

# LES PRINCIPES DE LÉGALITÉ ET DE SÉCURITÉ JURIDIQUE : DES FAUX AMIS ?

Jérémie Van Meerbeeck

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Jugé délégué à la cour d'appel de Bruxelles

*Perhaps we have been guilty of some terminological inexactitudes (Winston Churchill)*

1. À la question, posée par D. Labetoulle, de savoir si les principes de légalité et de sécurité juridique marchent d'un même pas « sous la bannière ambiguë de l' "État de droit" »<sup>1</sup>, il n'est pas de réponse univoque. Comme ailleurs, si ces principes marchent généralement dans la même direction, il arrive qu'ils s'engagent dans des sens opposés. La spécificité de notre ordre juridique est que, dans certains cas, ils partagent les mêmes chaussures. En effet, en raison principalement de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, ces deux principes se disputent des exigences de clarté, de précision et de prévisibilité des normes.

2. Après avoir présenté les deux principes successivement (I et II), nous soutiendrons, à l'occasion de leur examen conjoint, une double thèse (III). D'une part, nous plaiderons qu'ils méritent d'être clairement distingués, car, s'ils sont tous deux fondamentaux dans un État de droit, ils poursuivent des objectifs différents. Alors que le principe de légalité, dans son acception classique, tend à prévenir l'*arbitraire* dans le chef des autorités étatiques, celui de sécurité juridique vise la *prévisibilité* du droit, afin de permettre aux sujets de droit de planifier leurs comportements sur la base du droit applicable, et le respect de leurs attentes légitimes. D'autre part, nous défendrons l'idée qu'aucun des deux principes ne peut être, *in abstracto* et *a priori*, subordonné à l'autre, leur éventuel

---

1. D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403.

conflit devant s'appréhender au cas par cas, et ce, malgré l'insécurité juridique qui en résulte.

## I. Le principe de sécurité juridique

3. Tel n'est pas le moindre des paradoxes d'un principe qui tend à la clarté : il faut se méfier d'une expression aussi vague que celle de sécurité juridique. Une façon commode d'éviter l'écueil d'un débat purement abstrait est de partir de la signification qui lui est actuellement donnée par les plus hautes cours belges et européennes (A).

4. À partir de là, il sera possible de proposer une très/trop courte histoire du principe de sécurité juridique, sans se laisser arrêter par une recherche qui, dans une optique purement nominaliste, se limiterait à identifier les occurrences des termes « sécurité juridique » dans les écrits doctrinaux et jurisprudentiels de ces derniers siècles (B).

### A. La portée actuelle du principe

5. Le principe de sécurité juridique est défini, par les plus hautes juridictions belges et européennes, comme imposant, en amont, que le droit soit suffisamment clair, précis et accessible pour permettre aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes (prévisibilité) et, en aval, qu'il soit tenu compte des attentes légitimes que le comportement des autorités publiques a pu susciter dans leur chef (confiance légitime)<sup>2</sup>.

6. La jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle est claire à cet égard. La non-rétroactivité des lois est une « garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique » et cette garantie « exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est accompli »<sup>3</sup>. Après

2. Doctrines belge et néerlandaise s'accordent pour considérer que le principe de confiance légitime est englobé dans le principe plus général de sécurité juridique (N. GEELHAND, « Le principe de la croyance légitime en droit administratif et en droit fiscal », note sous Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 70 et les réf. citées). La Cour de justice le considère comme un corollaire du principe de sécurité juridique (C.J.U.E., 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, pt 20).

3. C.C., arrêts n° 164/2003, 17 décembre 2003, B.3 ; n° 139/2006, 14 septembre 2006, B.12 ; n° 80/2008, 15 mai 2008, B.4 à B.9 ; n° 128/2008, 1<sup>er</sup> septembre 2008, B.9 ; n° 178/2009, 12 novembre 2009, B.6 ; n° 6/2010, 4 février 2010, B.8.1 ; n° 34/2010, 22 avril 2010, B.5.1 ; n° 49/2010, 29 avril 2010, B.7 ; n° 30/2011, 24 février 2011, B.6 ; n° 16/2016, 3 février 2016, B.12.1.

avoir, dans un premier temps<sup>4</sup>, cité explicitement la définition de la Cour constitutionnelle<sup>5</sup>, le Conseil d'État se l'est désormais appropriée. Ainsi, dans un arrêt du 18 mai 2017, il a considéré que méconnaît « le principe de sécurité juridique l'autorité qui adopte une règle insuffisamment prévisible et accessible, de sorte que le sujet de droit auquel cette règle a vocation à s'appliquer ne peut prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où celui-ci se réalise »<sup>6</sup>.

De même, selon la formulation retenue par la Cour de justice depuis son arrêt *Duff* du 15 février 1996<sup>7</sup>, et reprise depuis par le Tribunal<sup>8</sup>, le principe de sécurité juridique exige des règles claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit de l'Union<sup>9</sup>.

Dans son arrêt *Baranowski* du 28 mars 2000, la Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose, estimant qu'il est « particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique » et que, par conséquent, il est « essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application [...] »<sup>10</sup>. Plus récemment, la Cour a résumé les exigences du principe de sécurité juridique, « qui est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit », qui implique notamment « l'exigence de clarté et de prévisibilité de la loi »<sup>11</sup>.

7. La nécessité, pour les autorités étatiques, de tenir compte des attentes légitimes qu'elles ont suscitées dans le chef des sujets de droit a par ailleurs été soulignée à plusieurs reprises par la Cour de cassation. Selon elle, en effet, « les principes généraux de bonne administration comportent le droit à la sécurité juridique », qui « implique notamment que le citoyen doit pouvoir faire confiance à ce qu'il ne peut concevoir autrement que comme étant une règle fixe de conduite et d'administration »

4. Le principe n'était pas pour autant absent de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État (voy. ci-après, § 24).

5. Voy. not. C.E., arrêt n° 154.028, 20 janvier 2006, *Lorange/Région Wallonne*.

6. C.E., arrêt n° 238.252, 18 mai 2017, *Hatzkevich/État belge*.

7. C.J.U.E., 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93, pt 20.

8. Voy. not. T.U.E., 19 mars 1997, *Oliveira*, T-73/95, pt 29.

9. Voy., plus récemment, C.J.U.E., 27 juin 2018, *SGL e.a.*, aff. jointes C-459/17 et C-460/17, EU:C:2018:501, pt 42.

10. Cour eur. D.H., arrêt *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, n° 28358/95, § 52. Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Korchuganova c. Russie*, 8 juin 2006, req. n° 75039/01, § 47 ; arrêt *Krejčíř c. République tchèque*, 26 mars 2009, req. n°s 39298/04 et 8723/05, § 90 ; arrêt *Svetoslav Hristov c. Bulgarie*, 13 janvier 2011, req. n°s 36794/03, § 27 ; arrêt *Tsitsiriggos c. Grèce*, 17 janvier 2012, req. n° 29747/09, § 47 ; *Paci c. Belgique*, 17 avril 2018, req. n° 45597/09, § 65.

11. Cour eur. D.H., arrêt *Lekic c. Slovénie*, 14 février 2017, req. n° 36480/07, § 93.

de sorte que, en principe, « les services publics sont tenus d'honorer les prévisions justifiées qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen »<sup>12</sup>. La Cour constitutionnelle conclut à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution lorsque l'absence de toute mesure transitoire accompagnant l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation entraîne « une atteinte excessive au principe de la confiance légitime », ce principe étant « étroitement lié au principe de la sécurité juridique, qui interdit au législateur de porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit d'être en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes »<sup>13</sup>.

Enfin, la Cour de justice a admis le principe de confiance légitime de longue date, rappelant récemment que « le droit de se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime appartient à tout justiciable dans le chef duquel une institution de l'Union, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître à son égard des espérances fondées »<sup>14</sup>.

8. Toutes ces exigences sont par ailleurs largement admises par la doctrine consacrée au principe de sécurité juridique<sup>15</sup>.

## B. Une brève histoire de la sécurité juridique<sup>16</sup>

9. Si l'émergence du principe de sécurité juridique est, le plus souvent, dérivée de celle de l'État de droit au début du XIX<sup>e</sup> siècle, un retour en arrière de plusieurs siècles permet de mettre en évidence pas moins de quatre logiques qui sous-tendent le principe et peuvent se combiner de diverses façons. Deux de ces logiques sont relatives à son fondement : la *certitude* absolue pour la logique *cartésienne* (postulat de la capacité du législateur à prévoir toutes les situations et de la norme à déterminer

12. Cass., 27 mars 1992, *Pas.*, I, p. 680 ; *R.C.J.B.*, 1995, p. 62 et note N. Geelhand. Voy. égal. Cass., 13 février 1997, *Bull.*, n° 84 ; Cass., 11 mai 1998, *Pas.*, I, n° 237 ; Cass., 6 novembre 2000, *Pas.*, I, n° 598, concl. prem. av. gén. J.-F. Leclercq ; Cass., 3 juin 2002, *Pas.*, I, n° 337 ; Cass., 11 février 2011, *Pas.*, I, n° 123 ; Cass., 10 mars 2016, *R.G.* n° F.14.0105.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; Cass., 7 avril 2016, *R.G.* n° F.14.0209.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

13. C.C., arrêt n° 48/2017, 27 avril 2017, B.41.1.

14. C.J.U.E., 13 septembre 2017, *Pappalardo e.a./Commission*, C-350/16P, EU:C:2017:672, pt 39.

15. Mais également, les principes de l'autorité de chose jugée et du respect des droits acquis (voy. les références citées dans J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Limal, Bruxelles, Anthemis, Université Saint-Louis, 2014, pp. 185 à 187).

16. Les lignes qui suivent constituent un résumé, inévitablement trop succinct, de la deuxième partie de notre thèse de doctorat (voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., pp. 189 à 387).

à l'avance son application) et la *confiance* pour la logique *fiduciaire*, à savoir celle qui est investie dans les pouvoirs en place et que ceux-ci doivent respecter. Les deux autres logiques concernent les destinataires du principe, qui revêt une dimension *politique* lorsqu'il est au service du pouvoir en place et une dimension *subjective* lorsqu'il vise à protéger les sujets de droit.

Après avoir brièvement retracé l'origine des quatre logiques du principe de sécurité juridique (1), nous évoquerons comment la logique cartésienne a acquis son statut hégémonique (2) avant d'aborder la consécration du principe en droit belge et européen (3).

## 1. L'apparition des quatre logiques

10. La logique *politique* de la sécurité juridique est la première à apparaître. De l'antiquité à la fin du Moyen-Âge, les exigences d'accessibilité et de stabilité du droit tendent davantage à assurer l'effectivité des règles édictées par le pouvoir qu'à protéger leurs destinataires<sup>17</sup>. La première condition, nécessaire, mais pas suffisante, pour garantir l'effectivité d'une règle est en effet que ses destinataires puissent en avoir connaissance. Tel était le cas de Justinien (et de son code), mais également des rois de France qui utilisèrent l'unification et la mise par écrit du droit pour asseoir leur pouvoir<sup>18</sup>.

11. Même s'il est possible de repérer leurs racines dès l'antiquité, les trois autres logiques de la sécurité juridique prendront surtout leur envol au XVII<sup>e</sup> siècle. Les logiques fiduciaire et subjective se développeront à la suite de l'essor des théories du contrat social et de la notion de droit subjectif<sup>19</sup>. À la différence de Hobbes, qui interdit aux cocontractants du pacte social de s'en libérer, même en cas de forfaiture du Souverain<sup>20</sup>, Locke estime qu'un mandat n'a été confié aux autorités publiques qu'à condition que celles-ci ne gouvernent que selon des règles préalablement établies et connues à l'avance de leurs destinataires « en sorte que le peuple puisse connaître son devoir et soit en sécurité dans les limites de ces lois », mais également qu'il conserve le pouvoir suprême de révoquer le pouvoir législatif « quand il découvre que celui-ci a agi

17. À titre d'exception, on peut évoquer cette légende relative au scribe Gnaeus Flavius, qui aurait publié les formules procédurales pour agir en justice pour permettre au peuple d'y avoir accès.

18. A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 148<sup>e</sup> année, N. 4, 2004, p. 1555.

19. On peut rappeler que M. Villey situe la naissance du droit subjectif au XIV<sup>e</sup> siècle, grâce aux écrits de Guillaume d'Occam (*La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, pp. 240 à 247).

20. Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, pp. 96 et 97.

de manière contraire à la confiance dont il avait été investi »<sup>21</sup>. On le voit, Locke met moins l'accent sur la certitude que le droit peut offrir (logique *cartésienne*) que sur la confiance des citoyens que les pouvoirs publics doivent respecter (logique *fiduciaire*), particulièrement quant à l'application des règles préalablement édictées. Sous l'angle du bénéficiaire, Locke promeut une logique *subjective* plutôt que *politique* de la sécurité juridique, celle-ci étant au service des sujets de droit et, en aucun cas, des autorités<sup>22</sup>.

La logique *cartésienne* de la sécurité juridique résulte de l'imprégnation de la pensée juridique par le paradigme scientifique de l'époque, incarné principalement par Descartes, Galilée et Newton. En ce siècle d'apologie de la raison, la conviction se répand que la connaissance rationnelle des causes permettra, à terme, de garantir la prévision de toutes les conséquences et événements à venir. La question de la prévisibilité devient indispensable pour déterminer un futur dont le divin n'est plus ni garant ni responsable. Cette conception gagnera les juristes de l'époque comme Grotius et Leibniz : le droit peut faire l'objet d'une systématisation comparable à celle opérée par les sciences exactes et la maîtrise des causes légales doit permettre la connaissance des conséquences juridiques<sup>23</sup>.

## 2. La suprématie de la logique cartésienne

12. À bien des égards, les deux siècles qui suivent prolongent l'héritage cartésien. La quête de la certitude se poursuit et connaît son apogée pendant les lumières françaises. Montesquieu promeut une logique cartésienne de la sécurité juridique, tout en l'articulant à sa logique subjective. Sa célèbre phrase selon laquelle les juges ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi »<sup>24</sup> doit se lire à la lumière

21. J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980, p. 73, § 137, p. 75, § 142, et p. 78, § 149 (trad. libre).

22. On trouve également chez Locke les racines du principe de légalité. En ce sens, voy. la contribution de F. BELLEFLAMME et E. MAES dans le présent ouvrage.

23. Dans un texte intitulé « de la justice et du nouveau code », Leibniz s'exprime ainsi au nom du législateur : « Et ainsi le droit sera finalement *achevé et certain* [...] nous voulons supprimer toutes les controverses au sujet du droit, ce qui ne peut être accompli, si la dispute subsiste à propos des raisons non écrites des lois [...]. En effet, puisque nous jugeons que peu nombreuses sont les questions négligées par ces lois, il est préférable que *quelques-uns subissent un tort* jusqu'au moment où il nous en est référé, plutôt que *d'alimenter le mal collectif d'un droit incertain*. [...] le devoir du juge ressort de toutes les causes qui sont comprises dans notre code » (G.F. LEIBNIZ, *Le droit de la raison*, Paris, Vrin, 1994, pp. 214 et 215 [nous soulignons]).

24. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Livre XI, ch. VI, p. 244. L'autre influence francophone majeure est évidemment Rousseau, qui présente la loi comme étant le fruit de la volonté générale, issue elle-même du contrat social. Lorsque le pacte

du double postulat de l'époque : d'une part, les hommes ont conclu un contrat social par lequel des pouvoirs déterminés ont été confiés à une autorité, et d'autre part, il est possible d'élaborer des lois offrant la même certitude que les lois scientifiques. Dès lors que seul le législateur a la légitimité pour créer du droit et que la loi est aussi infaillible que les mathématiques, l'intervention des juges doit être réduite à une intervention purement mécanique.

13. Au XIX<sup>e</sup> siècle, le Code civil français alimente la croyance, entretenue par l'École de l'exégèse, en la capacité du droit à être entièrement pré-déterminé par des concepts abstraitement définis (logique cartésienne). Même si Portalis n'ignorait pas que « [t]out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre »<sup>25</sup>, l'idée principale des codificateurs était d'exclure l'incertitude du droit et les travaux préparatoires insistent sur l'importance de la stabilité des conventions, car dans « l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau »<sup>26</sup>. Le XIX<sup>e</sup> siècle voit également la consécration du concept d'État de droit<sup>27</sup>. Que ce soit le *Rechtsstaat* allemand, l'État de droit français ou la *Rule of law* anglaise (dont l'origine est plus ancienne), tous ces concepts partagent, malgré leurs différences, l'idée d'un pouvoir politique soumis à des principes de droit comme la sécurité juridique (et, bien entendu, le principe de légalité). La nécessité d'un droit certain et prévisible se révèle, en effet, indispensable pour encadrer le développement économique conséquent lié à l'industrialisation de l'Europe.

Cette philosophie ambiante imprègne la conception française idéalisée d'une loi fondée sur la raison<sup>28</sup>, dont découlent, selon G. Burdeau, des « caractères qui furent, depuis, traditionnellement considérés comme inhérents à sa nature », à savoir l'immutabilité et la permanence (ou la stabilité), l'abstraction et la généralité, celle-ci étant « une garantie de sécurité pour les citoyens qui connaissent à l'avance le droit qui pourra leur être appliqué et n'ont pas à redouter d'être visés par des

est conclu, le « citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui, et même à celles qui le punissent quand il ose en violer quelqu'une [...]. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais être la volonté générale ne l'était pas » (J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Flammarion, 2001, pp. 148 et 149).

25. « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, p. 467.

26. *Ibid.*, p. 174.

27. Voy. la contribution de F. Belleflamme et E. Maes dans le présent ouvrage.

28. Selon J. Chevallier, la rationalité de l'État de droit français repose sur « un jeu de croyances plus profondes, dont témoigne la mystique qui entoure la loi », le droit étant encore « perçu comme un Ordre sacré, projection d'une *Raison transcendante* au corps social » (*L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LDGJ, 2008, pp. 101 et 102).

mesures individuelles susceptibles d'arbitraire ou de partialité ; en ce sens, la généralité de la loi est la condition de l'état de droit »<sup>29</sup>. Dans la même veine, M. van de Kerchove illustre le culte français de la loi issu de la Révolution française par les propriétés qui lui étaient attribuées (rationalité, immutabilité et généralité), elles-mêmes associées à un « ensemble de valeurs telles que la liberté, l'égalité et la sécurité »<sup>30</sup>.

14. On le voit, cependant, si la notion (idéalisée) de sécurité juridique est déjà présente, il s'agit davantage d'un effet postulé de la rationalité du législateur que d'une obligation qui lui est imposée au bénéfice des sujets de droit. Comme l'écrit M. van de Kerchove, la loi paraissait garantir les valeurs de liberté, d'égalité et de sécurité « par elle-même, c'est-à-dire par l'effet d'une véritable "propriété magique" »<sup>31</sup>. De façon générale, et quelque peu paradoxale, les droits subjectifs reconnus par la loi sont davantage assurés de justiciabilité que ceux protégés par les constitutions. En effet, si le modèle constitutionnel français repose, à tout le moins depuis 1848, sur la séparation des pouvoirs, la suprématie des droits individuels et la hiérarchie des normes, il se trouve partiellement paralysé par le culte de la loi, fermement ancré dans le mythe rousseauiste de la volonté générale, et par la défiance envers les juges, héritée de la méfiance généralisée envers les juges de l'Ancien régime nourrie par Montesquieu<sup>32</sup>. En Belgique, les lois bénéficient, jusqu'à

29. G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la loi en droit français », *Arch. Phil. Dr.*, 1939, pp. 7 à 28.

30. M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et le déclin du principe de légalité », in *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, pp. 73 à 76). Dans le même sens, H. Dumont et S. Van Drooghenbroeck écrivent qu'au XIX<sup>e</sup> siècle la loi était parée des attributs de la souveraineté formelle (la volonté générale ne peut errer), mais également de la perfection matérielle, étant associée à des propriétés qu'elle est censée posséder, sinon de façon exclusive, à tout le moins davantage que les autres normes, à savoir une rationalité présumée, une certaine stabilité, ainsi que des caractères de généralité et d'abstraction. Selon ces auteurs, ces trois propriétés sont associées à des valeurs qui sont celles de la doctrine libérale et la loi qui respecte ces trois propriétés est « présumée servir nécessairement la liberté individuelle, l'égalité formelle devant la loi et la sécurité juridique » (« La loi », M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 537 et 538).

31. M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et le déclin du principe de légalité », *op. cit.*, pp. 73 à 76.

32. Qu'il suffise de citer la phrase attribuée au chancelier Séguier : « Dieu nous préserve de l'équité des Parlements » ou l'Édit de Saint-Germain en Laye du 8 février 1641 « qui défend aux parlements et autres cours de justice de prendre à l'avenir connaissance des affaires d'état et d'administration [...] ». Selon l'expression consacrée, la volonté royale était d'éviter que les juges ordinaires (et notamment les juridictions qu'on appelait à l'époque les Parlements), ne mettent « la Couronne au greffe » (M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office : pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001, p. 36).

l'arrêt *Le Ski* et, surtout, jusqu'à la création de la Cour d'arbitrage, du même régime de faveur, à défaut de juridiction constitutionnelle.

Dans un contexte où les États-nations tentent d'asseoir leurs fondements, l'argument de l'État de droit et de la sécurité juridique – sous sa forme cartésienne, qui fleure bon la neutralité – constituent de formidables instruments de légitimation. Cette articulation des logiques *cartésienne*, officiellement *subjective* (mais limitée dans la pratique) et officieusement *politique* (car légitimant l'État) va marquer durablement le concept continental de sécurité juridique en réalisant un amalgame entre la légitimité démocratique et la capacité idéalisée du pouvoir législatif à tout prévoir. En d'autres termes, alors que la logique *fiduciaire* de la sécurité juridique semble avoir disparu de la pensée juridique, sa logique *cartésienne* vient soutenir un retour clandestin de la logique politique.

15. Lorsque la doctrine française du début du XX<sup>e</sup> siècle importera la notion allemande de *Rechtsstaat*, ce sera cependant dans l'objectif de fonder la limitation des pouvoirs du Parlement et de faire des juges les gardiens des droits individuels. Que la réception de la notion soit le fait de L. Duguit ou de R. Carré de Malberg, c'est aux écrits du second que l'on doit incontestablement son succès<sup>33</sup>. Il distingue entre l'« État légal » français, soit un « État dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution » et l'« État de droit » qui, « dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques »<sup>34</sup>.

Le XX<sup>e</sup> siècle voit également une transformation du rôle de l'État, qui est amené à devoir arbitrer des conflits d'intérêts, de plus en plus nombreux, le droit devenant un instrument actif du changement social. Par ailleurs, après le tournant linguistique, le langage n'apparaît plus comme un simple « vêtement de la pensée », mais comme son médium incontournable, source d'ambiguïté et d'interprétation<sup>35</sup>. Si ces changements

33. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 376 et 377.

34. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, pp. 488 et 489.

35. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 314 et 315. Le tournant linguistique (*linguistic turn*) en philosophie déplace le centre d'intérêt du sujet vers le langage, désormais perçu comme l'unique moyen d'accès à la connaissance et est généralement associé aux travaux de Ch.-S. Peirce, G. Frege, B. Russell et Ludwig Wittgenstein.

poussent la plupart des théoriciens du droit à accepter qu'une certaine indétermination du droit est inévitable, presque tous s'accrochent au besoin de la certitude en droit. En 1911, Demogue écrivait du besoin de sécurité qu'il était peut-être le « plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale » et que, afin de « sauvegarder la sécurité des relations juridiques », on exige de « savoir d'avance ce que les juges décideront sur un contrat »<sup>36</sup>. Les grands juristes français de l'après-guerre manifestent une certaine nostalgie pour la logique cartésienne de la sécurité juridique associée au siècle précédent. G. Ripert évoque ainsi ce « grand siècle juridique », dans lequel les lois civiles « donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir »<sup>37</sup> et P. Roubier estime, non sans emphase, que, des trois valeurs essentielles du droit, la première est la sécurité juridique et que, en son absence, « il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister ; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre »<sup>38</sup>. Les termes utilisés (« prévoir », « précision », « certitude », « sans ambiguïté ») ne laissent pas de doute sur le fait que ces auteurs aspirent encore à la logique cartésienne de la sécurité juridique<sup>39</sup>.

16. Ces déclarations emphatiques et nostalgiques vont bien entendu de pair avec un certain déclin de la loi, entraînant une perte de confiance dans ses propriétés proportionnelle à la vénération dont elle avait fait l'objet. Tous s'accordent désormais pour dire que le droit n'est pas que dans les lois, mais qu'il convient de privilégier d'autres sources telles que la coutume (qui traduit mieux la conscience collective), la jurisprudence (plus adaptée aux besoins sociaux du moment) ou les principes généraux du droit (meilleurs garants des valeurs et droits fondamentaux)<sup>40</sup>. La Seconde Guerre mondiale est à peine terminée que le Conseil d'État français consacre la catégorie normative des principes généraux du

36. R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1911, pp. 64 à 67, et 98.

37. G. RIPERT, *Le déclin du droit. Études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, pp. 3 et 154.

38. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1951, pp. 318 et 319, et 332 à 334.

39. Dans notre thèse, nous défendions l'idée qu'il convient de se débarrasser de cette logique cartésienne et de la remplacer par sa logique fiduciaire, combinée à sa logique subjective. Le principe imposerait alors aux autorités d'une part d'instaurer les conditions de possibilité de la connaissance du droit par ses destinataires et, d'autre part, de toujours prendre au sérieux – sans nécessairement y faire droit – les attentes légitimement formées par les destinataires de la règle, lors même qu'elles reposeraient sur une apparence de droit (*De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 389 à 575).

40. M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et le déclin du principe de légalité », op. cit., pp. 76 à 78.

droit pour combler des situations non couvertes par les règles existantes<sup>41</sup>. Le Conseil d'État belge lui emboîtera le pas rapidement et, malgré quelques exceptions, il faudra attendre la célèbre mercuriale du procureur général Ganshof van der Meersch du 1<sup>er</sup> septembre 1970<sup>42</sup> pour que la Cour de cassation ouvre largement aux principes généraux les portes de notre ordre juridique<sup>43</sup>.

### 3. La consécration du principe de sécurité juridique en droit belge et européen

17. Malgré la reconnaissance, plusieurs décennies plus tôt, de l'existence des principes généraux du droit, la sécurité juridique devra attendre, en droit belge, les années 1990 pour accéder à ce statut<sup>44</sup>. Les juridictions européennes avaient pourtant donné l'exemple depuis longtemps, dès 1961 pour la Cour de justice des Communautés européennes<sup>45</sup>, suivie quelques années plus tard par la Cour européenne des droits de l'homme, dans son célèbre arrêt *Marckx* du 13 juin 1979<sup>46</sup>. La même année, N. Mazen relevait le peu de place de cette notion dans les manuels traditionnels<sup>47</sup> et, dix ans plus tard, A. Hervieu confirmait que les juristes n'en parlaient guère<sup>48</sup>. Un an après un article pionnier

41. C.E., Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.*, p. 213. Sur la question, voy. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 1999, p. 211. Après avoir fait des apparitions timides pendant l'entre-deux-guerres, le principe de confiance légitime se voit consacré de façon quasi simultanée après la seconde guerre en Allemagne de l'Ouest et en Suisse (S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 10 à 19).

42. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *Mercuriale de l'audience de la rentrée solennelle de rentrée de la Cour de cassation, J.T.*, 1970, pp. 557 à 596.

43. Pour un résumé de l'histoire de cette consécration en droit belge, voy. S. SEYS, D. DE JONGHE et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in I. HACHEZ e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, 2013, vol. 2, pp. 496 à 497 et P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 57 à 59.

44. Le Conseil d'État français ne consacrera le principe que dans son arrêt *KPMG* du 24 mars 2006 (*Rec.*, 154 ; *RFDA*, 2006.463).

45. C.J.U.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jointes 42 et 49/59, *Rec.*, pp. 103 et 159.

46. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg reconnaît sa dette à l'égard de la Cour de justice, qualifiant la sécurité juridique de « principe nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire » (Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 58). Dans un arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, la Cour strasbourgeoise avait déjà relevé que le délai de six mois pour introduire un recours devant elle constituait « un facteur de sécurité juridique » (§ 50) et que la pratique d'opposer les exceptions d'irrecevabilité *in limine litis* était « une exigence de la sécurité juridique » (§ 54).

47. N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse, Dijon, 1979, pp. 5 et 6.

48. Et ce, alors que « (t)ous les juristes ressentent plus ou moins profondément ce sentiment d'insécurité qui plane sur le droit » (A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *R.R.J.*, 1989, p. 258).

publié par Fr. Tulkens en 1990<sup>49</sup>, le Conseil d'État français dédiait en 1991 un premier rapport à la sécurité juridique<sup>50</sup>, dont le succès ne s'est, depuis, pas démenti<sup>51</sup>.

18. On aurait tort de croire, cependant, que la jurisprudence était insensible aux enjeux de sécurité juridique. Déjà dans les années 1970, la doctrine relevait que le principe de confiance légitime avait pénétré le droit administratif belge par le biais des principes de bonne administration<sup>52</sup>. Outre des références explicites dans plusieurs arrêts du Conseil d'État, la sécurité juridique jouait également un rôle à tout le moins implicite dans sa jurisprudence relative notamment au retrait d'actes administratifs<sup>53</sup> ou au refus d'appliquer l'article 159 de la Constitution à un acte administratif individuel devenu définitif<sup>54</sup>.

