

F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs: de sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle (1832-1914/1936)*, Université catholique de Louvain, Faculté de philosophie, arts et lettres, 2010, promoteur: Prof. Dr. X. Rousseaux; copromoteur: Prof. Dr. J.-P. Nandrin<sup>1</sup>

---

"Le droit fait œuvre politique et la politique trouve à s'exprimer dans le droit"<sup>2</sup>

Indépendant dans l'exercice de sa mission, le pouvoir judiciaire est, en Belgique, tributaire du pouvoir législatif pour son organisation et, très largement, du pouvoir exécutif pour son recrutement. Malgré la plus grande transparence en matière de nominations judiciaires introduite par la profonde réforme de la justice en 1998, justice et politique demeurent intrinsèquement liées. Ces

---

<sup>1</sup> Cette étude, couronnée par le prix Suzanne Tassier de l'Académie royale de Belgique, sera disponible aux éditions La Charte en mai 2011.

<sup>2</sup> F. Delperee, "Au nom de la loi", *Journal des Tribunaux*, 1975, no. 4922, p. 494.

interactions, récemment mises en lumière dans des affaires très médiatisées<sup>3</sup>, existent depuis la naissance de l'État belge. Elles sont au cœur de cette thèse qui examine la mise en application et l'évolution des règles constitutionnelles et légales régissant le pouvoir judiciaire sur le long dix-neuvième siècle en se focalisant sur la première juridiction judiciaire: la Cour de cassation.

Ce travail se décline en trois parties, abordant successivement chaque élément de ce triptyque que forment les pouvoirs constitués de l'État. Ainsi, ce panorama débute par l'examen des lois d'organisation judiciaire et leur impact sur la Cour de cassation. La seconde partie se penche sur les rapports exécutif/judiciaire à travers la question des nominations dans la magistrature qui relèvent, dans leur très grande majorité, de la compétence exclusive du pouvoir exécutif. Enfin, la dernière partie est consacrée à l'interprétation donnée par le pouvoir judiciaire – au travers essentiellement de la jurisprudence mais aussi des écrits des magistrats – du principe de séparation des pouvoirs.

Du point de vue méthodologique, une attention toute particulière a été consacrée à la notion d'effectivité des normes. Cette démarche, confrontant la théorie et la pratique, révèle une certaine distorsion entre la volonté du législateur et l'application concrète des textes légaux ainsi que le met en exergue la synthèse qui suit.

En 1814, la défaite napoléonienne prive la Cour de cassation de Paris de la partie septentrionale de son ressort. Après une période transitoire de seize mois durant laquelle les anciens Départements réunis sont partagés entre plusieurs gouvernements généraux, le traité de Vienne place ceux-ci sous contrôle hollandais. La loi d'organisation judiciaire du 18 avril 1827 institue, conformément au prescrit de la Constitution de 1815, une Haute Cour remplissant, entre autres, la fonction de cassation. Dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi de 1827, qui devait intervenir le 1<sup>er</sup> février 1831, les cours supérieures ont exercé cette fonction. Les deux cours supérieures sises dans les provinces méridionales du royaume – Bruxelles et Liège – ont ainsi exercé, sous le régime hollandais, la fonction de cassation, selon une procédure qui différait entre les deux ressorts, égratignant ainsi le principe d'égalité devant la loi posé par les révolutionnaires français.

En 1831, les Constituants belges renouent avec l'organisation judiciaire française et coiffent les différentes juridictions d'une Cour suprême dont la

---

<sup>3</sup>. On pense ainsi à l'Affaire *Fortis* dans laquelle des pressions gouvernementales ont été exercées sur la magistrature. À l'inverse, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 (affaire *Ferrara Jung*), qui reconnaît pour la première fois la responsabilité de l'État dans sa fonction législative, a fait crier le monde politique au gouvernement des juges.

