHOUSSE, *La Cour de Justice des Communautés européennes*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1997 ; O. DUE, « La Cour de justice et la protection de l'individu », dans *Quarantième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes, 1952-1992*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1993, pp. 35-38.

<sup>39</sup> Loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat, *Moniteur belge*, 9 janvier 1947.



dès lors également créé auprès du Conseil d'Etat, permettant de demander une indemnité relative à la réparation d'un dommage exceptionnel résultant d'une mesure prise par un pouvoir public. Mais cette demande n'est recevable que « *dans les cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente* »<sup>40</sup>. En pratique, cette compétence ne sera que très peu utilisée, les juridictions judiciaires ayant étendu progressivement leur emprise sur le contentieux de l'indemnité.

Paré de ces compétences subsidiaires, le Conseil d'Etat a accompli ses premiers pas en rédigeant son règlement de procédure, promulgué en août 1948<sup>41</sup>. Il fut officiellement installé le 9 octobre 1948, et son premier arrêt fut rendu un mois plus tard, le 8 novembre. En 1986, 28.000 arrêts avaient été rendus, en près de 40 ans.

L'effet de la création du Conseil d'Etat s'est rapidement ressenti à trois égards. A l'égard des juridictions administratives, tout d'abord : quelques arrêts ont rapidement fait disparaître la désinvolture de celles-ci, leur rappelant leur obligation de motivation, celle de respecter les droits de la défense, l'interdiction d'ajouter à la loi des conditions, etc., accroissant la protection dont bénéficiait le citoyen devant ces juridictions<sup>42</sup>. L'effet sur la protection générale du citoyen face à l'administration a également été fort important. Marcel Vauthier écrivait ainsi, en 1955, que « *la création du Conseil d'Etat (...) a surtout pour effet de donner une structure juridique à des rapports entre les particuliers et les administrations (...) qui n'étaient pas régis par des principes stables et où l'autorité n'avait guère d'autres règles que celle du pouvoir discrétionnaire* »<sup>43</sup>. Plus qu'un lieu de résolution des conflits, le Conseil d'Etat devenait un instrument de prévention des conflits.

Troisième effet, enfin, et par réaction, sur les compétences du pouvoir judiciaire. Après la création du Conseil d'Etat, les juridictions judiciaires n'ont eu de cesse d'élargir leurs compétences en matière de contentieux administratif, tant sur le fondement de l'exception d'illégalité qu'à l'égard du contentieux de la responsabilité. Ainsi, sur la base de l'article 1382 du Code civil, le juge va progressivement accorder la réparation en nature d'une faute de l'administration, donc ordonner à une administration de prendre un acte positif. Il va également faire suite à la demande d'un citoyen d'intervenir au préalable, en référé, donc en urgence, pour empêcher l'administration de mettre à exécution une décision illégale<sup>44</sup>. Cette utilisation extensive du droit de la responsabilité témoigne également de l'interprétation de plus en plus souple du principe de la séparation des pouvoirs.

---

<sup>40</sup> R. ANDERSEN, B. LOMBAERT, S. DEPRE, « Les contentieux méconnus », dans *Le Conseil d'Etat de Belgique...*, *op.cit.* (v. note 9), p. 271

<sup>41</sup> Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, *Moniteur belge*, 23 août 1948.

<sup>42</sup> M. LEROY, dans *Liber memorialis...*, *op.cit.* (v. note 27), p. 117.

<sup>43</sup> M. VAUTHIER, *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, 1955, p. 157 (cité par M. LEROY, dans *Liber memorialis...*, *op.cit.* (v. note 27), p. 117).

<sup>44</sup> Cass. 26 juin 1980, *Pasicrisie*, 1980, I, p. 1341, concl. proc. gén. J. VELU ; Cass. 21 octobre 1982, *Pasicrisie*, 1983, I, p. 251 ; Cass. 21 mars 1985, *Pasicrisie*, 1985, I, p. 908, concl. proc. gén. J. VELU. Voy. Fr. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *Journal des tribunaux*, 1981, p. 682 ; Fr. DELPEREE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1983, p. 173 ; Ph. LEVERT, « L'intervention du juge des référés dans le droit administratif », dans *Le référé judiciaire*, dir. J. ENGLEBERT, H. BOULARBAH, Bruxelles, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 363.

## Le contentieux de la sécurité sociale et la réforme des juridictions administratives

Autre évolution marquante de la période : l'explosion du contentieux de la sécurité sociale. Chacune des nouvelles protections sociales mises en place par l'Etat providence de l'après guerre<sup>45</sup> était systématiquement accompagnée de la création d'une juridiction spécifique, le plus souvent administrative, mais parfois judiciaire ou arbitrale : pensions, chômage, allocations aux handicapés, assurance maladie-invalidité, accident de travail, assistance sociale<sup>46</sup>. Toutes les branches de la jeune sécurité sociale étaient concernées ; presque toutes les juridictions créées l'étaient par arrêté royal.

Le caractère disparate et désordonné de ces juridictions de sécurité sociale a été rapidement dénoncé. Surtout, leur fondement légal a été singulièrement remis en question par un arrêt « fracassant », selon l'expression de Daniel Dumont, rendu le 21 décembre 1956 par la Cour de cassation<sup>47</sup>. Selon cet arrêt, le droit aux allocations de chômage est un droit politique, au sens de l'article 93 de la Constitution – l'article 145 de la Constitution belge coordonnée –. Toute juridiction qui le concerne, si elle ne relève pas des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, doit donc être instituée par la loi, non par arrêté royal ou du régent. Cet arrêt remet ainsi en cause la légalité de la plupart des juridictions administratives alors existantes en matière de sécurité sociale. Cela n'empêche cependant pas celles-ci d'en encore fonctionner plus de dix ans en situation d'inconstitutionnalité, notamment par le truchement de dispositions qui permettaient le recours parallèle aux juridictions judiciaires et administratives<sup>48</sup>. Dans la pratique, cependant, il semble que les juridictions administratives soient le plus souvent demeurées les seules saisies par les particuliers pour trancher leurs réclamations<sup>49</sup>.