La jurisprudence des juges du fond allait dans le même sens. Les décisions ne manquent pas qui, dans les années 1970 et 1980, ont fait référence à la sécurité juridique, que ce soit pour justifier la théorie de l'apparence<sup>55</sup>, pour s'opposer à l'offre d'un emploi par l'ONEM moyennant un salaire trop bas<sup>56</sup> ou à l'annulation rétroactive de conventions collectives<sup>57</sup> ou d'un cautionnement contracté un époux<sup>58</sup>, mais éga-

49. Fr. TULKENS, « La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer », *R.I.E.J.*, 1990, n° 24, pp. 28 à 42.

50. Dès 1993, la Conférence libre du Jeune barreau de Liège organisait un colloque sur ce thème. Les actes sont repris dans un ouvrage intitulé : *La sécurité juridique*, Ed. du Jeune barreau de Liège, 1993, qui contient le rapport du Conseil d'État français (pp. 159 à 194).

51. En 1997, Patricia Popelier y consacrait sa thèse de doctorat (*Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 1997). En 2006, le Conseil d'État français en faisait à nouveau le thème de son rapport annuel. P. Brunet constatait en 2007 que la sécurité juridique était devenue, depuis une dizaine d'années, « le thème central sinon obsessionnel des controverses juridiques et l'objet de toutes les attentions de la part des juges tant nationaux que supranationaux » (« La sécurité juridique : nouvel opium des juges », *Droits et libertés en questions. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 247).

52. L.P. SUETENS, « Algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur in the Belgisch administratief recht », *TBP*, 1970, pp. 379 à 396.

53. M. HANOTIAU, « La sécurité juridique et la section d'administration du Conseil d'État », *La sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, Ed. du Jeune barreau de Liège, 1993, pp. 217 à 219 et les réf. citées. Voy. égal. les références citées par P. LEWALLE, « Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif : un équilibre introuvable ? », *Liber amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Bruxelles, Kluwer, 1997, pp. 231 à 254 ; R. ERGEC, « Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration », *R.C.J.B.*, 1998, p. 21, note 37.

54. R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents ? », ~~xxxx~~ (dir.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 101 (et les réf. citées).

55. C. trav. Bruxelles, 27 novembre 1980, *R.W.*, 1980-1981, p. 2195.

56. C. trav. Bruxelles, 10 mars 1977, n° 76/1341, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), sommaire.

57. C. trav. Liège, 3 novembre 1983, *R.G.* n° 83/10557, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), sommaire.

58. Liège, 22 février 1984, *Jur. Liège*, 1984, p. 489.

lement pour imposer l'application d'une législation particulière<sup>59</sup> ou la modification d'un article du Code civil<sup>60</sup> ou, enfin, pour condamner toute sanction prétorienne liée à l'inobservation d'un délai de recours et ce, afin de garantir la prévisibilité du droit pour les particuliers<sup>61</sup>.

Arrivée plus tard dans le paysage institutionnel belge, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a, très tôt, justifié la nécessité de limiter les effets de ses arrêts d'annulation par « un souci de sécurité juridique »<sup>62</sup>. C'est également elle qui, la première parmi les juridictions suprêmes de notre ordre juridique, consacrera explicitement le principe dans son arrêt du 5 juillet 1990, dans lequel elle a considéré que « l'élément rétroactif que comporte le système spécial de responsabilité instauré en matière de pilotage porte atteinte au principe fondamental de la sécurité juridique, selon lequel le contenu du droit doit en principe être prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise »<sup>63</sup>. Il est vrai que le législateur avait opté pour une loi rétroagissant... trente ans avant sa publication au *Moniteur belge*. Un an plus tard, la Cour justifiait la nécessité de ne pas remettre en cause les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme par le même principe<sup>64</sup> avant de préciser, peu après, qu'en vertu du « principe fondamental de la sécurité juridique, le législateur ne peut porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit à se trouver en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes »<sup>65</sup>.

Dans l'intervalle, la Cour de cassation avait également admis la sécurité juridique dans le club prestigieux des principes généraux, cette fois sous l'angle des attentes légitimes du citoyen. Dans son arrêt déjà cité du 27 mars 1992, elle a ainsi décidé que les principes généraux de bonne administration comportaient le droit à la sécurité juridique et l'obligation pour les services publics de respecter les prévisions justifiées

59. Liège, 15 octobre 1973, R.G. n° 72/2447, [www.juridat.be](http://www.juridat.be), sommaire ; Anvers, 11 janvier 1982, *Limb. Rechtsl.*, 1982, p. 195.

60. Bruxelles, 6 novembre 1974, *E&D*, 1978, p. 153.

61. C. trav. Mons, 15 mars 1984, R.G. n° 23820R, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

62. C.C., arrêts n° 58/88, 8 juin 1988, *J.T.T.*, 1990, p. 407, 4.B.10 ; n° 71/88, 21 décembre 1988, *J.T.T.*, 1990, p. 404, 2.B.7 ; n° 1/89, 31 janvier 1989, 14.B. ; n° 2/89, 2 février 1989, 2.B.7.

63. C.C., arrêt n° 25/90, 5 juillet 1990, 8.B.7.2.

64. C.C., arrêt n° 18/91, 4 juillet 1991, B.10.

65. C.C., arrêt n° 10/93, 11 février 1993, B.9.3. Elle a récemment rappelé la portée du principe dans les mêmes termes (arrêt n° 7/2018, 18 janvier 2018, B.7.3).

qu'ils ont fait naître dans le chef du citoyen<sup>66</sup>. La même année, le Conseil d'État visait les « exigences de prévisibilité de la norme juridique et de sécurité juridique, exigences qui sont inhérentes à la notion même de société démocratique »<sup>67</sup>.

19. Une telle consécration ne faisait pourtant pas l'unanimité, particulièrement parmi les hauts magistrats du pays. Lors d'un colloque consacré à ce thème en 1993<sup>68</sup>, Cl. Parmentier, alors conseiller à la Cour de cassation, rappelait que la cour n'offrait ce statut à un principe « que si sa formulation est telle qu'il puisse devenir une véritable règle de droit précise, acceptée comme telle par la Communauté juridique et susceptible de sanction ». Or, estimait-il, la sécurité juridique ne remplit pas ces conditions et, simple expression d'une aspiration, elle paraît aussi subjective que la notion d'équité. Et de conclure : « À vrai dire, la Cour de cassation contribue bien davantage à assurer la sécurité juridique en refusant, comme elle l'a fait à maintes reprises au cours des dernières années, de reconnaître comme principes généraux du droit des règles ou pseudo-règles qui ne méritaient pas d'être élevées à ce rang »<sup>69</sup>. Concluant le colloque, Paul Martens, qui siégeait déjà à la Cour d'arbitrage, n'était pas davantage favorable à cette démarche jugée tautologique : « il a fière allure le juriste qui prétend apporter au droit, en sus, une qualité qui se confond avec sa définition ! », estimant qu'« on ne portera pas remède à l'insécurité d'un "droit à l'état gazeux" en lui inoculant l'incertitude d'un principe à l'état volatil »<sup>70</sup>.

En dépit ~~des réticences de ces hauts magistrats~~, le succès de la sécurité juridique ne s'infléchira pas et il n'est plus grand monde actuellement pour contester son statut de principe général de droit. Son influence résulte clairement des arrêts qui, sur la base explicite de ce principe, ont permis tant à la Cour de cassation, d'abord<sup>71</sup>, qu'à la Cour constitutionnelle, ensuite<sup>72</sup>, de justifier, en l'absence de tout texte légal,

66. Cass., 27 mars 1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 62 et note N. Geelhand. Voy. déjà Cass., 10 juin 1988, *Pas.*, I, p. 1215.

67. C.E., arrêt n° 41.140, 24 novembre 1992, *R.A.C.E.*, 1992, p. 9.

68. Voy. ci-avant, note ~~la compléter~~.

69. Cl. PARMENTIER, « La sécurité juridique, un principe général de droit ? », *La sécurité juridique*, op. cit., pp. 32 et 33. Il ajoutait même qu'en reconnaissant des principes généraux sur la base d'extrapolations hasardeuses, la Cour de cassation « faillirait à sa tâche essentielle qui est d'assurer la sécurité juridique » (*ibid.*, p. 33).

70. P. MARTENS, « La sécurité juridique : rapport de synthèse », in *La sécurité juridique*, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune barreau de Liège le 14 mai 1993, Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 257 et 265.

71. Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, I, n° 2421 ; Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, I, n° 346.

72. C.C., arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011, B.5.3 ; *J.T.*, 2011, p. 712 et la note de M. Mahieu et G. Pijcke. Cet arrêt explique sans doute que, dans un souci de bonne entente avec la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation soit revenue sur sa jurisprudence,

leur compétence pour limiter dans le temps les effets d'un arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité d'une loi.

## II. Le principe de légalité

20. Il n'est pas plus simple de définir le principe de légalité que celui de sécurité juridique, qui n'a rien à lui envier en termes de polysémie<sup>73</sup>. L'exercice étant fait ailleurs dans cet ouvrage<sup>74</sup>, nous ne retracerons pas l'historique du principe, d'autant qu'il est difficile de trouver un consensus sur sa définition dans les jurisprudences actuelles de nos cours suprêmes. Nous partirons de la conception dite classique ou formelle du principe (A) pour examiner ensuite la conception matérielle qui lui est désormais associée et que nous imputons avec d'autres à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (B)<sup>75</sup>.

### A. La conception formelle ou classique

21. Dans un article publié en 1957, Ch. Eisenmann écrivait que, lorsque les juristes ou publicistes libéraux du XIX<sup>e</sup> siècle, tant français qu'allemands, réclamaient la consécration en droit positif d'un principe de légalité dans l'administration, ils visaient le respect par celle-ci de la loi au sens formel de sorte que le principe pouvait être formulé comme suit : « l'Administration doit respecter les règles posées par le législateur ; les lois, la loi l'obligent »<sup>76</sup>. Et de regretter l'extension de la notion de loi à l'ensemble des normes : les « conceptions extensives de la légalité représentent donc des altérations profondes de la conception originaire du principe de légalité »<sup>77</sup>. Quelques années plus tard, dans la quatrième édition de son ouvrage, P. Wigny confirmait que le principe

cassant une décision qui avait considéré, sur la base de ses arrêts précités (note 60) qu'il appartenait au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, « de fixer les effets dans le temps de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle en réponse à une question préjudicielle » (Cass., 5 février 2016, *Pas.*, 2016/2, pp. 282 à 305). On rappellera que la Cour constitutionnelle avait déjà limité les effets d'un de ses arrêts préjudiciels dans son arrêt rendu à la suite de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-avant, § 24). En 1997, également, elle avait envisagé la possibilité d'une telle limitation, mais conclu, en l'espèce et pour des raisons de sécurité juridique, précisément, qu'il ne convenait pas d'y recourir (C.C., arrêt n° 8/97, 19 février 1997, B.4).

73. Comme en témoignent à suffisance les différentes contributions du présent ouvrage.

74. Voy. la contribution de F. BELLEFLAMME et E. MAES.

75. Avec une exception notable en ce qui concerne le principe de légalité en matière pénale. Nous y reviendrons.

76. Ch. EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », *Études et documents du Conseil d'État*, 1957, pp. 26 et 27.

77. *Ibid.*, p. 27.

de la légalité peut être pris dans deux acceptions : soit la supériorité de la loi formelle, soit la supériorité de la loi matérielle<sup>78</sup>. Et M. van de Kerchove de confirmer, en 1981, que le contenu du principe de légalité pouvait prendre au moins deux sens différents, selon qu'on retienne le sens formel ou matériel du terme « loi ». Dans le premier sens (celui privilégié par Ch. Eisenmann), le principe « postule à la fois la subordination et la nécessaire conformité des actes émanant du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire par rapport aux lois au sens formel, c'est-à-dire par rapport aux actes du pouvoir législatif » alors que, dans le second, « le principe postule la subordination et la conformité des actes juridiques à portée individuelle par rapport aux actes juridiques à portée générale, et cela quel que soit le pouvoir dont ils émanent »<sup>79</sup>. On le voit, le débat porte sur le sens, matériel ou formel, de la loi et non sur les qualités qu'elle doit revêtir.

La conception selon laquelle le principe de légalité évoque avant tout « l'idée de la soumission de l'État au droit »<sup>80</sup> est partagée par tous les auteurs de droit administratif<sup>81</sup>, soulignant un des éléments fondamentaux du principe de légalité, à savoir celui de la hiérarchie des normes et, plus spécifiquement, l'obligation pour l'administration de respecter les règles supérieures<sup>82</sup>.

22. Étroitement associée à ce premier élément, l'exigence d'une base légale est soulignée par d'autres éminents auteurs dans un bel ouvrage

78. Dans ce second sens, précise-t-il, toute décision particulière de l'administration doit se « justifier par une règle impersonnelle, objective et préexistante », dont la légalité pourra être contestée par une juridiction contentieuse (P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 4<sup>e</sup> éd., 1962, pp. 49 et 50).

79. M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et le déclin du principe de légalité », *op. cit.*, pp. 72 et 73. Le premier sens lui paraît « être le sens juridique dominant » (*ibid.*, p. 73).

80. P. PESCATORE, *Introduction à la Science du Droit*, Luxembourg, ~~édition xxx~~, 1960, p. 119. Dans le même sens, L. Azoulay estime que la légalité vise la « soumission des autorités au droit », compris comme « un ordre légitime, émanation d'un organe représentatif du corps politique souverain » (« Le principe de légalité », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 395).

81. Outre la contribution de F. BELLEFLAMME et E. MAES dans le présent ouvrage et les références citées, voy. J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1978, p. 25 ; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 10 (qui vise la « règle de la légalité » plutôt que le « principe de légalité » ; L. MOUREAU, « La signification du principe de légalité dans l'administration moderne », *A.P.T.*, 1980, p. 282 ; A. MAST, A. ALÉN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, Gand, E. Story-Scientia, 1989, p. 14 ; D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 291. Nous n'avons pas trouvé de référence explicite à un « principe de légalité » dans les ouvrages plus anciens (not. O. ORBAN, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Librairie Albert Dewit, 1909). Ce n'est guère surprenant dès lors que le succès du terme « principe » est surtout postérieur à la Seconde Guerre mondiale.

82. Dans le même sens, P. Marchal écrit que le principe de légalité « sanctionne la hiérarchie des normes » (*Principes généraux du droit*, ~~Bruxelles, Bruylant, 2014~~, p. 103).

consacré en 1992 aux *Figures de la légalité*. Selon le juriste suisse P. Moor, « chacun sait qu'il y a au moins deux principes de la légalité », à savoir « le principe de la suprématie de la loi » (ou principe de la hiérarchie des normes) et le principe « de la base légale »<sup>83</sup>. Pour J. Chevallier, le principe de légalité « signifie d'abord que le droit se présente sous la forme d'un ordre structuré et hiérarchisé, comportant des niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres », les normes inférieures devant respecter les normes supérieures, mais il « implique aussi, et plus généralement, l'assujettissement de la puissance d'État : l'activité des divers organes de l'État va se trouver encadrée et régie par le droit ; ayant besoin d'un *titre juridique* pour agir, ils sont soumis à un ensemble de règles, qui s'imposent à eux de façon contraignante et constituent tout à la fois le *fondement*, le cadre et les limites de leur action »<sup>84</sup>.