mission première consiste à assurer l'unité d'interprétation du droit par le biais du contrôle de la légalité des actes du pouvoir judiciaire. La Cour est ainsi l'autorité indépendante chargée de veiller au respect des libertés autour desquelles catholiques et libéraux s'étaient accordés. Pour mener à bien cette mission, la Cour de cassation doit être unique, ce qui permet par la même occasion de renouer avec l'unité dans la procédure absente sous le régime précédent. Afin d'éviter que le gardien de la loi ne se mue en bourreau, les arrêts de la juridiction, par lesquels elle exerce la fonction de cassation, sont dépourvus de l'autorité de chose jugée et sont transmis à une juridiction de renvoi qui statue sur le fond. Ce souci d'assurer l'effectivité des libertés constitutionnelles explique l'élévation du judiciaire au rang de pouvoir constitué et les garanties particulièrement importantes dont il se voit entouré. Ainsi, la Constitution du 7 février 1831 proclame dans son article 25, l'égalité entre les trois pouvoirs: tous "*émanent de la nation*". Le judiciaire est donc reconnu comme un pouvoir, à l'instar et sur le même pied que le législatif et que l'exécutif. Son exercice est dévolu aux "*cours et tribunaux*" (art. 30), dont l'organigramme est emprunté à la législation impériale: justice de paix, tribunal de première instance, cour d'appel et cour de cassation. Sa mission: garantir aux citoyens le respect de leurs droits civils et politiques proclamés par la Constitution (art. 92 et 93). Cette dernière pose également les bases en matière de procédure: publicité des débats (art. 96), motivation des jugements (art. 97), rétablissement du jury pour les affaires criminelles, de presse et politiques (art. 98). Des garanties constitutionnelles entourent le juge et le rendent indépendant de l'exécutif: procédure de nomination aux fonctions supérieures du siège associant les trois pouvoirs et cooptation par le judiciaire pour les fonctions suprêmes (art. 99), inamovibilité de la magistrature assise (art. 100), traitements fixés par la loi (art. 102), interdiction de créer des tribunaux extraordinaires (art. 94), Cour de cassation instituée comme juge des conflits d'attribution entre le pouvoir judiciaire et l'administration (art. 106).

La Constitution est complétée par la loi d'organisation judiciaire du 4 août 1832. Les Constituants avaient pris soin de se départir du régime du provisoire qui avait caractérisé l'organisation judiciaire durant la période hollandaise. C'est pourquoi, ils contraignent le législateur à adopter les dispositions relatives à la Cour de cassation durant la première session législative. Cette obligation explique que la loi d'organisation judiciaire de 1832 soit principalement centrée sur la première juridiction du pays. Cette loi institue un régime spécial d'incompatibilités entre les fonctions judiciaires et politiques pour les membres de la Cour de cassation: ceux-ci ne peuvent pas être ministre ou parlementaire. En revanche, les magistrats des autres niveaux

de juridiction ne connaissent pas encore cette interdiction qui les touchera en 1848. La loi du 4 août 1832 importe également en droit belge le mécanisme français du référé législatif. Celui-ci fonctionne selon le principe suivant: si, après une première cassation, l'affaire revient devant la juridiction suprême en étant attaquée pour les mêmes motifs, celle-ci statue chambres réunies. En cas de nouvelle cassation, la procédure judiciaire est suspendue dans l'attente d'une loi interprétative. Cette interprétation est dite authentique c'est-à-dire qu'elle s'applique à tous les cas similaires avec effet rétroactif pour toutes les causes non définitivement jugées.