Outre les juridictions administratives nouvellement créées en matière de sécurité sociale, les autres juridictions plus anciennes subsistent encore, et d'autres sont instituées au lendemain de la Seconde guerre pour trancher les conflits nés des demandes de dédommagement liées à la guerre<sup>50</sup>. Les juridictions administratives atteignent ainsi leur apogée à cette époque. La principale conséquence de ce succès est la volonté d'uniformiser leur régime juridique. En 1959, à peine dix ans après la mise en place du Conseil d'Etat, une vaste étude sur la réforme des juridictions administratives est rédigée, portant notamment sur l'uniformisation de la procédure<sup>51</sup>, et la proposition de créer des tribunaux administratifs est expressément formulée à la Chambre en 1963<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> Voy. notamment G. VANTHEMSCHE, *op.cit.* (v. note 30) ; P. VAN DER VORST (dir.), *Cent ans de droit social belge*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 119-146.

<sup>46</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), vol. 2, pp. 643-832.

<sup>47</sup> Cass. 21 décembre 1956, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1957, p. 163, note A. MAST (*op.cit.*, v. note 33) ; D. DUMONT, *La responsabilité des allocataires sociaux en question*, thèse de doctorat à paraître, chapitre IV, §3, 2., d).

<sup>48</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), vol. 1, p. 104.

<sup>49</sup> Voy. notamment l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs indépendants, *Doc.parl.*, Chambre, sess. 1962-1963, n° 573/1, p. 21.

<sup>50</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), vol. 1, pp. 503-626 (« Les juridictions administratives créées pendant et après la Seconde Guerre mondiale »).

<sup>51</sup> L. MOUREAU, Ch. GOOSSENS, M. VAUTHIER, M.A. FLAMME, F. REMION, J. STASSEN, *Premier rapport sur la réforme de l'organisation du contentieux administratif*, Bruxelles, Institut belge des Sciences administratives, 1962.

<sup>52</sup> Proposition de loi créant des tribunaux administratifs provinciaux, *Documents parlementaires*, Chambre, sess. 1963-1964, n° 652/1.

Ce projet d'uniformisation est mené parallèlement avec une autre réforme d'envergure : celle de la procédure civile devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Un thème de réflexion commun à ces deux réformes se dégage, celui du droit social, écartelé entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Deux questions sont posées<sup>53</sup>. Celle de « *la reconnaissance des caractères originaux du droit social* » d'abord : le droit du travail, essentiellement privé et contractuel, est en effet considéré comme complémentaire et lié au droit de la sécurité sociale, plutôt imposé unilatéralement par l'Etat et administré par des organismes de droit public. C'est ce qui fait « l'originalité » du droit social. La question de « *la détermination de la juridiction appelée à vider son contentieux* » ensuite : selon les promoteurs de la réforme judiciaire, la séparation de ces deux branches, éparpillées entre des juridictions nombreuses et disparates, « *ne pourrait satisfaire ni les justiciables ni la raison* ». Pour ne pas heurter les traditions constitutionnelles et judiciaires, dans la mesure où ces deux matières devaient rester liées, c'est le contrat - objet par excellence du droit civil - qui l'emporte. Seul le juge judiciaire peut connaître de ce contentieux. Le législateur a donc créé en 1967 de nouvelles juridictions du travail au sein de l'ordre judiciaire, chargées de l'intégralité du contentieux social<sup>54</sup>.

Une seconde fois, après le domaine fiscal, l'ordre juridictionnel administratif est ainsi privé de compétence au profit de l'ordre judiciaire. Le Conseil d'Etat lui-même, en tant qu'autorité de cassation des juridictions administratives de sécurité sociale, se voit pour la première fois amputé de certaines compétences. La réforme générale des juridictions administratives, par contre, est abandonnée ; l'institution des juridictions du travail a apparemment suffi pour redonner bonne conscience au législateur. A contre-courant de cette évolution, il faut cependant signaler la création non expliquée, en 1976, de nouvelles juridictions administratives en matière d'aide sociale, moins de dix ans après que l'ensemble du contentieux du droit de la sécurité sociale ait été confié à l'ordre judiciaire<sup>55</sup>.

### **La naissance du fédéralisme belge et du contentieux constitutionnel**

Dernière évolution significative de la période, c'est la transformation de l'Etat belge unitaire en un Etat fédéral<sup>56</sup>. Cette étape fondamentale de l'évolution de la Belgique est en effet accompagnée par un nouveau mode juridictionnel de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés.

Jusqu'alors, la Belgique demeurait en effet un des « *derniers bastions du dogme de l'infaillibilité du Parlement* », pour reprendre l'expression de Xavier Delgrange<sup>57</sup>. La loi n'était soumise à aucun contrôle de constitutionnalité, si ce n'est celui, indirect et très partiel, de la Cour européenne des droits de l'homme. Le processus de fédéralisation de la Belgique érige les normes législatives des entités fédérées au même rang que les lois adoptées par l'Etat fédéral. Il n'y a aucune hiérarchie entre elles mais il existe, par conséquent, un risque de conflit. Pour éviter la création d'une juridiction spécialement chargée de ce contentieux, un

---

<sup>53</sup> Voy. Ch. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Bruxelles, Moniteur belge, 1964, p. 92.