23. Notre droit constitutionnel était, dès l'origine, imprégné de cette philosophie. Le Constituant belge était en effet inspiré par l'idée de la soumission de l'administration au droit et de son obligation de rendre des comptes aux administrés, afin de se démarquer de la conception française de la séparation des pouvoirs, dans laquelle « la puissance publique a son droit et ses juges »<sup>85</sup>. P. Popelier relève que la Constitution belge de 1831 a consacré la conception classique du principe de légalité selon laquelle « le sujet de droit ne peut être soumis à l'intervention normative du pouvoir exécutif qu'à la condition que cette intervention (i) trouve un fondement dans la loi, qui exprime la volonté nationale, et (ii) soit conforme à la loi »<sup>86</sup>.

24. Ce principe, qualifié par plusieurs auteurs de « principe de légalité formelle », témoignait d'une confiance absolue dans le législateur et d'une certaine méfiance envers les abus du pouvoir exécutif<sup>87</sup>. Il a également été entériné par la suite par nos juridictions suprêmes<sup>88</sup>.

83. P. MOOR, « Introduction à la théorie de la légalité », in Ch.-A. MORAND, *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 12.

84. J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », in Ch.-A. MORAND, *Figures de la légalité*, op. cit., p. 55 (nous soulignons).

85. C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 13.

86. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in I. HACHEZ e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Bruxelles, Faculés universitaires Saint-Louis-Bruxelles, 2012, p. 35.

87. *Ibid.*, p. 35. Il en va évidemment ainsi du principe de légalité en matière pénale consacré par les articles 12 et 14 de la Constitution, qui « peut être considéré comme une garantie contre l'arbitraire de l'autorité répressive » et qui, combiné à l'article 13, constituait en 1831 l'arsenal « anti-despote » (G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 861).

88. Not. Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, I, p. 761 ; Cass., 21 avril 2011, *Pas.*, I, n° 274 ; A.P., 2012, p. 25 ; C.C., arrêt n° 124/2014, 19 septembre 2014, B.6.2. Sur le principe de légalité au

25. En filigrane, il est clair que l'essence du principe de légalité est d'empêcher, et à tout le moins de limiter l'arbitraire de l'action des pouvoirs publics, en particulier de l'administration. Selon la Cour de justice, il en va de même dans le reste de l'Union européenne : « dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi »<sup>89</sup>.

## B. La conception matérielle

26. Alors que le principe de légalité était, en droit belge comme en droit français, de nature essentiellement formelle (respect des normes supérieures par l'administration et exigence d'une base légale), il va se parer dans notre ordre juridique d'une dimension matérielle suite à l'intégration des exigences de qualité normative posées par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>90</sup>.

sens formel, voy. la contribution de S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, Gr. DELANNAY et Chr. HOREVOETS et celle de F. BELLEFLAMME et E. MAES.

89. C.J.U.E., 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, aff. jointes 46/87 et 227/88, EU:C:1989:337, pt 19. Voy. égal. C.J.U.E., 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, EU:C:2002:603, pt 27.

90. Comme déjà évoqué plus haut (ci-avant, §§ 19 et 20), la nécessité d'avoir des règles claires et précises est évidemment antérieure à cette jurisprudence, mais il s'agissait moins, dans notre ordre juridique en tout cas, d'exigences intégrées dans un principe normatif de légalité que d'effets attendus de la loi idéalisée, et qui sont généralement associés par la doctrine à la sécurité juridique. Le principe de légalité en matière pénale mérite par ailleurs un traitement particulier. Comme le relève Y. Cartuyvels, le principe et les motifs qui imposent que la loi pénale soit claire et précise sont aussi « anciens que le droit pénal moderne » et concernent tant la prévisibilité pour le citoyen que la limitation de l'arbitraire des juges (« Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le jeu pluriel des sources en droit pénal », in I. Hachez e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Limal, Bruxelles, Anthemis, Facultés universitaires Saint-Louis-Bruxelles, pp. 78 et 79). Ainsi, dénonçant l'obscurité des lois, Cesare Beccaria écrivait déjà que le « citoyen, qui ne pourra juger par lui-même des suites que doivent avoir ses propres actions sur sa liberté et sur ses biens, demeurera dans la dépendance d'un petit nombre d'hommes dépositaires et interprètes des loi » (*Des délits et des peines*, [C. de Plancy trad.], Paris, Ed. Du Boucher, 2002, p. 20). En 1935, J. Constant appelait que, tant pour prévenir l'arbitraire dans le chef des juges que pour « avertir le citoyen de ce qu'il peut faire et de ce qu'il ne peut pas faire », le texte pénal devait être « aussi précis et aussi clair que possible » (« De la légalité des délits et des peines », *RDPC*, 1935, pp. 575 à 580). D. Scalia relève également que les critères matériels de clarté et précision apparaissent chez les auteurs du 18<sup>e</sup> siècle, mais souligne qu'ils sont nettement moins présents que les critères formels (recours à la loi) et que c'est surtout avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'ils prendront une telle importance (*Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 31 et 59 et s.).

## 1. L'arrêt *Sunday Times*

27. Afin de bien comprendre cette évolution, il convient de relire attentivement l'arrêt décisif *Sunday Times* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>91</sup>. Cette décision va, en effet, initier les rapports complexes qui se nouent depuis, dans les jurisprudences strasbourgeoise et belge<sup>92</sup>, entre les principes de sécurité juridique et de légalité. Il s'agissait en l'espèce de savoir si l'interdiction ordonnée par une juridiction anglaise (et confirmée par la *House of Lords*) de publier un article dans le *Sunday Times* en se fondant sur la notion de « *contempt of court* » (création de *common law*) constituait une ingérence « prévue par la loi » au sens de l'article 10, § 2, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'enjeu était, bien entendu, considérable dès lors qu'il s'agissait de déterminer si les termes « par la loi » repris dans plusieurs articles de la Convention incluaient ou non le droit non écrit de *common law*. Les requérants considéraient que le concept juridique de *contempt of court* était si vague et incertain que la restriction imposée par les juges anglais ne pouvait être considérée comme ayant été « prévue par la loi ».

28. Selon la juridiction strasbourgeoise, on « irait manifestement à l'encontre de l'intention des auteurs de la Convention si l'on disait qu'une restriction imposée en vertu de la *common law* n'est pas 'prévue par la loi' au seul motif qu'elle ne ressort d'aucun texte législatif : on priverait un État de *common law*, partie à la Convention, de la protection de l'article 10 par. 2 (art. 10-2) et l'on frapperait à la base son système juridique » (§ 47). Aux yeux de la Cour, deux conditions se dégagent des mots « prévues par la loi » : d'une part, la « loi » doit être « suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné » et, d'autre part, il faut que la « loi » soit « une norme énoncée avec assez de *précision* pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de *prévoir*, à un *degré raisonnable dans les circonstances de la cause*, les conséquences de nature à *dériver d'un acte déterminé* »<sup>93</sup>.

91. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74.

92. Ainsi qu'en droit de l'Union (J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., pp. 466 à 468).

93. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74, § 49 (nous soulignons). Et de préciser que ces normes « n'ont pas besoin d'être prévisibles

Partie des termes de la Convention (« prévue par la loi »), la Cour en propose une interprétation à la fois généreuse et encadrée, retenant une conception très large de la « loi », mais lui imposant, dans le même souffle, de réunir une double condition d'*accessibilité* et de *précision*, afin de permettre à ses destinataires de *prévoir* les conséquences de leurs actes. Dépassant la conception de la loi formelle chère aux pays de droit civil, la Cour en retient une conception matérielle plus compatible avec les pays de *common law*. Soucieuse toutefois d'assurer une certaine protection du citoyen dont la limitation des droits peut être justifiée sur la base d'une ingérence étatique jugée proportionnelle à un but légitime, elle compense l'ouverture offerte par des exigences de qualité matérielle de la loi, à savoir son accessibilité et sa précision, qui doivent assurer une certaine prévisibilité de la loi.

29. Le problème est que ces exigences, bien légitimes par ailleurs dans un État de droit, s'identifient à celles qui, on l'a vu, sont associées au principe de sécurité juridique<sup>94</sup>. Or, la Cour européenne des droits de l'homme n'évoque pas ce principe. C'est d'autant plus regrettable que, d'une part, les requérants avaient explicitement suggéré cette notion à la cour<sup>95</sup> et que, d'autre part, elle a consacré le principe deux mois plus tard dans son arrêt *Marckx*<sup>96</sup>.

P. Popelier explique cette réserve par le fait que la Cour européenne des droits de l'homme ne peut exercer son contrôle qu'à l'aune des dispositions de la Convention et non de principes juridiques non écrits<sup>97</sup>. Il convient par ailleurs de relever qu'il s'agissait d'une affaire éminemment sensible et qu'il était sans doute plus facile de faire avaler aux pays de droit civil la « pilule » d'une « loi » incluant le droit non écrit en intégrant

avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte » et la certitude « bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation » (*ibid.*).

94. P. Rolland écrit dans le même sens que les éléments « matériels » de la notion de légalité dans la convention « doivent converger vers un objectif unique : la loi est l'instrument essentiel de la sécurité juridique des citoyens » (« Article 7 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 295). Selon D. Scalia, le but principal de la conception matérielle du principe de légalité est « la sécurité juridique pour l'individu » (*Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, *op. cit.*, p. 59).

95. « Au demeurant, les requérants ne prétendent pas que les termes "prévue par la loi" exigent pareil texte dans tous les cas ; il ne leur semble nécessaire que si – comme en l'espèce – les règles de la *common law* sont incertaines au point de ne pas correspondre au concept consacré, d'après eux, par ces termes : le principe de la sécurité juridique » (§ 47).

96. Voy. ci-avant [note 44](#).

97. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *op. cit.*, p. 34. Les mêmes motifs expliquent sans doute la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à ces exigences (ci-après, [§ 42](#)).

les exigences précitées dans les termes de la convention plutôt qu'en les dérivant d'un principe général de droit de sécurité juridique qui n'avait pas encore été largement consacré par les États membres du Conseil de l'Europe. À l'inverse, le recours à la sécurité juridique pour limiter les effets d'un arrêt de la Cour, comme dans l'affaire *Marckx*, était sans doute plus acceptable pour les gouvernements, dès lors qu'une telle limitation, déjà admise par la Cour de justice de l'Union européenne trois ans plus tôt dans son arrêt *Defrenne II*<sup>98</sup>, sert généralement les intérêts de l'État condamné.

30. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence *Sunday Times* a, par la suite, été étendue à d'autres dispositions de la convention dans lesquelles est repris le terme « loi », mais également à l'article 7 de la Convention, qui consacre le principe de la légalité des délits et des peines<sup>99</sup>. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de « droit » visée par cette disposition correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui « implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité »<sup>100</sup>.

On l'a vu, la Cour européenne des droits de l'homme a finalement admis, en quelque sorte, de rendre à la sécurité juridique ce qui lui appartenait, à savoir la notion de prévisibilité<sup>101</sup>. Elle ne s'est cependant pas débarrassée de l'ambiguïté originaire. Ainsi, dans leur arrêt *Baranowski* du 28 mars 2000, les juges de Strasbourg ont décidé qu'il était « particulièrement important de satisfaire au principe général de la sécurité juridique » et que, « (p)ar conséquent », il était « essentiel que les conditions de la privation de liberté en vertu du droit interne soient clairement définies et que la loi elle-même soit prévisible dans son application, de façon à remplir le critère de "légalité" fixé par la

98. C.J.U.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, pt 71.

99. Cour eur. D.H., arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. nos 42758/98 et 45558/99, § 51.

100. Cour eur. D.H., arrêt *S.W. et C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, req. n° 20166/92, § 35. Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, req. n° 17862/91, § 29 ; *Achour c. France*, 10 novembre 2004, req. n° 67335/01, § 33. La Cour estime que la condition de prévisibilité est remplie « lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ». Elle précise que la notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (Cour eur. D.H., arrêts *Cantoni c. Belgique*, 15 novembre 1996, req. n° 17862/91, § 35 ; *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005, req. nos 42758/98 et 45558/99, § 53). Ainsi, l'on doit attendre de « professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier, qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques pouvant résulter de leurs actes » (Cour eur. D.H., arrêt *Leempoel & al. c. Belgique*, 9 novembre 2006, req. n° 64772/01, §§ 57 et 59).

101. Voy. ci-avant n°

*Convention, qui exige que toute loi soit suffisamment précise* »<sup>102</sup>. Le problème est que cette même ambiguïté parcourt actuellement le droit belge, particulièrement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

## 2. La réception de **Sunday Times** en droit belge

31. Emboîtant le pas à la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a également consacré un principe qualifié par la doctrine de légalité « au sens matériel »<sup>103</sup> ou « substantielle »<sup>104</sup>, qui intègre les exigences de qualité matérielle imposées aux lois que nous associons à la sécurité juridique<sup>105</sup>, voire qui fait prévaloir ces exigences sur la dimension formelle de la légalité<sup>106</sup>.

32. Tel est évidemment le cas du principe de légalité en matière pénale<sup>107</sup>, dans lequel, selon la doctrine, « sont cumulées la garantie de légalité formelle prévue par la Constitution et celle de légalité substantielle prévue par les dispositions conventionnelles »<sup>108</sup>. Bien que la Cour constitutionnelle ait examiné ce principe auparavant<sup>109</sup>, son arrêt

102. Cour eur. D.H., arrêt *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n° 28358/95, § 52.

103. E. WILLEMART, « III. – Le principe de légalité de la répression administrative : exigences de prévisibilité et d'accessibilité », in M. LEROY (dir.), *Actualités en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 132.

104. G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 862.

105. P. POPELIER, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », op. cit., pp. 41 à 42. Selon cette auteure : « dans le cadre d'une interprétation des dispositions constitutionnelles conforme à la C.E.D.H., la Cour constitutionnelle déduit des articles de la Constitution qui protègent les droits fondamentaux une exigence de légalité matérielle, qui s'impose dès lors au législateur. Le législateur non seulement ne peut pas simplement déléguer à d'autres le soin de régler ces matières, mais il doit en outre s'assurer que les normes qu'il adopte en la matière sont suffisamment accessibles et prévisibles » (*ibid.*, p. 32).

106. Voy. la contribution de S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY et C. HOREVOETS dans le présent ouvrage.

107. Sur ce principe, voy. égal. les contributions d'Y. CARTUYVELS, de Ch. GUILLAIN et M. ALIÉ et d'O. NEDERLANDT dans le présent ouvrage.

108. G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 862. Résumant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'auteur évoque encore « le glissement opéré, depuis la disposition constitutionnelle jusqu'aux exigences conventionnelles de prévisibilité », le principe de légalité étant « ainsi appréhendé par la juridiction constitutionnelle comme comprenant non seulement une exigence de légalité formelle, mais également une exigence de légalité matérielle » (*ibid.*, pp. 863 et 864).