Tels sont les grands principes qui régissent le fonctionnement du pouvoir judiciaire au moment de sa mise en place. Si les emprunts à la Cour de cassation française sont nombreux, l'institution belge n'est pas pour autant une simple copie de son homologue d'outre-quiévrain. Rompant avec la conception française de la séparation des pouvoirs, les Constituants élèvent l'autorité judiciaire au rang de pouvoir constitué auquel ils confèrent, reprenant l'article 165 de la Constitution hollandaise, la sauvegarde des droits civils ainsi que celle, en dehors des exceptions légales, des droits politiques. La norme suprême de l'ordre juridique belge du dix-neuvième siècle confie également la solution des conflits d'attribution à la Cour de cassation qui exerce par-là un rôle de régulateur plus important que son équivalent français. Si toutes les deux sont compétentes pour le règlement des juges, c'est-à-dire un conflit interne à l'ordre judiciaire, l'instance belge est également compétente pour les conflits externes à l'ordre judiciaire, c'est-à-dire ceux mettant en cause l'administration. Autre spécificité de l'institution belge: le jugement des ministres, seule compétence sur le fond octroyée, par la Constitution, à la Cour de cassation.

Il se dégage, toutefois, de la pratique un sentiment d'incomplétude devant l'œuvre des Constituants provoqué par l'absence, sur le long dix-neuvième siècle, d'une loi instituant une procédure en règlement des conflits ou d'une loi sur la responsabilité pénale des ministres. En effet, la question des conflits d'attribution, malgré plusieurs appels et tentatives dans ce sens, n'est réglée qu'avec la loi du 23 décembre 1946 instituant le Conseil d'État. Le jugement des ministres ne connut une solution définitive qu'en 1998, cette compétence étant alors transférée aux cours d'appel. Le dix-neuvième siècle ne connut qu'un seul cas de jugement d'un ministre, impliquant le ministre de la guerre, Pierre Chazal, qui a donné lieu au vote d'une loi temporaire.

Les carences du législateur dans certains domaines ne doivent pas occulter le mouvement de professionnalisation et de spécialisation de la fonction de juger observé durant le dix-neuvième siècle. La professionnalisation se marque à différents niveaux de juridiction. À titre d'exemple, on peut mentionner

l'obligation faite, à partir de 1849, au juge de paix de détenir un diplôme en droit. À tous les niveaux de juridiction, les incompatibilités entre les fonctions judiciaires et les fonctions politiques sont renforcées. Dans les faits, ces dispositions en matière d'incompatibilités n'ont pas empêché la Cour de cassation de présenter longtemps un profil politique marqué. Restés pour certains très longtemps en fonction, les premiers magistrats de cassation avaient, en effet, pour la majorité d'entre eux, occupés des fonctions politiques de premier plan auxquelles leur nomination à la Cour suprême les avaient contraints de renoncer.

Certaines tentatives en vue d'une professionnalisation accrue de la magistrature ont échoué: ainsi en va-t-il de la professionnalisation de la présidence des tribunaux de commerce ou de celle du ministère public près les tribunaux de simple police qui ne seront concrétisées qu'avec le Code judiciaire de 1967. Ces deux suggestions avaient été réalisées aux cours des discussions préparatoires de la loi d'organisation judiciaire du 18 juin 1869. Cette loi était en gestation depuis 1853. Il s'agissait, à l'origine, d'élaborer un véritable Code d'organisation judiciaire. Une commission spéciale de magistrats, présidée par le procureur général près la Cour de cassation, Mathieu Leclercq, s'était attelée à la rédaction d'un texte relativement complet de près de cinq cents articles. Cette visée codificatrice s'essouffle au gré de la reprise du projet par les ministres de la justice successifs pour faire place à une coordination partielle. En effet, les innovations proposées par la commission de magistrats sont passées à la trappe tandis que la modification la plus significative apportée à l'organisation judiciaire – la mise à la retraite des magistrats à un âge déterminé – a été disjointe du projet initial par la majorité libérale, pressée de pourvoir aux nominations qu'engendrerait l'adoption de la loi. L'idée d'instaurer un âge de mise à la retraite des magistrats avait déjà été débattue au Congrès national et avait fait l'objet de plusieurs initiatives parlementaires par la suite: toutes ces tentatives s'étaient heurtées au prescrit constitutionnel. "*Les juges sont nommés à vie*" dit, en effet, l'article 100 de la Constitution qui renferme les principes d'immovibilité et d'irrévocabilité de la magistrature assise. La vie s'entend alors comme la vie physique. Cette interprétation très littérale de la Constitution ne manquait pas de poser problème lorsqu'un magistrat assis, devenu inapte, refusait de donner sa démission. Ce dernier était maintenu en fonction, protégé par l'article 100 de la Constitution qui perdait, dans cette hypothèse, sa fonction de garantie, pour le justiciable, de l'indépendance de la magistrature. En 1845, une première avancée – timide – est réalisée pour pallier cet inconvénient: d'initiative ou sur réquisition du ministère public, la Cour d'appel ou la Cour de cassation – selon la juridiction où siège le