<sup>54</sup> Voy. le Code judiciaire, promulgué par la loi du 10 octobre 1967, *Moniteur belge*, 31 octobre 1967.

<sup>55</sup> Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, *Moniteur belge*, 5 août 1976. Voy. D. DUMONT, *op.cit.* (v. note 42), chapitre III, §2, 5., et §4, 4.

<sup>56</sup> Voy. E. WITTE, A. MEYNEN (dir.), *De geschiedenis van België na 1945*, Anvers, Standaard Uitgeverij, 2006 ; X. MABILLE, *La Belgique depuis la Seconde guerre mondiale*, Bruxelles, CRISP, 2003.

<sup>57</sup> X. DELGRANGE, « Cinquième leçon : la genèse de la Cour d'arbitrage et l'évolution du contentieux constitutionnel », Syllabus du cours *Justice et politique*, 5<sup>e</sup> leçon, p. 2.

système particulier de règlement des conflits de compétence est instauré au sein du Conseil d'Etat en 1971<sup>58</sup>, mais n'est finalement jamais mis en oeuvre<sup>59</sup>.

Pour un motif comparable, sans doute, à savoir éviter la création d'une juridiction chargée du contentieux constitutionnel, la Cour de cassation va rendre deux décisions par lesquelles elle inaugure un contrôle de la loi. La première, l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, contrôle la loi à la lumière du droit international, tandis que la seconde, l'arrêt *Lecomte* du 3 mai 1974, soumet directement la loi au contrôle de constitutionnalité<sup>60</sup>. En réalité, la Cour de cassation tente par là de s'approprier une compétence de contrôle de la validité des lois. On est fort loin de la si préjudiciable pusillanimité de l'ordre judiciaire à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. L'arrêt *Lecomte* est cependant resté unique eu égard aux nombreuses protestations, notamment politiques, qu'il a suscitées<sup>61</sup>.

L'approfondissement du fédéralisme rend inévitable la création d'une nouvelle juridiction, appelée dans un premier temps Cour d'arbitrage<sup>62</sup>. Le législateur fédéral prive ainsi l'ordre judiciaire du contrôle de la constitutionnalité des lois – ce qui a été ressenti comme un camouflet par les membres du pouvoir judiciaire<sup>63</sup> –, pour le confier à une juridiction spécialisée, plus proche du pouvoir législatif. La Cour d'arbitrage est en effet composée, pour moitié de ses membres, d'anciens parlementaires. Pour le surplus, son contrôle de constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances – qualification des normes législatives des entités fédérées – est particulièrement minimaliste : la Cour n'a compétence, lors de sa création en 1980, que pour annuler les normes violant les règles répartitrices de compétence.

Ce n'est que huit ans plus tard, en 1988, que les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité, la non discrimination et la liberté de l'enseignement, sont ajoutées à la compétence de la Cour d'arbitrage. Elle peut désormais contrôler si les lois, décrets ou ordonnances respectent ces trois droits fondamentaux. A cette occasion, c'est ce qui nous intéresse, le constituant ajoute que « *la Cour peut être saisie (...) par toute personne justifiant d'un intérêt* »<sup>64</sup>. Les gouvernés disposent ainsi directement, et pour la première fois, d'un recours en annulation de la loi, lequel va connaître un essor considérable.

---

<sup>58</sup> Art. 10 à 21 de la loi du 3 juillet 1971 relative à la répartition des membres des Chambres législatives en groupes linguistiques et portant diverses dispositions relatives aux conseils culturels pour la communauté culturelle française et pour la communauté culturelle néerlandaise, *Moniteur belge*, 6 juillet 1971. Voy. P. DE STEXHE, *La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Bruxelles, Larcier, 1972, spéc. p. 142.

<sup>59</sup> M. LEROY, N. ROBA, « La section d'administration - aperçu historique », dans *Conseil d'État, Liber Memorialis, loc.cit.* (v. note 27), pp. 128-129.

<sup>60</sup> Cass. 27 mai 1971, *Journal des tribunaux*, 1971, pp. 460-474, avec concl. du proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH ; Cass. 3 mai 1974, *Journal des tribunaux*, 1974, pp. 564-571, avec concl. du proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

<sup>61</sup> Voy. notamment les débats ayant entouré l'adoption au Sénat d'une proposition de loi prévoyant que les cours et tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois et des décrets, *Annales parlementaires*, Sénat, 26 juin 1975, pp. 2671 et s.

<sup>62</sup> Article 107ter de la Constitution inséré le 29 juillet 1980, *Moniteur belge*, 30 juillet 1980 ; loi du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge*, 8 juillet 1983. Voy. H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », dans *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, dir. PH. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 71-174.

<sup>63</sup> Voy. la mercuriale du Procureur général DUMON, « Quo va dimus », *Journal des tribunaux*, 1980, pp. 504-508.

<sup>64</sup> Modification de la Constitution du 15 juillet 1988, *Moniteur belge*, 19 juillet 1988 ; loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge*, 7 janvier 1989.