109. Dans un arrêt n° 114/98 du 18 novembre 1998, la Cour avait ainsi déjà considéré qu'en « attribuant au pouvoir législatif la compétence de déterminer, notamment, les cas de poursuites, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera pénalement punissable qu'en vertu d'une décision prise par une assemblée délibérante démocratiquement élue », une délégation conférée au Roi n'étant toutefois « pas contraire au principe de légalité pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur » (B.3, nous soulignons). Alors que, dans cet arrêt, la disposition de la loi du 24 février 1921 relative aux stupéfiants avait passé le test de constitutionnalité des articles 10 et 11 de la Constitution, la cour a décidé, dans

fondateur en la matière est sans doute celui qu'elle a prononcé le 14 mai 2003, dans lequel elle devait déterminer si les termes « communications portant atteinte au respect des lois » ou « à l'ordre public et aux bonnes mœurs » pouvaient être utilisés pour ériger des comportements en infraction pénale<sup>110</sup>. Selon la Cour, le principe de légalité en matière pénale, garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, « procède notamment de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable », ce qui n'est pas le cas des termes précités qui sont susceptibles de « créer une insécurité inadmissible » (B.9.3). En procédant de la sorte, relève M. Nihoul, la Cour constitutionnelle combine « en réalité les exigences des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution avec celles de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme pour renforcer la légalité formelle par des exigences de qualité »<sup>111</sup>.

Un an plus tard, la Cour constitutionnelle rendait un autre arrêt relatif à ce principe, rappelant la garantie formelle résultant des articles 12, al. 4, et 14 de la Constitution (B.6.2 : « aucun comportement ne sera punissable et [...] aucune peine ne sera infligée qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue ») et celle, qui découle de ces dispositions ainsi que de l'article 7 précité et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, que la loi pénale doit « être formulée en des termes qui permettent à

un arrêt n° 56/2002 du 28 mars 2002, que l'article 20bis, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive violait « les exigences particulières de précision, de clarté et de prévisibilité auxquelles doivent satisfaire les lois en matière pénale » (B.9.8). Dans son arrêt du 10 juillet 2002, la Cour évoquait explicitement le « principe de légalité en matière pénale [...] garanti par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, ainsi que par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme » (C.C., arrêt n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.3.2). On rappellera que ce n'est que depuis l'entrée en vigueur, le 21 avril 2003, de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, qu'elle est devenue compétente pour examiner la compatibilité des lois directement avec les articles 12 et 14 de la Constitution (lui imposant, auparavant, de faire un détour par les articles 10 et 11).

110. C.C., arrêt n° 69/2003, 14 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1076 ; *J.T.*, 2004/1, p. 1 et note M. Nihoul.

111. M. NIHOUL, « À propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004/1, n° 6121, p. 4. On relèvera incidemment qu'alors que ni le texte de l'arrêt ni le texte de l'article ne mentionnent les termes de sécurité juridique, le sommaire indique que l'annulation opérée par la Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) s'est faite « sur la base des principes de la légalité des incriminations et des peines et de la sécurité juridique ».

chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable » (B.6.3)<sup>112</sup>.

Ce sera finalement en 2005 que la Cour constitutionnelle opéra pour la formulation qui semble depuis avoir sa préférence. Dans un arrêt relatif à la notion de « profit anormal » visée par l'infraction de marchand de sommeil, elle a ainsi décidé, après avoir rappelé les motifs précités, que le principe de légalité « exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et *offrant la sécurité juridique*, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation »<sup>113</sup>. De façon intéressante, la Cour de cassation a ensuite adopté mot pour mot la définition de la Cour constitutionnelle, tout en l'amputant de sa seconde partie. Selon elle, le principe de légalité en matière répressive « exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et *offrant la sécurité juridique*, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part (*sic !*), que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement »<sup>114</sup>.

33. S'il ne faut peut-être pas exagérer l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière, le principe de légalité criminelle ayant fait ses armes avant que celle-ci ne lui étende sa jurisprudence *Sunday Times*<sup>115</sup>, la proximité des expressions utilisées ne trompe pas et la Cour constitutionnelle révèle explicitement

112. C.C., arrêt n° 136/2004, 22 juillet 2004. Voy. égal. C.C., arrêts n° 158/2004, 20 octobre 2004, B.5.3 et B.5.4 ; n° 14/2005, 19 janvier 2005, B.38 et B.39, mais égal. Cass., 2 juin 2009, *Pas.*, I, n° 1398 ; Cass., 1<sup>er</sup> février 2011, *Pas.*, I, p. 381. L'arrêt n° 158/2004 est particulièrement important dès lors qu'il a consacré la théorie de « l'ensemble indissociable » constitué par une disposition constitutionnelle ayant une portée analogue à une disposition reprise dans une convention internationale. Selon la Cour, « lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (B.5.3 et B.5.4). Dans le même sens, voy. Cass., 23 juin 2015, *Pas.*, I, n° 1666.

113. C.C., arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005, B.3.2 (nous soulignons). Cette jurisprudence, constante depuis (voy. les nombreux arrêts cités par G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, *op. cit.*, p. 864, note 2441), a encore été confirmée récemment dans un arrêt n° 8/2018 du 18 janvier 2018, B.7. Elle a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2015 (*Pas.*, I, p. 1666 ; voy. égal. Cass., 13 décembre 2016, R.G. n° P. 16.0424.N).

114. Cass., 27 mai 2014, *Pas.*, I, p. 1309. On relèvera avec un clin d'œil la formule retenue par la traduction française de cet arrêt rendu par une chambre néerlandophone, qui témoigne, en conservant uniquement le « d'une part », d'un copié-collé un peu malheureux des arrêts de la Cour constitutionnelle.

115. Voy. ci-avant, note 97.

ses sources<sup>116</sup>. Il en va de même en ce qui concerne d'autres droits fondamentaux protégés par notre Constitution<sup>117</sup>.

34. Eu égard à la portée analogue de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution, qui consacrent tous deux le droit au respect de la vie privée et familiale, il n'est **ainsi** guère surprenant que les garanties matérielles résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aient été assimilées par notre juridiction constitutionnelle, celle-ci préservant toutefois la réserve à la loi formelle énoncée par le texte belge<sup>118</sup>. Ainsi, depuis un arrêt du 21 décembre 2004, la Cour constitutionnelle contrôle la conformité des lois aux « exigences de légalité et de prévisibilité posées par l'article 22 de la Constitution »<sup>119</sup>. Il est évidemment intéressant de constater la distinction opérée entre les exigences de « légalité », à savoir la nécessité d'une loi formelle, et celles de « prévisibilité », dont nous avons vu qu'elle était traditionnellement associée à la sécurité juridique<sup>120</sup>.

La Cour a, du reste, précisé explicitement que, outre « cette exigence de légalité formelle, l'article 22 de la Constitution impose également que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée soit libellée en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise pareille ingérence dans le droit au respect de la vie privée »<sup>121</sup>.

116. Dans son arrêt n° 92/2005 du 11 mai 2005, la Cour constitutionnelle a précisé, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, que « le principe de légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge » et qu'il faut « tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment ». Reprenant littéralement les termes strasbourgeois (Cour eur. D.H., arrêt *Leempoel e.a. c. Belgique*, 9 novembre 2006, req. n° 64772/01, § 59), la Cour a encore indiqué que la « condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale » (C.C., arrêt n° 127/2013, 26 septembre 2013, B.13.2).

117. Outre les exemples cités dans les lignes qui suivent, on peut également évoquer les droits fondamentaux en matière fiscale (voy. la contribution de **L. DETROUX, M. EL BERHOUMI** et **N. VANDER PUTTEN** dans le présent ouvrage).

118. Voy. la contribution de **S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, G. DELANNAY** et **C. HOREVOETS** dans le présent ouvrage.

119. C.C., arrêt n° 202/4004 du ~~xx-xx-20xx~~, B.17.2. Voy. égal. la jurisprudence citée **G. ROSOUX**, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 868, note 2454.

120. On retrouve la même distinction dans un arrêt de la Cour de cassation qui vise les « principes de légalité et de prévisibilité de la procédure pénale énoncés aux articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 12, alinéa 2, de la Constitution » (Cass., 14 octobre 2014, *Pas.*, I, p. 2194).

121. C.C., arrêt n° 6/2013, 14 février 2013, B.9.1 ; voy. égal. les arrêts n° 66/2013, 16 mai 2013, B.8.3 ; n° 63/2015, 21 mai 2015, B.12 ; et n° 107/2015, 16 juillet 2015, B.8.

Dans un arrêt récent, la Cour a confirmé, références strasbourgeoises à l'appui, que l'exigence de prévisibilité à laquelle la loi doit satisfaire pour être conforme à l'article 8 de la Convention « implique que sa formulation soit assez précise pour que chacun puisse – en s'entourant au besoin de conseils éclairés – prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences d'un acte déterminé » et que la « législation doit donner à chacun une indication suffisante sur les circonstances dans lesquelles et à quelles conditions elle habilite la puissance publique à recourir à des mesures affectant leurs droits protégés par la Convention »<sup>122</sup>.

35. On ne s'étonnera pas davantage que, statuant sur l'article 15 de la Constitution, qui consacre l'inviolabilité du domicile et dont la portée est également analogue à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle ait décidé qu'outre l'exigence formelle consacrée par cette disposition<sup>123</sup>, toute loi comportant une ingérence dans le droit au respect du domicile doit être « libellée en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise pareille ingérence, de manière à ce que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »<sup>124</sup>. Dans le même ordre d'idées, et malgré l'absence d'équivalent « ~~conventionnel posant une garantie de légalité substantielle~~ », la Cour constitutionnelle a considéré que le choix laissé aux établissements secondaires entre plusieurs systèmes de classement des inscriptions des élèves n'était « pas contraire aux principes de transparence et de prévisibilité garantis par le principe de légalité en matière d'enseignement »<sup>125</sup>.

36. Enfin, saisie d'un moyen pris de la violation par une loi « de l'article 16 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison

122. C.C., arrêt n° 86/2018, 5 juillet 2018, B.7.3 (voy. aussi l'arrêt n° 29/2018, 15 mars 2018, B.13.2). À nouveau, relève G. Rosoux, la Cour constitutionnelle « cumule une garantie constitutionnelle de l'intervention d'un législateur (légalité formelle) et une exigence conventionnelle de précision, clarté et prévisibilité de la loi (légalité matérielle) » (G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 868).

123. « En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte à l'inviolabilité du domicile, l'article 15 de la Constitution garantit à toute personne qu'aucune immixtion dans ces droits ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue » (B.8.1.).

124. C.C., arrêt n° 116/2017, 12 octobre 2017, B.8.1.

125. C.C., arrêt n° 121/2009, 16 juillet 2009, B.14.3.

avec le principe de la sécurité juridique », la Cour constitutionnelle a récemment considéré, en citant abondamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que toute « ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens doit être prévue par une norme formulée de façon suffisamment précise pour permettre aux personnes concernées – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés – de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé »<sup>126</sup>.

On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec la Cour européenne des droits de l'homme qui, elle aussi, préfère inclure dans les dispositions dont elle assure le contrôle des exigences traditionnellement associées au principe de sécurité juridique plutôt que de les dériver directement de ce principe (même si celui-ci est souvent évoqué), témoignant d'un certain malaise quant aux rapports entre sécurité juridique et légalité.

### III. Les rapports entre légalité et sécurité juridique

37. Les lignes qui précèdent l'ont montré à suffisance, il existe actuellement dans notre droit positif deux principes qui se recoupent largement : d'une part, un principe de sécurité juridique qui exige notamment des règles de droit qu'elles soient *claires, précises* et *accessibles*, de sorte que le justiciable puisse *prévoir*, dans une mesure *raisonnable*, les *conséquences d'un acte déterminé* au moment où cet acte est accompli et, d'autre part, un principe de légalité qui, dans sa dimension matérielle, requiert que les lois emportant une ingérence dans certains droits fondamentaux soient formulées en des termes *clairs* et suffisamment *précis* pour permettre à chacun de *prévoir*, à un degré *raisonnable*, dans les circonstances de la cause, les *conséquences d'un acte déterminé*.

De façon plus frappante, la même exigence, formulée dans les mêmes termes exactement (à savoir, que chacun puisse « prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences d'un acte déterminé ») est actuellement associée par la Cour constitutionnelle à la garantie de non-rétroactivité en ce qu'elle a pour but de

126. C.C., arrêt n° 61/2018, 31 mai 2018, B.18.1. Voy. égal. Cass., 26 février 2016 (R.G.C.F., 2017/4, pp. 359 à 363) dans lequel la Cour de cassation a mis à néant un arrêt qui avait annulé des cotisations en raison de leur violation de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sans avoir constaté que ces cotisations ne reposaient pas sur des normes juridiques internes suffisamment accessibles, précises et prévisibles.

prévenir l'insécurité juridique<sup>127</sup>, ainsi qu'imposée à toute loi comportant une ingérence dans le droit au respect de la vie privée (qualifié de principe de légalité matérielle)<sup>128</sup>.

On admettra que cette situation n'est pas idéale, voire est paradoxale lorsqu'on étudie des principes qui font de la clarté et de la précision des critères déterminants. À partir de là, que faire ? Nous proposons tout d'abord de clarifier la portée des deux principes au regard de leurs objectifs respectifs (A). Il sera ensuite plus aisé de penser leur relation et, particulièrement, la façon dont doit être appréhendé le conflit susceptible de les opposer (B).

## A. Principe de légalité matérielle = principe de sécurité juridique ?

38. La solution la plus simple (outre celle, tentante, mais peu convaincante intellectuellement, de ne rien faire) est de considérer tout simplement que les principes de légalité au sens matériel et de sécurité juridique ont la même portée. Certains pénalistes, dont le champ d'études est confronté au problème de longue date, ont estimé que tel était le cas. Ainsi, M. van de Kerchove et Fr. Tulkens distinguent, au sein du principe de légalité pénale, un aspect formel relatif à la qualité du pouvoir instituant et au fait que seule la loi peut incriminer, et un aspect substantiel qui concerne la qualité de la loi et « l'exigence de la sécurité juridique »<sup>129</sup>. A. Weyembergh conclut que le principe de légalité pénale « apparaît en définitive comme une traduction du principe fondamental de la sécurité juridique »<sup>130</sup>.

39. Une telle option ne nous paraît cependant pas opportune lorsqu'on élargit le spectre juridique au-delà du principe de légalité en matière répressive. En effet, soit les deux principes recouvrent exactement la même réalité juridique et il paraît peu heureux, en termes notamment de lisibilité du droit (et donc de sécurité juridique), de disposer de deux principes distincts pour parler de la même chose ; soit, ces principes

127. Cette jurisprudence constante a été confirmée récemment (C.C., arrêt n° 7/2018, 18 janvier 2018, B.9.2).

128. C.C., arrêt n° 86/2018, 5 juillet 2018, B.7.3 (déjà cité en note 126).

129. M. VAN DE KERCHOVE et Fr. TULKENS, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 8<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2007, p. 217. Selon V. Holderbach-Martin, dans le domaine pénal, les principes de légalité et de sécurité juridique coïncident (*Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, Thèse dactyl., A.N.R.T., 2004, p. 16). Voy. égal. E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2006/26, n° 6232, p. 477 (« La légalité pénale est une garantie de sécurité juridique offerte aux citoyens »).

130. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2004, p. 273.

n'ont pas exactement la même portée et il est alors tout à fait regrettable d'utiliser, de façon interchangeable, des vocables différents pour désigner des concepts normatifs qui sont, en réalité, distincts.

Or, la dimension matérielle du principe de légalité, telle que décrite ci-avant, est jusqu'à présent cantonnée au domaine des droits fondamentaux alors que le principe de sécurité juridique a un champ d'application *ratione materiae* plus large et à tout le moins différent<sup>131</sup>.

Plus fondamentalement, la sécurité juridique permet, dans certaines circonstances, le maintien d'une situation illicite. Tel est clairement le cas lorsque le principe de l'autorité de chose jugée empêche de revenir sur une décision illégale, quand l'existence d'un délai de forclusion ou de prescription prive le justiciable de la possibilité de faire annuler un acte illégal ou de faire valoir un droit en justice<sup>132</sup> ou quand l'écoulement du délai de recours en annulation devant le Conseil d'État a pour conséquence de priver l'autorité de la possibilité (sauf cas de fraude ou d'inexistence) de retirer un acte illicite créateur de droits<sup>133</sup>. De même, c'est pour empêcher que des situations passées soient frappées, *a posteriori*, d'illégalité que la Cour constitutionnelle condamne certaines lois rétroactives en se fondant sur le principe de sécurité juridique<sup>134</sup>. Enfin, on l'a vu, le principe de sécurité juridique ne se limite pas à la prévisibilité *ex ante* du droit, mais tend également à protéger *ex post* les

131. On l'a vu, selon la Cour constitutionnelle, c'est également ce principe qui fonde l'interdiction de la rétroactivité, dont la portée dépasse largement le champ des droits fondamentaux.

132. Sur le lien entre prescription et sécurité juridique, voy. not. : C.C., arrêt n° 162/2007, 19 décembre 2007, B.3. : « Comme la Cour l'a déjà jugé [...], il est raisonnablement justifié que, pour éviter toute insécurité juridique, le législateur fasse courir des délais de procédure à partir d'une date qui ne soit pas tributaire du comportement des parties » ; arrêt n° 28/2008, 28 février 2008, B.6.2. : « En matière répressive, l'institution de la prescription est justifiée par la volonté d'assurer la sécurité juridique et d'éviter que la paix publique restaurée dans l'intervalle soit à nouveau perturbée ».

133. Voy. not. C.E., arrêt n° 198.633, 7 décembre 2009, *Giot-Wirgo/État belge* ; sur la question, voy. P. LEWALLE, « Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif : un équilibre introuvable ? », *op. cit.*, pp. 231 à 254 ; Y. HOUYET, « Le régime juridique belge du retrait des actes administratifs face aux exigences du droit de l'Union européenne », *A.P.T.*, 2009/2, p. 156.

134. Une jurisprudence très importante de cette juridiction indique toutefois que c'est, le plus souvent, par des motifs de sécurité juridique que la rétroactivité est justifiée et, plus particulièrement, pour mettre fin à une insécurité juridique existante, le cas échéant lorsqu'une base légale a été annulée. Voy. not. C.C., arrêts n° 177/2005, 7 décembre 2005, B.19.8 ; n° 139/2006, 14 septembre 2006, B.13-14 ; n° 10/2007, 17 janvier 2007, B.5 ; n° 6/2010, 4 février 2010, B.10 ; n° 34/2010, 22 avril 2010, B.5.1 ; n° 49/2010, 29 avril 2010, B.8.3 ; n° 30/2011, 24 février 2011, B.8. Il en va différemment s'il s'agit d'une disposition (réellement) interprétative, auquel cas, sous réserve des règles applicables en droit pénal et du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée, l'effet rétroactif est toujours justifié (C.C., arrêt n° 20/2006, 1<sup>er</sup> février 2006, B.7).

attentes légitimes des sujets de droit suscitées par le comportement, le cas échéant illicite<sup>135</sup>, des autorités publiques<sup>136</sup>.

Or, ne serait-il pas curieux d'inscrire au cœur d'un principe de légalité un sous-principe (sa dimension matérielle, qui serait assimilée au principe de sécurité juridique) qui justifie ou assure le maintien d'une illégalité<sup>137</sup> ? À nouveau, le droit n'y perd-il pas grandement en lisibilité en cohérence et ne gagnerait-il pas à disposer de deux principes distincts pour mieux appréhender ces situations conflictuelles ?

40. Il nous paraît préférable, plutôt que d'assimiler les deux principes, de les distinguer au regard de leurs finalités originaires et essentielles, de rendre à chacun son « *core business* » en quelque sorte. Si l'un comme l'autre imposent des obligations aux autorités étatiques afin de protéger les sujets de droit, ces obligations doivent être comprises à la lumière de leurs objectifs respectifs.

41. Au cœur du principe de sécurité juridique se trouve l'exigence de *prévisibilité* du droit, qui a vocation à permettre aux sujets de droit de planifier leurs comportements et donc d'assurer la protection de leur liberté et de leur autonomie. À cette fin, il est nécessaire que les règles de droit soient accessibles, ce qui impose qu'elles soient claires, précises et publiées. Cette exigence serait par ailleurs vidée de tout contenu si les autorités n'avaient pas également l'obligation, en aval, de tenir compte des attentes légitimes qu'elles ont suscitées quant à la portée des règles de droit qu'elles ont adoptées ou appliquées. Ce qui compte donc ici, c'est le *point de vue des sujets de droit*.

Le fondement du principe de légalité est d'empêcher – ou à tout le moins de limiter – l'*arbitraire* dans le chef des pouvoirs publics. Cette conception explique la double exigence qui a traditionnellement été attribuée au principe de légalité, à savoir le respect de la norme supérieure et la nécessité, qui lui est intimement liée, de justifier l'action de

135. Sur ce point, voy. ci-après, §§ 52 et s.

136. Nous avons plaidé ailleurs pour la consécration en droit privé d'un principe général de sécurité juridique entendu comme principe de confiance légitime (J. VAN MEERBEECK, « Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat », *R.I.E.J.*, 2016.76, pp. 97 à 119).

137. Plusieurs des effets précités sont prévus par la loi de sorte qu'il peut être soutenu qu'ils ne constituent pas, stricto sensu, des entorses à la légalité. En élargissant le raisonnement, mais au risque de le rendre circulaire, on pourrait également dire que, dès lors que le principe de sécurité juridique fait partie de notre ordre normatif, son respect est toujours conforme au principe de légalité. Voy. à cet égard, Cass., 10 mars 2017, R.G. n° C.14.0189.N, dans lequel la Cour a considéré que le juge doit, sur la base de l'article 159 de la Constitution, vérifier si un arrêté ministériel est conforme aux principes généraux de bonne administration et aux normes de droit supérieures », donc y compris au principe de sécurité juridique (qui rentre dans ces deux catégories).

l'autorité par un fondement légal. On l'a vu, à l'origine, le principe de légalité visait surtout, en droit français et belge, à limiter les risques d'abus du pouvoir exécutif. La complexification du droit et la relativisation de la perfection de la loi ont cependant amené les États à prévoir des garanties permettant d'assurer que les droits fondamentaux ne soient pas mis en danger par le pouvoir législatif, et certaines juridictions suprêmes à exiger que les lois remplissent certaines exigences permettant d'encadrer à suffisance l'action des autorités publiques (y compris celles des autres juridictions). L'accent est, ici, mis sur le *comportement des pouvoirs publics*.

Comme souvent, les hypothèses abstraites et radicales aident à conceptualiser les différences. On peut ainsi imaginer un monde dans lequel l'administration ne respecterait aucune des normes supérieures (tenues secrètes), mais publierait les directives qu'elle s'est données tout en respectant, *a posteriori*, les attentes des sujets de droit suscitées par ces directives : dans ce cas, la sécurité juridique serait respectée, mais pas le principe de légalité. À l'inverse, un ordre juridique dans lequel les autorités observeraient scrupuleusement les mêmes normes supérieures (inconnues du public) serait peut-être un modèle du point de vue du principe de légalité, mais un désastre en termes de sécurité juridique<sup>138</sup>. En d'autres termes, le respect d'un principe n'emporte pas nécessairement le respect de l'autre de sorte qu'on ne peut suivre la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle est affirmée sans nuance qu'« une norme est « prévisible » lorsqu'elle offre une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique »<sup>139</sup>. Une telle garantie peut favoriser la prévisibilité du droit, mais elle ne suffit pas à l'assurer.

42. Certes, idéalement, sécurité juridique et légalité devraient aller de pair : « Quelle plus grande sécurité, en effet, que celle résultant de la stricte application de la loi ? »<sup>140</sup>. Par cette question, l'avocat général Darmon rappelait à la Cour de justice de l'Union européenne que le respect du principe de légalité est, dans le meilleur des mondes normatifs, de nature à favoriser le principe de sécurité juridique. Si nul n'ignore la loi, le respect du principe de légalité garantit une meilleure prévisibilité juridique dès lors qu'il inscrit tout acte ou comportement des autorités

138. On réserve ici le principe, particulier, de légalité des délits et des peines.

139. Cour eur. D.H., arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano/Italie*, 7 juin 2012, n° 38433/09, § 143.

140. Concl. de l'A.G. Darmon dans l'aff. 112/83, *Société des produits de maïs, Rec.*, p. 728.

dans un cadre prédéterminé<sup>141</sup>. Par ailleurs, quelles attentes du citoyen pourraient être jugées plus légitimes que celles postulant la stricte application de la loi<sup>142</sup> ? Il n'est donc pas surprenant que leurs objectifs respectifs amènent ces deux principes à partager certaines exigences, ce qui explique en partie leur confusion.

Prenons les exigences de clarté et de précision des normes. Il s'agit incontestablement de conditions essentielles à la sécurité juridique. Comment, sur la base de règles obscures et vagues, permettre aux particuliers de s'orienter dans le monde du droit ? Pour autant, une règle peut avoir la clarté de l'eau de roche et la précision d'une pièce d'horlogerie, la sécurité juridique ne sera pas garantie si, en amont, elle n'est pas portée à la connaissance de ses destinataires et si, en aval, elle n'est pas appliquée d'une façon qui respecte la légitime confiance de ceux-ci<sup>143</sup>. En d'autres termes, les exigences de clarté et de précision sont des conditions nécessaires, mais pas suffisantes de la sécurité juridique.

Sont-elles également inhérentes au principe de légalité ? Il n'est pas contestable qu'une règle claire et précise est davantage de nature à encadrer l'action des autorités chargées de l'appliquer, et donc de limiter le risque d'arbitraire dans leur chef, qu'une règle qui ne l'est pas<sup>144</sup>. À nouveau, des règles claires et précises ne suffisent cependant pas à exclure un comportement arbitraire dans le chef de ceux qui sont chargés de leur application.

141. En ce sens, voy. A.L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique, en droit français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 68 ; D. LABETOULLE, « Principe de légalité et principe de sécurité », *op. cit.*, p. 404. D. Loschak écrivait, pour sa part : « Valorisante pour ceux qui s'y identifient, la norme est également sécurisante pour ceux qui s'y soumettent » (« Le principe de légalité : mythes et mystifications », *A.J.D.A.*, 1981, n° 9, p. 389).

142. Cela explique sans doute que la sécurité juridique soit mieux protégée lorsque l'autorité administrative souhaite modifier ou retirer un acte légal, plutôt qu'un acte illégal (sur la question, voy. P. LEWALLE, « Légalité, sécurité, stabilité en droit administratif : un équilibre introuvable ? », *op. cit.*, pp. 231 à 254).

143. À cet égard, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la loi qui vient limiter le droit à la liberté d'expression doit être « accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets », c'est bien de sécurité juridique (et uniquement de sécurité juridique) qu'il est question (Cour eur. D.H., arrêt *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano/Italie*, 7 juin 2012, n° 38433/09, § 140).

144. Dans le même sens, P. Popelier écrit que « l'exigence que la loi soit suffisamment claire et accessible découle plus du principe de sécurité juridique que du principe de légalité pris dans son acception classique », mais admet que l'exigence de clarté et d'accessibilité est « liée au principe de légalité, dans la mesure où le manque de précision crée un flou auquel il devra le cas échéant être remédié par le gouvernement ou par le juge, plutôt que par le législateur formel » (« La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », *op. cit.*, pp. 41 et 42). Il nous semble cependant que l'exigence d'accessibilité est propre à la sécurité juridique et non à la légalité, même s'il est vrai que la publication des lois sert aussi (incidemment) la légalité dès lors qu'elle permet aux citoyens de contrôler l'action des autorités.

43. La distinction entre les objectifs propres aux deux principes permet d'émettre l'hypothèse que les conditions de clarté et de précision ne se présentent pas nécessairement de la même façon selon qu'on tend au respect du principe de légalité ou à celui de sécurité juridique. Ainsi, une norme très complexe pourrait être formulée de telle façon que des spécialistes du droit seraient en mesure, le cas échéant après une analyse pointue, d'en révéler le sens et de confirmer que sa teneur est suffisamment précise pour éviter tout risque d'arbitraire dans le chef de l'autorité (compétente) chargée de l'appliquer. Il est toutefois parfaitement concevable de soutenir que cette norme ne permet pas de garantir la sécurité juridique au citoyen *lambda* dont on ne peut attendre qu'il s'entoure en toutes circonstances de l'assistance d'un juriste spécialisé. À l'inverse, une norme conférant tous pouvoirs au gouvernement présente peut-être la clarté et la précision requises pour satisfaire à l'exigence de sécurité juridique, mais ne rassurera vraisemblablement pas ceux qui souhaitent préserver un État de droit des abus du pouvoir exécutif.

44. À la lumière de cette même distinction, on peut relire la jurisprudence précitée de la Cour constitutionnelle relative au principe de légalité des délits et des peines en levant l'ambiguïté qui l'affecte et en soulignant le double objectif poursuivi par les exigences de clarté et de précision. Le législateur doit indiquer, en des termes suffisamment précis et clairs, quels faits sont sanctionnés, afin, « d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement » (principe de sécurité juridique) et « afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation » (principe de légalité). Le principe de légalité en matière criminelle révèle ainsi son caractère bicéphale, dès lors qu'il est investi des missions que lui imposent tant le principe de légalité que celui de sécurité juridique. Faut-il s'en étonner dès lors qu'on touche à un domaine du droit aussi important que celui qui permet de priver un individu de sa liberté, ce qui impose de limiter l'arbitraire des pouvoirs publics et de garantir la prévisibilité du droit oppressif ?