magistrat concerné – peut rendre un jugement mettant à la retraite le magistrat qui n'aurait plus siégé pendant un an. Cette procédure ne connut que deux applications – l'une à la Cour de cassation, l'autre à la Cour d'appel de Gand – alors que le bon fonctionnement de la justice aurait réclamé un recours plus fréquent à cette législation. Les archives témoignent de la volonté de l'exécutif de requérir, plus souvent, des mises à la retraite mais celui-ci a dû s'abstenir devant l'annonce officielle, par la juridiction de jugement, d'un verdict en sens contraire. L'image de la justice aurait été profondément altérée par une division des pouvoirs judiciaire et exécutif sur la capacité d'un magistrat: qu'aurait pensé le justiciable confronté à un magistrat estimé inapte par l'exécutif et apte par le judiciaire? La loi du 25 juillet 1867 sur la mise à la retraite des magistrats apporte une double modification à la situation existante: elle supprime le délai d'un an sans siéger requis par la loi du 20 mai 1845 et, surtout, elle instaure un âge de mise à la retraite obligatoire (différent selon le niveau de juridiction). Si la loi du 25 juillet 1867 est sans conteste une loi de parti, il importe de souligner qu'elle était également dictée, d'une part, par la nécessité de contrer la résistance de la magistrature à la loi de 1845 et, d'autre part, par le vieillissement croissant des cadres de la magistrature auquel il devenait urgent de remédier.

Le long dix-neuvième siècle est également le témoin d'une spécialisation de la fonction juridictionnelle qui se manifeste essentiellement par la suppression du référé législatif en juillet 1865. La réforme est adoptée à l'unanimité par le Parlement et confère à la Cour de cassation le pouvoir de trancher définitivement, chambres réunies, le point de droit litigieux lorsqu'une cause revient pour la seconde fois devant elle. Il est à noter que la suppression du référé législatif est avant tout symbolique: dans la vingtaine de cas qui donnèrent lieu à l'application de cette procédure, le Parlement a, le plus souvent, calqué sa loi interprétative sur l'opinion émise par la Cour de cassation.

Jusqu'à une époque récente, le pouvoir exécutif détenait un large pouvoir d'appréciation dans les nominations judiciaires. À l'époque, tous les magistrats du parquet, les juges de paix et les juges des tribunaux de première instance sont directement nommés par le Roi. La Constitution institue un principe de présentations par un organe judiciaire et par un organe politique pour les fonctions de vice-présidents et de présidents des tribunaux de première instance ainsi que pour celles de conseillers (d'appel comme de cassation). Pour la Cour de cassation, les présentations sont faites par la Cour elle-même et par le Sénat. Pour les autres juridictions, elles sont faites par la Cour d'appel du ressort où la place est vacante et par un Conseil provincial du

ressort (selon un système d'alternance). Enfin, les fonctions supérieures du siège au sein des Cours sont régies par le principe de la cooptation: les Cours élisent leurs chefs (présidents de chambre et premier président).