#### IV. DE 1990 A NOS JOURS : L'ERE DE LA MONDIALISATION

Bien que les recours juridictionnels ouverts aux gouvernés semblaient enfin arrivés à maturité, les vingt dernières années ont encore été riches en transformations, pour la plupart liées à l'avènement d'une nouvelle vague de mondialisation économique, technologique et environnementale, ainsi qu'au renforcement constant de la place de l'individu dans la société. Par ailleurs, la cohabitation de trois juridictions suprêmes en Belgique, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour d'arbitrage - devenue Cour constitutionnelle en 2007<sup>65</sup> -, ne se déroule pas sans heurts. Elle induit une complexification du contentieux juridictionnel entre gouvernants et gouvernés.

#### **Le recours croissant aux juridictions internationales**

Au niveau européen, la place de la Cour européenne des droits de l'homme est de plus en plus importante. Les juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe, en particulier de la Belgique, font constamment référence à sa jurisprudence. Et cette jurisprudence connaît une inflation gigantesque, menaçant même parfois le bon fonctionnement de la Cour. Alors que 45.000 requêtes ont été traitées entre 1959 et 1998, près de 50.000 requêtes sont introduites pour la seule année 2008. De même, 837 arrêts sont rendus entre 1959 et 1998, alors que 1.593 arrêts sont rendus pour la seule année 2008<sup>66</sup>.

Au sein de l'Union européenne, le médiatique Traité de Lisbonne élargit le droit de recours de toute personne physique ou morale à la désormais « *Cour de justice de l'Union européenne* », en lui permettant d'introduire un recours en annulation contre un acte réglementaire émanant des institutions européennes, si cet acte la concerne directement<sup>67</sup>.

En 1998, enfin, est créée la Cour pénale internationale, première juridiction pénale internationale permanente accessible aux gouvernés, lorsqu'ils ont été victimes de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre, et à condition que l'auteur des crimes soit ressortissant d'un Etat reconnaissant la juridiction de la Cour et que les crimes ait été commis dans un Etat reconnaissant la juridiction de la Cour. Le Statut de Rome, texte fondateur de la Cour, a été ratifié, à ce jour, par 110 pays dans le monde<sup>68</sup>. Cette juridiction internationale ne vise pas, par principe, à trancher un conflit entre gouvernants et gouvernés. Mais parmi les criminels visés par le Statut de Rome, sont comprises les personnes qui peuvent porter une responsabilité dans la perpétration des actes criminels, notamment les

---

<sup>65</sup> Modification de la Constitution du 7 mai 2007, *Moniteur belge*, 8 mai 2007.

<sup>66</sup> *La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres 1959-2009*, document d'information générale disponible sur le site de la Cour, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (consulté le 8 novembre 2009). Voy. F. MATSCHER, « La Cour européenne des droits de l'homme, hier, aujourd'hui et demain, au lendemain de son cinquantième anniversaire. Regards d'un ancien juge de la Cour », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, pp. 901-921 ; P. MAHONEY, « Réflexions d'un greffier de la Cour européenne des droits de l'homme à l'heure du départ », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2005, pp. 1-4 ; J.P. MARGUENAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005.

<sup>67</sup> Art. 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 230 du Traité instituant la Communauté européenne), tel que modifié par le Traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *Journal officiel de l'Union européenne*, C-306/42, 17 décembre 2007, et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009 - <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>68</sup> Le Statut de la Cour pénale internationale adopté à Rome le 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2002, après sa ratification par 60 pays, disponible sur le site de la Cour, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int) (consulté le 8 novembre 2009). Voy. *La Belgique et la Cour pénale internationale : complémentarité et coopération*, actes du colloque du 17 mai 2004, Bruxelles, Bruylant, 2005.

chefs militaires ou d'autres supérieurs hiérarchiques, tels des responsables politiques. En pratique, les procès déjà intentés devant la Cour visent soit des responsables de mouvements de rébellion, soit des gouvernants, tel le président de la République du Soudan. Si la poursuite de gouvernants belges ou européens semble peu probable aujourd'hui, cette nouvelle institution n'en demeure pas moins un nouveau lieu juridictionnel accessible aux gouvernés, susceptible de voir étendre à l'avenir son champ d'intervention à d'autres crimes, tels le trafic de drogue, le terrorisme ou les délits économiques graves, dans lesquels des gouvernants pourraient également se retrouver impliqués<sup>69</sup>.

### **Les rapports de force entre la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat**

La protection juridictionnelle des gouvernés face aux gouvernants fait particulièrement l'objet, depuis 1990, des rapports conflictuels qu'entretiennent les trois juridictions suprêmes belges<sup>70</sup>.

Première actrice de cette justice engagée, la Cour de cassation parvient encore à étendre son contrôle sur les gouvernants, bien qu'elle ait renoncé à sa jurisprudence *Lecomte* citée ci-avant. Dans le contentieux de l'indemnité tout d'abord, par son arrêt *Anca* du 19 décembre 1991, elle admet la responsabilité de l'Etat dans sa fonction judiciaire, et donc plus seulement dans sa fonction administrative<sup>71</sup>. Et par deux arrêts rendus en 2006, c'est enfin la responsabilité de l'Etat pour une faute commise dans l'exercice de sa compétence législative qui est admise par la Cour de cassation<sup>72</sup>. Plus que jamais, la compétence du Conseil d'Etat dans le contentieux de l'indemnité est inexistante ; celui-ci demeure intégralement aux mains du pouvoir judiciaire. Plus que jamais, également, les gouvernants, sous toutes leurs formes, sont tenus pour responsables de leurs actes et soumis, à cette fin, à un contrôle juridictionnel étendu.