Dans le même ordre d'idées, il nous semble opportun que la Cour constitutionnelle (et, idéalement, la Cour européenne des droits de l'homme) distingue clairement entre les deux principes lorsqu'elle impose des obligations de clarté et de précision aux lois contenant d'autres ingérences dans les droits fondamentaux. Lorsqu'il s'agit de permettre à chacun de « prévoir, à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences d'un acte déterminé », seul le principe de sécurité juridique est en jeu. Par contre, on est bien dans le

registre du principe de légalité lorsque la Cour constitutionnelle évoque, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, la nécessité que la loi offre « des garanties suffisantes contre les ingérences arbitraires dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, en délimitant le pouvoir d'appréciation des autorités concernées avec une netteté suffisante, d'une part, et en prévoyant des procédures qui permettent un contrôle juridictionnel effectif, d'autre part »<sup>145</sup>. Dans le premier cas, en effet, la prévisibilité des sujets de droit est en cause alors que, dans le second, il est question d'encadrer l'action étatique afin d'empêcher toute ingérence arbitraire dans un droit fondamental.

## B. Légalité >< sécurité juridique ?

45. Un des avantages consistant à distinguer le plus clairement possible les deux principes est ~~de permettre~~ de mieux appréhender la gestion des conflits entre légalité et sécurité juridique. Tel est le cas lorsque la seconde permet de maintenir une situation illicite ou d'empêcher qu'elle soit rendue illicite a posteriori. On a déjà évoqué le principe du respect de la chose jugée, la théorie du retrait des actes administratifs ou la limitation de la rétroactivité<sup>146</sup>. Légalité et sécurité juridique peuvent également entrer en conflit lorsqu'une illégalité entraîne l'invalidation d'une règle de droit ou un revirement de jurisprudence et que la sécurité juridique exige la modulation dans le temps des effets de telles décisions jurisprudentielles, surtout lorsqu'elle intervient sans base légale formelle<sup>147</sup>.

46. Tel est enfin le cas lorsque les exigences strictes de la légalité s'opposent à la prise en compte de la confiance que le système a pu susciter

145. C.C., arrêt n° 108/2016, 14 juillet 2016, B.11.2 (en matière de traitement de données à caractère personnel). Voy. égal. C.C., arrêt n° 151/2006, 18 octobre 2006, B.6.2 (en matière de mesures touchant à la sécurité nationale).

146. Voy. ci-avant, § 45.

147. L'article 14ter, al. 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État acte explicitement l'entorse du droit transitoire jurisprudentiel au principe de légalité : « La mesure visée à l'alinéa 1<sup>er</sup> ne peut être ordonnée que pour des raisons exceptionnelles justifiant de porter atteinte au principe de la légalité, par une décision spécialement motivée sur ce point et après un débat contradictoire ». Dans certains cas, cependant, la sécurité juridique est utilisée pour limiter l'effet rétroactif de l'annulation afin de protéger la légalité d'actes fondés sur la disposition annulée (cf. C.C., arrêt n° 49/2007, 21 mars 2007, B.10 : « La rétroactivité de l'annulation de la disposition litigieuse a pour effet que la légalité de tous les travaux et actes exécutés par application de cette disposition pourrait être contestée dans les limites fixées par la législation. Pour des raisons de sécurité juridique, les effets de la disposition annulée doivent être maintenus pour les travaux dont l'exécution avait été entamée avant le 27 juillet 2006 [date à laquelle l'arrêt n° 74/2006 a été publié au *Moniteur belge*] »). C'est bien souvent dans le même objectif que sont adoptées des lois rétroactives (voy. ci-avant, [note 137](#)).

dans le chef des sujets de droit, et qui fonde l'argument de la sécurité juridique. Depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation considère ainsi que l'application des principes généraux de sécurité juridique et de confiance légitime ne peut justifier de dérogation à la loi<sup>148</sup>, limitant la portée de son arrêt précité du 27 mars 1992<sup>149</sup>. Elle a ainsi considéré que le droit à la sécurité juridique n'implique pas « que le contribuable qui a noué avec l'administration un accord faisant naître un régime contraire à des dispositions légales puisse exiger de l'administration l'application d'un tel accord, dès lors que celui-ci n'a pu susciter dans son chef des prévisions justifiées »<sup>150</sup>. Plus récemment, elle a décidé que les « attentes du citoyen ne peuvent être fondées sur une pratique illégale » et que « le droit à la sécurité juridique ne peut ainsi pas être invoqué s'il donne lieu à une gestion qui va à l'encontre des dispositions légales »<sup>151</sup>.

Cette jurisprudence pourrait, éventuellement, se comprendre lorsque les « dispositions légales » en question sont de rang législatif ou que le caractère illégal d'une pratique résulte d'une loi. En effet, le principe général de droit, ayant en principe une valeur égale à celle de la loi, « n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle ni une règle à laquelle il soit interdit au législateur de déroger »<sup>152</sup> de sorte qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, depuis un arrêt du

148. Voy. Cass., 17 mai 1999, *Pas.*, I, p. 285 ; Cass., 14 juin 1999, *Pas.*, I, n° 352 ; Cass., 29 novembre 2004, *Pas.*, I, n° 1875 ; Cass., 3 décembre 2004, *Pas.*, I, n° 1914 ; Cass., 23 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 2333 ; Cass., 23 juin 2008, *Pas.*, I, n° 1605, concl. De Koster ; Cass., 2 avril 2009, *Pas.*, I, n° 849, concl. De Koster ; Cass., 1<sup>er</sup> mars 2010, *Pas.*, I, n° 644 ; Cass., 10 mars 2016, R.G. n° F.14.0105.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). La doctrine analyse la jurisprudence quelque peu aléatoire de la Cour de cassation en la matière comme admettant l'application du principe de confiance légitime aux prises de position de l'administration qui relèvent du fait et non du droit (voy. not. les références citées par D. GARABEDIAN, « Impôt et confiance légitime : abandonner la distinction entre questions de fait et questions de droit », *R.G.C.F.*, 2017/4, pp. 295 à 307). L'avocat général Henkes se demande, sans doute à juste titre, « si les auteurs ne tentent pas de rationaliser a posteriori les divergences qui imprègnent la jurisprudence de la Cour en cette matière » (A. HENKES, « "Le droit fiscal est d'ordre public !" So what? De la relativité de l'ordre public en droit fiscal et du rôle de la Cour de cassation – Rentrée solennelle de la Cour de cassation de Belgique – 1<sup>er</sup> septembre 2016 », *R.G.C.F.*, 2016/4-5, p. 314). Sur cette question, voy. égal. la contribution de L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et N. VANDER PUTTEN dans le présent ouvrage.

149. On relèvera que, dans cet arrêt, la Cour avait validé des factures qui ne contenaient pas des mentions imposées par la législation sur la taxe sur la valeur ajoutée et qu'elle était restée muette quant à l'argument majeur de l'administration, à savoir la méconnaissance du principe de légalité consacré par l'article 172 de la Constitution.

150. Cass., 20 novembre 2006, *Pas.*, I, n° 578.

151. Cass., 10 mars 2016, R.G. n° F.14.0105.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Dans le même sens, le Conseil d'État considère que « le droit à la sécurité juridique ne va pas jusqu'à permettre à un intéressé de se prévaloir d'une pratique de l'administration contraire à la légalité, cette pratique fût-elle même constante pendant plusieurs exercices, et de conclure que l'autorité a renoncé à l'application correcte de la loi » (C.E., arrêt n° 199340 du 5 janvier 2010, *Frémault* ; voy. égal. C.E., arrêt n° 222.827, 12 mars 2013, *Claeys*).

152. Cass., 29 juin 2011, *Pas.*, I, p. 1799.

13 septembre 1989<sup>153</sup> répète que « les principes généraux du droit ne peuvent être appliqués par le juge dans une cause déterminée lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur »<sup>154</sup>. On comprend mal, cependant, pourquoi le principe de sécurité juridique ne pourrait pas protéger une attente légitime créée dans le chef d'un sujet de droit par le comportement d'une autorité publique lorsque cette dernière a agi en violation d'une norme d'un rang inférieur dans la hiérarchie des normes. Il n'est en effet pas contesté que les principes généraux du droit, s'ils ne peuvent aller contre la loi écrite, l'emportent sur les actes réglementaires<sup>155</sup>.

47. La position de la Cour de cassation est d'autant plus discutable que la valeur constitutionnelle du principe de sécurité juridique est largement admise par la doctrine<sup>156</sup>. Dans son propre rapport 2002-2003, la Cour de cassation citait déjà, en premier lieu parmi les principes généraux du

153. *Pas.*, 1990, I, p. 47.

154. Cass., 4 décembre 2009, *Pas.*, I, n° 717. Cette priorité donnée à la loi fait dire à P. Martens que les principes généraux ont un niveau « infralégislatif et supraréglementaire » (« Y a-t-il des principes généraux de valeur constitutionnelle ? », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 393 ; *contra*, voy. I. MATHY, « Les principes généraux : genèse et consécration d'une source majeure du droit administratif », in S. BEN MESSAOUD et Fr. VISEUR (coord.), *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 46.

155. P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 43 et 44 et les réf. citées.

156. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 37 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 105 ; J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in I. HACHEZ e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées, op. cit.*, vol. 2, p. 564 (qui le considère plutôt comme une valeur constitutionnelle que comme un principe dont le citoyen peut tirer un droit) ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti* [...] », *op. cit.*, p. 93 et les réf. citées. P. Marchal cite également la sécurité juridique, tout comme le principe de légalité, parmi les principes généraux du droit « ayant une valeur constitutionnelle » et qui sont « hiérarchiquement supérieurs à la loi » (*Principes généraux du droit, op. cit.*, pp. 47 et 48). Certains opèrent une distinction entre le principe de sécurité juridique, qui aurait valeur constitutionnelle, et le principe de confiance légitime, qui aurait un rang inférieur dans la hiérarchie des normes (R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti* [...] », *op. cit.*, pp. 107 et 119 et les réf. citées). On ne rentre pas ici dans le débat relatif aux litiges qui rentrent dans le champ d'application du droit de l'Union, auxquels les principes généraux du droit de l'Union (parmi lesquels figurent les principes de sécurité juridique et de confiance légitime) sont applicables. Ayant le même rang que les traités, ils sont censés, selon la Cour de cassation, primer le droit interne, y compris de valeur constitutionnelle. À cet égard, voy. Cass., 2 septembre 2016, R.G. n° F.14.0206.N qui, influencé par l'arrêt *Elmeka* du 14 septembre 2006 de la Cour de justice de l'Union européenne (aff. jointes C-181/04-183/04), rappelle que le « principe de confiance relève du droit primaire de l'Union européenne » et que le moyen qui est « fondé sur le soutènement juridique inexact que le principe de confiance doit, par définition, être écarté au profit du principe de légalité [...] manque en droit ». Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'une partie de la jurisprudence luxembourgeoise empêche l'application du principe de confiance légitime lorsque le comportement

droit « ayant une valeur constitutionnelle » et qui sont « hiérarchiquement supérieurs à la loi », « le principe relatif à la sécurité juridique »<sup>157</sup>. Comment, du reste, comprendre autrement sa jurisprudence qui, jusqu'à il y a peu, imposait au juge du pouvoir judiciaire de fixer dans le temps les effets d'un arrêt préjudiciel d'inconstitutionnalité en tenant compte « de la *confiance légitime* de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la *sécurité juridique* »<sup>158</sup> ? Il paraît compliqué d'admettre que des principes généraux de rang législatif soient de nature à maintenir les effets d'une loi contraire à la Constitution.

Pour les mêmes motifs, que penser par ailleurs de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, sur la base du principe de sécurité juridique, certes combiné à des dispositions qui relèvent de sa compétence<sup>159</sup>, annule des dispositions légales<sup>160</sup> ? La haute juridiction rappelle explicitement qu'elle tient compte de ce principe « lorsqu'elle exerce son contrôle sur la base des dispositions constitutionnelles au regard desquelles elle exerce un contrôle direct »<sup>161</sup>. Ainsi, selon la Cour, violent les articles 10 et 11 de la Constitution les modifications législatives qui sont dépourvues de régime transitoire lorsqu'il « est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime », ce qui est « le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire »<sup>162</sup>.

de l'autorité qui a suscité la confiance est illégal (voy. les références citées dans J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., p. 144, § 123).

157. Rapport 2002-2003, pp. 141 et 142.

158. Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, I, n° 2421 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. [Cass., 29 septembre 2011, \*Pas.\*, I, liv. 9, 2094, concl. C. Vandewal](#).

159. Faut-il rappeler que la Cour constitutionnelle ne contrôle pas le respect de ce principe pris isolément ? Voy. C.C., arrêt n° 64/2008, 17 avril 2008, B.10 ; arrêt n° 2/2008, 17 janvier 2008, B.4.2.

160. Voy. p. ex. C.C., arrêt n° 59/2009, 25 mars 2009, B.11.3 : « Il n'est pas compatible avec les principes généraux de la sécurité juridique et de la confiance suscitée que les candidats réfugiés [...] aient ainsi été trompés quant à la légalité de leur occupation et quant au droit correspondant aux allocations de chômage ».

161. C.C., arrêt n° 18/2012, 9 février 2012, *J.T.*, 2012, pp. 744 et 745, B.8.1.

162. C.C., arrêts n° 121/2009, 16 juillet 2009, B.6.3 ; n° 48/2017, 27 avril 2017, B.41.1 ; n° 61/2018, 31 mai 2018, B.22.3. La Cour de cassation a adopté cette jurisprudence (Cass., 31 janvier 2017, R.G. n° P. 16.1029.N). On constatera que, contrairement à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (voy. not. C.J.U.E., 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, pt 20), le respect de la confiance légitime n'est pas un critère explicite permettant de justifier la rétroactivité d'une loi selon la Cour constitutionnelle, qui exige uniquement qu'elle soit indispensable pour réaliser un objectif d'intérêt général » (C.C., arrêt n° 80/2008, 15 mai 2008, B.4). On l'a vu, cependant, c'est souvent la sécurité juridique qui est invoquée par la Cour constitutionnelle (ou les travaux préparatoires) pour justifier la rétroactivité (ci-avant, note 137).

Enfin, et surtout, il convient d'évoquer cette décision, certes controversée, de la Cour constitutionnelle relative à l'article 14<sup>ter</sup> des lois coordonnées, qui permet au Conseil d'État de maintenir les effets d'un acte annulé pendant le délai qu'il détermine. Dans cet arrêt du 9 février 2012, la Cour a en effet validé la thèse selon laquelle le recours à cette disposition par le Conseil d'État a pour conséquence d'exclure l'application de l'article 159 de la Constitution pendant le délai qu'il a déterminé<sup>163</sup>. Cette décision est intéressante tant par la relativisation de l'article 159 (et donc du principe de légalité) qu'elle implique, que par le rôle que joue la sécurité juridique dans le raisonnement. Selon la Cour, 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 » (B.8.1)<sup>164</sup>. Or, d'une part, 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 » compte tenu de l'article 160 de la Constitution et, d'autre part, ce contrôle « 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 » (B.8.1). En adoptant la disposition litigieuse, estime la Cour, « le législateur a cherché à ménager un équilibre entre le principe de légalité des actes réglementaires, consacré à l'article 159 de la Constitution, et le principe de sécurité juridique » et il a, en l'espèce, « instauré un juste équilibre entre l'importance de remédier à chaque situation contraire au droit et le souci de ne plus mettre en péril, après un certain temps, des situations existantes et des attentes suscitées » (B.9.3 et B.9.4)<sup>165</sup>.