Pour être nommés, les candidats doivent répondre, outre à la condition de nationalité posée par la Constitution, à trois conditions légales: un âge minimum, posséder un diplôme en droit et avoir une expérience minimale dans le domaine juridique. Ces conditions sont tellement lâches que le nombre de candidats est bien supérieur au nombre de places disponibles. Cette situation fit l'objet d'une critique récurrente stigmatisant les nominations de complaisance. Les exemples, qui ne peuvent être repris ici, sont légion. Ils témoignent de l'existence d'un pan occulte dans l'attribution des fonctions judiciaires où se manifestent les stratégies relationnelles destinées à perpétuer la société élitaires. Le capital social – et de façon connexe, la fortune – dont peut se prévaloir un candidat est un élément essentiel à son entrée et à son avancement dans la magistrature. Si les dossiers d'archives ont conservé les traces de ces pratiques, les mémoires inédits du conseiller de cassation, Louis Crahay, en offrent un témoignage privilégié puisque l'auteur explique sans détour la manière dont il fut nommé à chacune des fonctions qu'il occupa.

Crahay souligne la politisation croissante de la magistrature au cours du dix-neuvième siècle. La Cour de cassation est gagnée plus tardivement que les autres niveaux de juridiction par ce phénomène. C'est au cours des années 1890 que s'observe un changement dans les nominations à la Cour de cassation. Jusqu'alors, l'étude des nominations aux fonctions de conseiller de cassation mettait en lumière la longue prépondérance de la Cour dans le recrutement de ses membres assis qui transformait son droit de présentation en un "droit de cooptation". À côté de ce premier usage, qui disparaît à la fin du dix-neuvième siècle, il en existait un second visant au maintien d'un équilibre géographique entre les conseillers de cassation. Cette seconde pratique trouve son origine dans la mission de la Cour: gardienne de l'unité d'interprétation du droit, elle doit refléter l'unité nationale. L'application de cette dernière pratique fut laborieuse, le ressort de Gand étant longtemps sous-représenté à la Cour de cassation. Alors que les magistrats représentant les ressorts de Bruxelles et de Liège sont souvent natifs de ceux-ci et qu'ils y ont, la plupart du temps, passé l'intégralité de leur carrière avant d'atteindre la Cour de cassation, les magistrats de Gand présentent, jusqu'aux années 1890, un profil fort différent. Les magistrats nommés pour le ressort de Gand y sont nés puis ont réalisé leur carrière dans le ressort de Bruxelles ou nés à Bruxelles, ils sont brièvement passés par le ressort de Gand avant de retourner dans celui de Bruxelles. Cette situation, manifestement liée à de très

graves dissensions qui ont longtemps déchiré la Cour gantoise et qui ont eu pour conséquence que les candidats gantois ne pouvaient être nommés à la Cour de cassation, entraîne une nette surreprésentation de Bruxelles au sein de la juridiction suprême. Lorsque ces dissensions, qui ont duré trente ans, prennent finalement fin, il semble que l'habitude ait été prise d'accepter des critères plus souples pour les magistrats représentant le ressort de Gand. Cette pratique dans les nominations cesse brusquement: à l'occasion d'une présentation "gantoise", le Sénat, qui depuis des décennies calquait ses présentations sur celles de la Cour, se réapproprie subitement son droit de présentation. La Haute assemblée présente de "vrais" candidats Flamands que le Roi nomme. Ce revirement n'est pas fortuit: il s'opère au moment où la législation linguistique en matière judiciaire – initiée par la jurisprudence de la Cour d'appel de Bruxelles et par celle de la Cour de cassation – était en plein essor. Le Sénat est ainsi cohérent avec la législation à l'édiction de laquelle il participe. Dans les présentations ultérieures, s'imisce la question partisane: le Sénat présente, majorité contre opposition, des candidats catholiques tandis que la Cour de cassation présente des candidats libéraux. Dans les années 1890, la Cour de cassation voit ainsi, pour la première fois de son histoire, entrer en son sein des magistrats qu'elle n'avait pas présentés.

Les fonctions supérieures du siège de la Cour de cassation sont, sans surprise, attribuées aux plus anciens magistrats du siège. Les fonctions éventuellement occupées au parquet de cassation n'entrent pas en ligne de compte dans le calcul de l'ancienneté. Ces désignations sont donc marquées par un traditionalisme sans faille qui a, parfois, conduit à l'élection de magistrats au seuil de la retraite.