Dans le contentieux de la légalité, par ailleurs, la Cour de cassation se repose toujours sur sa jurisprudence *Le Ski* pour s'arroger un pouvoir de contrôle de la validité des lois par rapport au droit international, et en particulier par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme et au droit de l'Union européenne. Par rapport à la Constitution, la Cour de cassation, comme le Conseil d'Etat, sont, par contre, obligés de poser à la Cour constitutionnelle une question - dite *préjudicielle* - lorsqu'ils s'interrogent sur la constitutionnalité d'une loi. Depuis 2003, les compétences de la Cour constitutionnelle ont été étendues à l'ensemble du titre II de la Constitution, à savoir à l'ensemble des droits et libertés fondamentaux consacrés par la Constitution<sup>73</sup>. Cette réforme avait pour intention expresse de « réaliser un contrôle uniforme des droits fondamentaux en en attribuant le

---

<sup>69</sup> Art. 123.1 du Statut précité (v. note 68) ; voy. la résolution étendant la compétence de la Cour pénale internationale à d'autres délits internationaux graves, en particulier les délits économiques, adoptée le 14 juillet 2000 par la Chambre des représentants, *Documents parlementaires*, Chambre, sess. 1999-2000, n° 607/4.

<sup>70</sup> Voy. *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, actes du symposium du 21 octobre 2005, Bruxelles, la Charte, 2006.

<sup>71</sup> Cass. 19 décembre 1991, *Pasicrisie*, 1992, I, p. 316. Voy. M. MAHIEU, S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'Etat législateur », *Journal des tribunaux*, 1998, pp. 830-833.

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>er</sup> juin 2006, *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2006, pp. 1524-1548, avec note Y. THIELS, I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics : le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ? » ; Cass. 28 septembre 2006, *Revue critique de jurisprudence belge*, 2007, pp. 367-421, avec note S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'Etat-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs ».

<sup>73</sup> Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge*, 11 avril 2003.

*monopole à la Cour d'arbitrage* »<sup>74</sup>, et donc pour but inavoué « *de priver les juridictions judiciaires et administratives de leur compétence, consacrée par l'arrêt Le Ski, de contrôler la conformité des lois au regard de la Convention* » européenne des droits de l'homme<sup>75</sup>.

Echaudée par cette tentative, la Cour de cassation a alors tenté de contourner la compétence de la Cour constitutionnelle, en invoquant la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme sur la Constitution, en refusant par conséquent de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle et en jugeant elle-même de la validité d'une loi par rapport à la Convention, comme elle le faisait avant la réforme de 2003<sup>76</sup>. Cette tentative controversée a été balayée par le législateur en 2009. Il a, en effet, renforcé l'obligation, pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque des droits fondamentaux sont invoqués pour contester la validité de lois, décrets ou ordonnances<sup>77</sup>. Ce détour par la juridiction constitutionnelle pour contester la loi ne participe cependant certainement pas à la simplification du contentieux des gouvernés et des gouvernants.

Au final, c'est sans doute le Conseil d'Etat, surchargé de recours, qui va payer le plus cher une attitude beaucoup moins combative que ses deux concurrentes, notamment à cause d'une image jamais améliorée dans l'esprit du législateur. La principale cause de cette dégradation est la durée interminable des recours introduits devant le Conseil d'Etat. Le nombre de recours a crû de façon exponentielle depuis 1990. Après les 28.000 arrêts rendus en quarante ans, évoqués ci-dessus, il atteindra sans doute 200.000 arrêts rendus au début de l'année 2010, à peine 20 ans plus tard. Cette croissance du contentieux entraîne cependant un arriéré considérable, et par conséquent un retard de plus en plus important dans le traitement des affaires. L'Etat belge s'est ainsi vu condamné à de nombreuses reprises pour dépassement du délai raisonnable devant le Conseil d'Etat<sup>78</sup>. Certes, le citoyen a bien plus qu'hier la conscience de ses possibilités de recours contre l'administration. Mais à l'heure de massifs flux migratoires mondiaux et des pénétrations clandestines dans ce qui est parfois appelés les Etats-forteresses occidentaux, ainsi que de l'utilisation sans réserve, aux mêmes fins, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, c'est principalement le

---

<sup>74</sup> Rapport de la Commission du Sénat, *Documents parlementaires*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 14.

<sup>75</sup> X. DELGRANGE, *op.cit.* (v. note 57), 5<sup>e</sup> leçon, pp. 7-8 ; B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », dans *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres ?*, Liège, éd. du Jeune Barreau, 2004, p. 36.

<sup>76</sup> Cass. 9 novembre 2004, *Revue de droit pénal*, 2005, pp. 789-818, avec note de M.-F. RIGAUX, « Quand la Cour de cassation arbitre » ; voy. également B. GORS, « Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2005, pp. 507-531.

<sup>77</sup> Loi spéciale du 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Moniteur belge*, 31 juillet 2009. La proposition de loi fait expressément référence à l'arrêt précité de la Cour de cassation, *Documents parlementaires*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-12/1 ; voy. la position adoptée sur ce texte par les trois juridictions suprêmes le 23 avril 2008 dans le rapport de la commission du Sénat, *Documents parlementaires*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-12/4. Voy. P. POPELIER, « Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet? », *Rechtskundig Weekblad*, 2009-2010, pp. 50-62 ; M.F. RIGAUX, « Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux : vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2009, p. 649.