163. C.C., arrêt n° 18/2012, 9 février 2012, *J.T.*, 2012, pp. 744 et 745 ; *A.P.T.*, 2012, p. 398 et note M. Nihoul.

164. En 2000, D. Lagasse concluait une note relative à un arrêt de la Cour de cassation déniait toute autorité de chose jugée à un arrêt de rejet du Conseil d'État devant le pouvoir judiciaire par ces mots : « L'arrêt annoté consacre à nouveau la primauté de ce principe de la légalité sur le principe de sécurité juridique. Il réaffirme le caractère absolu de l'article 159 de la Constitution [...] » (« L'absence de toute autorité de chose jugée d'un arrêt de rejet du Conseil d'État devant les cours et tribunaux ou de la suprématie du principe de légalité administrative sur le principe de sécurité juridique », note sous Cass., 9 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 288).

165. Et M. Nihoul de conclure que « de là à considérer que le principe de la sécurité juridique commande de restreindre le contrôle juridictionnel incident de la légalité des actes réglementaires, il y a un pas qui n'est pas formellement franchi par la Cour constitutionnelle, mais qui l'est en réalité discrètement lorsqu'elle en vient à admettre que le législateur modifie la Constitution sous le couvert de la sécurité juridique sur ce point », au point

48. La Cour de cassation ne motive malheureusement pas sa jurisprudence restrictive<sup>166</sup>. Dans ses conclusions précédant l'arrêt qui a coupé les ailes à la thèse de X. Dieux sur le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui<sup>167</sup>, l'avocat général Leclercq suggérait une explication de la prévalence du principe de légalité sur le principe de sécurité juridique (ou de confiance légitime). Selon l'éminent magistrat, les juges d'appel ont considéré à tort qu'il n'y avait pas lieu à répétition d'un indu en raison du respect dû aux anticipations légitimes d'autrui dès lors que le « principe de légalité ne peut jamais être refoulé parce qu'il trouve directement un fondement dans un texte constitutionnel, à savoir l'article 159 de la Constitution »<sup>168</sup>. Ce raisonnement paraît cependant difficilement compatible avec le rang constitutionnel du principe de sécurité juridique<sup>169</sup>.

49. En réalité, la Cour de cassation elle-même admet qu'il convient d'adopter une approche plus souple des rapports entre principes de

que l'article 160 de la Constitution « combiné avec le principe de sécurité juridique est, de ce point de vue, une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, en l'espèce au détriment du principe de légalité » (« L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme à construction massive" dans les mains du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ? », *A.P.T.*, 2012, p. 412). J. Velaers conclut de cet arrêt, un peu vite selon nous, que le juge judiciaire n'a pas la compétence pour faire échec, au cas par cas, au principe de légalité en invoquant celui de sécurité juridique (J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », *op. cit.*, p. 572 ; voy. égal. p. 549).

166. On regrettera de même la décision sans nuance par laquelle la Cour de cassation a mis à néant un arrêt qui avait fait droit à une demande dirigée contre l'État belge en raison de l'apparence de compétence d'une commission administrative sur la base des principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Selon la Cour, en se « fondant ainsi sur ces principes, alors que la compétence de la commission administrative agissant en tant qu'organe de l'État n'est réglée que par la loi, l'arrêt attaqué en fait une application erronée et viole par conséquent lesdits principes » (Cass., 9 mars 2015, S.14.0047.N, *Arr. Cass.*, 2015, liv. 3, p. 680).

167. X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui : essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

168. Cass., 26 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, n° 1261, et concl. J. Leclercq. Cette explication avait déjà été donnée par R. Ergéc, mais cet auteur estimait que les bénéficiaires du principe de légalité étant les administrés, il fallait éviter « qu'une stricte application de ce principe produise des conséquences arbitraires pour eux, incompatibles avec la finalité même du principe de légalité » (« Le principe de légalité à l'épreuve des principes de bonne administration », *op. cit.*, p. 25).

169. D. Garabedian suggère que cette jurisprudence pourrait, en matière fiscale, entrer en conflit avec les exigences strasbourgeoises de qualité matérielle de la loi limitant le droit de propriété, le fondement juridique de l'action de l'administration manquant de prévisibilité en raison de sa pratique préalable illicite (« Impôt et confiance légitime : abandonner la distinction entre questions de fait et questions de droit », *R.G.C.F.*, 2017/4, p. 306).

légalité et de sécurité juridique<sup>170</sup>. Déjà dans un arrêt du 3 novembre 2000, elle avait affirmé que le droit à la sécurité juridique n'était « pas illimité » et devait, « *dans certaines circonstances*, céder devant le principe de la légalité »<sup>171</sup>. Dans une décision du 1<sup>er</sup> mars 2010, après avoir rappelé sa jurisprudence selon laquelle le citoyen ne peut « invoquer le droit à la sécurité juridique si celui-ci donne lieu à une politique contraire aux règles de droit »<sup>172</sup>, elle a nettement nuancé cette position<sup>173</sup>. Ce que reproche en effet la Cour au juge du fond dans cet arrêt, ce n'est pas d'avoir fait primer la sécurité juridique sur la légalité, mais de n'avoir pas tenu compte du fait que l'administration considérait que le permis de régularisation dont se prévalait un justiciable était illégal. Selon la Cour, le juge « appelé à apprécier une décision invoquée par le justiciable à des fins de sécurité juridique, mais considérée illégale par l'administration, est tenu d'examiner la mesure dans laquelle cette décision a suscité des attentes raisonnables » et, à cette occasion, « il est tenu d'avoir égard à la légalité de la décision litigieuse ». Et la cour de préciser que la « question de la légalité de la décision de régularisation peut être déterminante pour la sécurité juridique et les attentes raisonnables du justiciable »<sup>174</sup>.

Il est incontestable que le caractère légal ou non d'une décision dont un citoyen entend tirer des attentes qu'il juge dignes de protection est un élément important dans la balance d'intérêts que le juge doit effectuer entre légalité et sécurité juridique. Mais il convient qu'il effectue une telle balance d'intérêts et pas qu'il exclue d'office toute confiance légitime dans le chef d'un citoyen du seul fait qu'elle est fondée sur un acte illégal (ni, à l'inverse et comme l'a fait le juge du fond, qu'il fasse prévaloir la sécurité juridique sans se préoccuper de l'argument pris du

170. On relèvera qu'en matière pénale, l'illégalité de l'acte administratif permet à l'auteur de faits constitutifs d'une infraction d'invoquer le caractère invincible de l'erreur induite par cet acte, l'article 159 de la Constitution étant, selon la Cour de cassation, « dénué d'incidence » sur cette appréciation : « La présomption de connaissance de la loi ne permet pas d'affirmer que tout homme normalement raisonnable et prudent se serait aperçu des illégalités, imputables à l'administration, dont le permis était entaché » (Cass., 28 mars 2012, *Pas.*, I, p. 711 ; *J.T.*, 2012 et note F. Koning). Selon F. Koning, sans l'énoncer expressément, la Cour de cassation « fonde manifestement sa décision sur les principes généraux de bonne administration reconnu par elle » et plus spécifiquement sur « le droit à la sécurité juridique » (« Nul n'est censé ignorer la loi, mais peut valablement se fier à l'acte de l'autorité publique compétente », *J.T.*, 2012/21, n° 6481, p. 461).

171. Cass., 3 novembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, liv. 9, 1710 (nous soulignons). Elle a repris ce motif dans un arrêt rendu récemment (Cass., 10 mars 2016, R.G. n° F.14.0105.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be)).

172. Ce qui explique sans doute pourquoi P. Marchal considère, à tort selon nous, que cet arrêt confirme la « primauté de la loi sur les principes généraux du droit » (*Principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 44).

173. Cass., 1<sup>er</sup> mars 2010, *Pas.*, I, 644 et les concl. de l'avocat général Mortier.

174. *Ibid.*

principe de légalité). La Cour nous semble toutefois admettre explicitement que les principes de légalité et de sécurité juridique ont une valeur normative équivalente lorsqu'elle considère que les juges d'appel ont violé les dispositions légales visées au moyen en décidant « sans examiner la légalité de la régularisation ordonnée, d'écarter l'exception de l'illégalité du permis de régularisation au bénéfice de la sécurité juridique *qui, dans la hiérarchie des normes, est sur le même pied que la légalité des normes* »<sup>175</sup>.

50. Dans un arrêt récent, le Conseil d'État s'est référé explicitement à l'arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2010 de la Cour de cassation, qu'il cite in extenso pour souligner la nuance apportée à la règle selon lequel le principe de légitime confiance ne permet pas de justifier une action contraire à la loi. Dans cet arrêt, la haute juridiction administrative a admis que se prévale de ce principe une personne ayant introduit un recours administratif auprès du gouvernement en dehors du délai légal, mais dans celui erronément indiqué dans l'avis affiché prescrit par la loi à l'autorité communale. Dans un tel cas, « le juge peut constater, après avoir mis en balance les exigences de la loi et de la confiance légitime, que l'État de droit est mieux servi par le maintien de l'effet de l'indication administrative erronée qui a suscité la confiance que par l'application stricte de la loi formelle ; qu'il se doit d'avoir égard aux intérêts de toutes les parties et ne peut en aucun cas admettre une atteinte disproportionnée à la loi formelle »<sup>176</sup>.

On ne pourrait mieux résumer notre position : le juge doit effectuer une balance des intérêts en présence et se demander, dans chaque cas, quelle solution sert le mieux l'État de droit.

51. Dans le même sens, la Cour constitutionnelle raisonne à bon droit en termes de balance des intérêts et de proportionnalité lorsqu'elle vérifie qu'il n'a pas été porté une « atteinte excessive » au principe de confiance légitime par une modification législative dépourvue de régime transitoire<sup>177</sup> ou qu'elle recherche le « juste équilibre » entre « l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution » (principe de légalité) et « le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées » (principe de sécurité juridique), limitant les hypothèses de modulation dans le

175. *Ibid.* (nous soulignons).

176. C.E., arrêt n° 233.675, 1<sup>er</sup> février 2016, *J.T.*, 2016, p. 178. Dans cet arrêt, le Conseil d'État rappelle que, selon sa jurisprudence, « la violation du principe de légitime confiance suppose trois conditions, à savoir une erreur de l'administration, une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur et l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette reconnaissance ».

177. C.C., arrêt n° 121/2009, 16 juillet 2009, B.6.3 (nous soulignons).

temps des arrêts préjudiciels d'inconstitutionnalité aux cas dans lesquels « l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est *disproportionné* par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique »<sup>178</sup>.

52. Comment, dès lors, déterminer qui, du principe de légalité ou du principe de sécurité, doit prévaloir ? Il n'y a malheureusement pas de réponse toute faite à cette question pour la simple et bonne raison qu'il n'est ni possible ni opportun de hiérarchiser ces principes *a priori* et *in abstracto*. Le vainqueur doit se déterminer au cas par cas, en fonction des circonstances concrètes de la cause<sup>179</sup>. Car si le principe de légalité n'est pas absolu<sup>180</sup>, le principe de sécurité juridique ne l'est pas davantage<sup>181</sup>. Comme le relève A.-L. Valembois, la recherche d'un équilibre entre les principes de légalité et de sécurité juridique « est une quête permanente » et révèle, et ce n'est pas le moindre paradoxe du second principe, une « irréductible dose d'insécurité juridique »<sup>182</sup>.

Cela ne signifie pas qu'aucune balise ne peut être proposée, selon les matières. Ainsi, le fait que, dans certaines circonstances, un contribuable devrait pouvoir opposer à l'administration fiscale la confiance légitime que sa pratique antérieure a pu susciter dans son chef, même en cas d'illégalité de cette pratique<sup>183</sup>, ne lui confère pas un droit subjectif à bénéficier à l'avenir de cette pratique, mais pourrait, le cas échéant, justifier qu'il sollicite l'absence de régularisation pour les exercices passés ou de redressement pour l'exercice en cours, voire une période transitoire lui permettant d'éviter des conséquences qui pourraient se révéler catastrophiques à court terme<sup>184</sup>.

178. C.C., arrêt n° 125/2011, 7 juillet 2011, B.5.4 et B.5.5 (nous soulignons).

179. Sur l'imprévisibilité propre à l'application des principes généraux, particulièrement lorsqu'ils entrent en conflit, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, op. cit., pp. 501 à 519.

180. Comme l'a rappelé la Cour constitutionnelle dans son arrêt précité du 9 février 2012 (ci-avant, § 53).

181. Voy. not. C.C., arrêt n° 152/2007 du 12 décembre 2007, B.12.2, dans lequel la Cour souligne qu'en raison « de la généralité des lois et de la diversité des situations auxquelles s'appliquent les dispositions en cause, il ne peut être reproché au législateur, au nom de la sécurité juridique, de ne pas avoir établi, en l'espèce, des critères à ce point précis que le juge ne disposerait plus d'aucune liberté d'appréciation » (voy. égal. son arrêt n° 108/2006, 28 juin 2006, B.6.2).

182. A.L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique*, op. cit., p. 71.

183. À cet égard, toutes les illégalités ne doivent sans doute pas être mises sur le même pied. De même, il est incontestable que la bonne foi du sujet de droit est une condition de la légitimité de sa confiance.

184. Sur cette question, voy. égal. H. VANDEBERGH, « Le principe de légalité doit-il (parfois) céder face au principe de confiance légitime ? Une comparaison synthétique de la jurisprudence belge avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et

## Conclusion

53. Les principes de légalité et de sécurité juridique servent le même maître, l'État de droit, mais pas toujours de la même façon. La raison en est simple : ils ne combattent pas le même ennemi. Alors que le premier tend à prévenir l'arbitraire, le second aspire à limiter l'incertitude. Les deux principes requièrent que les règles soient claires et précises, mais cette double exigence n'a pas nécessairement la même portée. Ce qui compte pour le principe de légalité, c'est que l'action des pouvoirs publics soit suffisamment encadrée par ces règles. Ce qui importe au principe de sécurité juridique est que ces règles permettent aux sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leur comportement et que leur application ne trompe pas les attentes légitimes de ces derniers.

C'est là que le bât est susceptible de blesser. La prise en compte de la confiance suscitée par l'autorité publique requiert parfois de tolérer une illégalité. Plutôt que d'exclure d'emblée cette possibilité, le juge doit vérifier, comme le suggère le Conseil d'État, si l'État de droit est mieux servi par le maintien de l'illégalité qui a suscité la confiance que par l'application stricte de la loi formelle et ce, ayant égard aux intérêts de toutes les parties et sans admettre une atteinte disproportionnée à la loi formelle.

54. Les principes de légalité et de sécurité juridique sont donc bien des faux amis, dans le sens linguistique de termes qui présentent une ressemblance, mais ne possèdent pas le même sens. Faux amis, ils le sont également lorsqu'ils entrent en conflit, mais qu'on ne s'y trompe pas : c'est bien ensemble qu'ils œuvrent à garantir l'État de droit.

---

celle des Pays-Bas », *R.G.C.F.*, 2017/2, pp. 113 à 118.