<sup>78</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Mathy c. Belgique* du 24 avril 2008 ; Cour eur. D.H., arrêt *De Turck c. Belgique* du 25 septembre 2007 ; Civ. Huy 3 mai 2007, et Civ. Bruxelles 23 mars 2007, *Journal des tribunaux*, 2007, pp. 444 et s., avec notes de R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », et de J. VAN COMPERNOLLE, M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire » ; Civ. Huy 17 janvier 2005, *Journal des procès*, n° 497, 25 février 2005, p. 26 ; Cour eur. D.H., arrêt *Stoeterij Zangersheide N.V. et autres c. Belgique* du 22 décembre 2004 ; Cour eur. D.H., arrêt *Entreprises Robert Delbrassine s.a. c. Belgique* du 1<sup>er</sup> juillet 2004.

contentieux des droits des étrangers qui envahit, voire paralyse le Conseil d'Etat. Près de 70% de ces 170.000 nouveaux arrêts le concernent. Autre contentieux en vogue, pas seulement entre gouvernants et gouvernés d'ailleurs, est celui qui concerne les nombreux litiges en matière d'urbanisme et d'environnement, lié à la prise de conscience mondiale de l'empreinte de l'homme sur la planète et à l'adoption consécutive de règles de plus en plus contraignantes.

Institué comme premier juge des conflits entre gouvernés et gouvernant, le Conseil d'Etat est pourtant dépouillé de nombreuses compétences durant ces deux décennies, principalement au motif qu'il serait surchargé. Son rôle est même sérieusement remis en cause par la doctrine.

Le Conseil d'Etat est, tout d'abord, assez sèchement déchargé de la majorité du contentieux lié aux secteurs économiques dits « libéralisés ». La mondialisation des échanges économiques et la montée en puissance de l'Union européenne ont progressivement réduit le rôle des Etats dans l'économie à un rôle de régulation, particulièrement là où ils exerçaient auparavant un rôle de gestion de services publics, dans les télécommunications, les transports, l'énergie, la radiodiffusion. A ce rôle de régulation correspond la mise en place d'autorités administratives indépendantes et/ou de juridictions administratives, tels le Conseil de la concurrence, la Commission bancaire, financière et des assurances (CBFA), l'Institut belge des postes et télécommunications (IBPT), la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (CREG), etc. La majorité des recours que les gouvernés, devenus *régulés*, peuvent introduire contre les décisions de ces diverses institutions publiques, sont confiés, entre 1990 et 2006, à la Cour d'appel de Bruxelles<sup>79</sup>. Enième retour du contentieux administratif au pouvoir judiciaire, mais ici au profit d'une catégorie particulière de justiciable, les pouvoirs économiques privés, qui n'ont « *sans doute pas de temps à perdre en procès inutiles (Time is money)...* »<sup>80</sup>.

En droit des étrangers, en droit de l'enseignement ou en droit de l'urbanisme, des litiges sont également soustraits à la compétence générale du Conseil d'Etat au profit de nouvelles juridictions administratives. C'est à nouveau la lenteur et la surcharge du Conseil d'Etat qui sont invoqués parmi les motifs de création de ces juridictions. Est ainsi créé en 2006, au niveau fédéral, un « *Conseil du contentieux des étrangers* »<sup>81</sup>. De même, en Flandre, en 2004, est institué un « *Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen* » pour connaître des recours contre les décisions des jurys d'examen de l'enseignement supérieur<sup>82</sup> ou, en 2009, un « *Raad voor vergunningsbetwistingen* » pour connaître des litiges en matière

---

<sup>79</sup> Une synthèse complète de cette matière est effectuée dans P. BOUCQUEY, P.O. DE BROUX, « Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation », dans *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, dir. H. DUMONT, P. JADOUL ET S. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 209-313.

<sup>80</sup> H. DUMONT, « La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration. Introduction et appels au législateur », dans *La protection juridictionnelle des citoyens...*, *loc.cit.* (v. note 79), p. 9.

<sup>81</sup> Loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers, *Moniteur belge*, 6 octobre 2006. Voy. M. KAISER, « La réforme du contentieux des étrangers », dans *La protection juridictionnelle des citoyens...*, *loc.cit.* (v. note 79), pp. 315-404.

<sup>82</sup> Art. 2.15 du décret flamand du 19 mars 2004 relatif au statut de l'étudiant..., *Moniteur belge*, 10 juin 2004, tel que modifié par le décret du 30 avril 2004, *Moniteur belge*, 12 octobre 2004. Voy. J. NEUTS, « Rechtsbescherming bij examenbeslissingen in het hoger onderwijs : de Raad voor Examenbetwistingen. De Raad van State gebuisd ? », *Tijdschrift voor onderwijsrecht en onderwijsbeleid*, 2004-2005, pp. 263-278 ; B. VERBEECK, « Examenbetwistingen in het hoger onderwijs in Vlaanderen : exit de Raad van State ? », *Chroniques de droit public*, 2005, pp. 648-654.



d'urbanisme<sup>83</sup>. Le Conseil d'Etat conserve néanmoins, à l'égard de ces nouvelles juridictions, une compétence de cassation administrative. Dans cet esprit, il a été régulièrement suggéré de décharger le Conseil d'Etat de toutes ses compétences, au profit de juridictions administratives territoriales 'de première instance', notamment eu égard à la surcharge chronique de l'institution<sup>84</sup>. Il n'agirait alors plus que comme juge de cassation à l'égard de ces juridictions.

Cette perte de confiance dans une institution débordée, voire trop cloîtrée dans le droit administratif, amène même certains auteurs à prôner ouvertement la disparition de celui-ci : « *Pourquoi maintenir deux ordres de juridictions, dont l'un est spécialement destiné à être celui de l'administration, si celle-ci, dans ses modes d'action, ne se distingue plus beaucoup d'acteurs privés relevant des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. Les motifs de la création d'un Conseil d'Etat sont-ils toujours d'actualité ? (...) La tentation est donc grande de rapatrier tout le contentieux administratif dans le giron du judiciaire, d'y créer des chambres spécialisées, supprimant ainsi les conflits d'attribution oiseux, les querelles byzantines, préférant privilégier les solutions de fond que les éventuelles erreurs d'aiguillage de procédure* »<sup>85</sup>. La désillusion semble profonde et témoigne de la volonté de praticiens de confier tout le contentieux administratif au pouvoir judiciaire. Ces déconvenues préparent sans doute encore à des réformes significatives du Conseil d'Etat, à peine soixantenaire. L'histoire devra dire si cette juridiction, certainement victime de son succès, ne s'est pas elle-même sabordée dans des prises de position trop timorées<sup>86</sup>, des avis préconisant de confier ses compétences à d'autres juridictions<sup>87</sup>, ou dans des arrêts frôlant le déni de justice<sup>88</sup>. Une attitude générale qui incite sans doute également les législateurs fédéral ou fédérés à

---

<sup>83</sup> Art. 4.8.1 du Code flamand de l'aménagement du territoire, coordonné le 15 mai 2009, *Moniteur belge*, 20 août 2009. Voy. les motifs de la création de cette nouvelle juridiction administrative dans le projet de décret, *Stukken*, Vlaams Parlement, sess. 2008-2009, n° 2011/1, pp. 203-208.

<sup>84</sup> P. GILLIAUX, « Les juridictions administratives : de l'oubli à l'inconstitutionnalité », *Journal des tribunaux*, 2003, pp. 125-129 ; Proposition de loi relative à la création, l'organisation, la compétence et le fonctionnement des tribunaux administratifs, *Doc.parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-1419/1 ; F. MAUSSION, « Le Conseil d'Etat face à l'arriéré du contentieux : de l'accélération de la procédure à la création des tribunaux administratifs de première instance », dans *Le Conseil d'Etat de Belgique...*, *loc.cit.* (v. note 9), pp. 846-859 ; Propositions de loi relatives à la création de tribunaux administratifs, *Documents parlementaires*, Sénat, sess. 1995-1996, n° 1-305/1 et n° 1-382/1 ; Justification à un amendement portant création de tribunaux administratifs, *Documents parlementaires*, Chambre, sess. 1995-1996, n° 644/3, p. 48 ; Rapport de la commission sur une proposition de révision de la Constitution, *Documents parlementaires*, Chambre, sess. 1992-1993, n° 831/3, p. 2 ; F.M. REMION, *Le Conseil d'Etat, ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 83-84.

<sup>85</sup> B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », dans *La protection juridictionnelle des citoyens...*, *loc.cit.* (v. note 79), p. 65.

<sup>86</sup> Voy. notamment « La barque du Conseil d'Etat est trop chargée », interview du Premier Président du Conseil d'Etat R. ANDERSEN par J. BOURTEMBOURG et F. TULKENS, *Journal des tribunaux*, 2006, p. 49, qui, à propos du contentieux des étrangers, estime notamment que « *Tant la qualité des recours que leur nature, essentiellement factuelle, ne correspondent pas au travail du Conseil d'Etat, lequel traite de questions de droit* » ; P. GILLIAUX, premier auditeur et chef de section du Conseil d'Etat, *op.cit.* (v. note 84).

<sup>87</sup> Voy. par exemple l'avis n° 38.943/2/V de la section de législation du Conseil d'Etat, *Documents*, Parlement wallon, sess. 2005-2006, n° 309/1, pp. 29-30, rappelé par le premier auditeur et chef de section au Conseil d'Etat B. JADOT, « Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement », dans *La protection juridictionnelle des citoyens...*, *loc.cit.* (v. note 79), pp. 479-482.

<sup>88</sup> Outre le contentieux du droit des étrangers (voy. M. KAISER, *op.cit.* (v. note 81), pp. 347-350 ; S. SAROLEA, « Le référé civil en droit des étrangers : parachute ou paravent ? », dans *Le référé judiciaire*, *loc.cit.* (v. note 44), p. 421), le plus récent exemple d'arrêts critiqués à cet égard concerne les affaires relatives à la liberté du port du voile pour les jeunes filles de confession musulmane dans les établissements d'enseignement. Voy. notamment C.E., arrêt n° 191.533 du 17 mars 2009, *Journal des tribunaux*, 2009, p. 252, avec note de S. VAN DROOGHENBROECK, « De l'intérêt d'une asbl à l'annulation d'un règlement scolaire interdisant le port d'un couvre-chef lorsque la mesure conforte son objet statutaire de lutter contre la discrimination ».

dépouiller l'institution plutôt qu'à lui donner les moyens nécessaires pour exercer ses compétences.

### La persistance des juridictions administratives

Le projet de réforme générale des juridictions administratives, déjà abandonné une première fois à la fin des années 60, ne semble à nouveau plus être « *dans l'air du temps* », malgré les nombreuses propositions en ce sens citées ci-dessus. La raison principale en est que cette réforme serait difficilement compatible, d'un point de vue juridique mais aussi politique, avec l'organisation fédérale de l'Etat<sup>89</sup>.

Il n'empêche, ces juridictions diverses persistent, voire connaissent un certain regain. Deux motifs permettent notamment de l'expliquer. Le premier, on l'a vu, est la surcharge du Conseil d'Etat, qui a notamment justifié la création du Conseil du contentieux des étrangers, ou, en Flandre, du *Raad voor betwistingen inzake studievoortgangsbepalingen* ou du *Raad voor vergunnings-betwistingen*. Le second motif est celui de l'arrivée à maturité des entités fédérées, qui a conduit celles-ci, dès la fin des années 80, à créer des juridictions administratives dans leurs domaines de compétence, notamment en matière d'enseignement, en matière électorale ou en matière d'urbanisme<sup>90</sup>. A l'inverse, la fédéralisation de l'Etat a par contre pu conduire à une importante désorganisation de certains contentieux administratif, tel celui des hôpitaux<sup>91</sup>.

Seule la suppression du service militaire obligatoire par la loi du 31 décembre 1992 a permis de supprimer les diverses juridictions de milice encore existantes<sup>92</sup>, tandis que les compétences des juridictions administratives en matière de contentieux de l'aide sociale ont été transférées aux juridictions du travail en 1993, en vue d'unifier les voies de recours dans ce domaine<sup>93</sup>. Dernier avatar du retour au judiciaire du contentieux administratif.

### CONCLUSIONS

Ce très rapide survol des modes juridictionnels de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés dans la Belgique d'hier et d'aujourd'hui permet, à notre estime, de formuler quatre caractéristiques de cette évolution.

La première, à connotation plutôt négative, est la *complexité* de ces modes de résolution des conflits. Les conditions d'accès, voire l'existence même, des juridictions citées, sont méconnues, difficiles à comprendre voire rébarbatives, tant pour le citoyen que pour le praticien du droit. Surtout, il n'a jamais été simple d'obtenir le bon juge pour contester l'action des gouvernants, si même ce juge existait. Et cette difficulté persiste jusqu'à ce jour. Ce défaut est d'ailleurs exacerbé par la concurrence manifeste qui s'est exercée, et demeure

---

<sup>89</sup> X. DELGRANGE, N. LAGASSE, « La création de juridictions administratives par les communautés et les régions », dans *La protection juridictionnelle des citoyens...*, *loc.cit.* (v. note 79), p. 513.

<sup>90</sup> X. DELGRANGE, N. LAGASSE, *op.cit.* (v. note 89), pp. 496-509 ; I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 863 et s.

<sup>91</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 881-886.

<sup>92</sup> I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), p. 374.

<sup>93</sup> Art. 17 de la loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire, *Moniteur belge*, 4 février 1993. Voy. l'exposé des motifs du projet de loi, *Documents parlementaires*, Chambre, sess. extr. 1991, n° 630/1, pp. 6-7.

parfois, entre les différents ordres juridictionnels, en particulier entre l'ordre judiciaire et les autres juridictions, qu'elles soient administratives, constitutionnelle voire internationales.

De manière plus positive, une progressive *uniformisation* de ces modes de résolution des conflits doit également être constatée. La lente évolution entre quelques juridictions administratives éparses, voire presque autonomes, et un système plus ordonné sous l'autorité du Conseil d'Etat (pour le contentieux de la légalité) et de la Cour de cassation (pour le contentieux de l'indemnité) est remarquable. Et ce d'autant plus que ce système est lui-même soutenu par, voire soumis à la Cour constitutionnelle, et influencé par le droit européen et le droit international, qui constituent également des sources croissantes de convergence du droit. Enfin, le très remarquable « retour au judiciaire » du contentieux administratif, dès le dix-neuvième siècle avec le contentieux fiscal, prolongé au vingtième siècle avec le contentieux de la sécurité sociale, puis au début du vingt et unième siècle avec le contentieux de la régulation économique, consacre également cette uniformisation.

La *spécialisation* des juridictions concernées constitue aussi une caractéristique de leur évolution : le nombre de juridictions administratives créées depuis l'indépendance de la Belgique en constitue le meilleur exemple. Cette spécialisation résulte également de l'inflation législative caractéristique de l'après-guerre et de la multiplication des champs d'intervention des pouvoirs publics : il n'est plus possible pour un juge de maîtriser toute l'étendue du droit. Sa spécialisation bénéficie donc, dans une certaine mesure, au citoyen.

Malgré toutes ses imperfections, l'évolution des modes juridictionnels de résolution des conflits entre gouvernés et gouvernants a enfin, et par conséquent, incontestablement renforcé la *protection* des citoyens belges. Si l'on excepte l'automutilation presque immédiate du pouvoir judiciaire après l'indépendance, l'écoulement du temps n'a fait qu'accroître, même parfois démesurément, les possibilités pour les gouvernés de recourir à la justice : les juridictions administratives, le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour pénale internationale, les extensions continues des compétences de l'ordre judiciaire en matière fiscale, de sécurité sociale, de contentieux administratif économique, de responsabilité de l'Etat dans ses fonctions exécutives, puis judiciaires et législatives, sont autant d'étapes qui ont accordé aux citoyens des protections significatives contre l'arbitraire étatique. Ces étapes plus institutionnelles sont d'ailleurs pour la plupart concomitantes avec l'évolution du contenu du droit : l'émergence des droits de l'homme et du droit humanitaire, des principes de bonne administration et de bonne législation, ont également fortement contribué au renforcement de la protection des gouvernés.

L'histoire des juridictions chargées, en Belgique, de la protection des gouvernés à l'égard des gouvernants témoigne enfin, de manière plus générale, de l'importance croissante des individus par rapport à l'Etat, mais également du contrôle considérablement renforcé des pouvoirs publics, fondé sur des valeurs modernes de transparence et de responsabilité.