Enfin, après avoir étudié l'influence des pouvoirs législatif et exécutif sur le pouvoir judiciaire, il convient de se pencher sur l'interprétation de la séparation des pouvoirs donnée par la Cour de cassation. En cette matière, certains arrêts fondamentaux de la Cour sont méconnus, ce qui ne manque pas de fausser la compréhension de problématiques centrales telles que celle de la responsabilité de l'État dans sa fonction exécutive ou celle du contrôle de la légalité des actes du pouvoir exécutif par le pouvoir judiciaire. Ainsi qu'il l'a été dit plus haut, les Constituants belges ont fait la part belle au pouvoir judiciaire comme ne manque pas de le rappeler, dans le discours d'installation de la Cour de cassation, son premier président, Etienne de Gerlache, ancien président du Congrès national. Les arrêts rendus, dans les premières années de la Cour et sur les conclusions conformes du ministère public, le confirment:

"Attendu [...] que le Congrès National, en traçant la démarcation des différents pouvoirs, a voulu restituer au pouvoir judiciaire toutes ses véritables attributions, et faire disparaître les divers empiètements successivement introduits au profit du pouvoir administratif [...] Attendu que cette intention du pouvoir constituant est clairement manifestée dans le rapport fait par la section centrale [...] démontre bien évidemment que le pouvoir constituant a voulu, hors les cas où il juge le contraire absolument indispensable, faire disparaître ces anomalies en législation et cette confusion de pouvoirs qui transformeraient sans nécessité un administrateur en juge".<sup>4</sup>

Les arrêts condamnent la violation d'un droit civil ou d'un droit politique, quel que soit l'auteur du dommage. L'État en tant que puissance exécutive est donc, aux yeux de la Cour, un justiciable comme les autres. La juridiction suprême reconnaît également une large portée à l'article 107 de la Constitution, lequel fait un devoir aux cours et tribunaux de ne pas appliquer un acte du pouvoir exécutif contraire à la loi:

"Le principe consacré par l'article 107 de la Constitution [...] soumet aux Cours et tribunaux l'appréciation de la légalité de tout arrêté de l'autorité administrative qu'ils peuvent avoir à appliquer".<sup>5</sup>

Soudainement, en avril 1840, les mêmes magistrats de cassation, siège et parquet de concert, restreignent considérablement la portée des articles 92, 93 et 107 de la Constitution qui fondent la compétence du pouvoir judiciaire. Cette nouvelle jurisprudence, qui régira durant les quatre-vingts années suivantes les rapports entre le judiciaire et l'exécutif, est fondée sur des législations françaises qui n'avaient plus cours en Belgique. La période 1832-1840, que l'on qualifiera de "période constitutionnelle" car conforme à la loi fondamentale, n'est qu'extrêmement rarement évoquée: à quelques exceptions près, la doctrine, en ce compris les magistrats, tait complètement son existence, fournissant ainsi une image tronquée de l'interprétation donnée au principe de séparation des pouvoirs. Cette omission a pour conséquence que la jurisprudence belge du dix-neuvième siècle est considérée comme ayant été, dès ses débuts, dominée par des théories françaises relatives à la séparation des pouvoirs. Les juristes belges auraient été à ce point éblouis par les brillantes études doctrinales françaises qu'ils en auraient "oublié" les principes posés par la Constitution belge. Cette explication est insuffisante. La "période constitutionnelle" est complètement occultée. Or, cette brève période soulève deux questions très importantes: pourquoi ce brusque revirement survient-il en 1840 et pourquoi le siège et le parquet agissent-ils de

---

<sup>4</sup> Cass., 29 mars 1833, *Pas.*, 1833, I, p. 71-73.

<sup>5</sup> Cass., 14 octobre 1837, *Pas.*, 1837, I, p. 142.

concert? Il est curieux qu'aucune divergence d'opinion ne se soit manifestée sur un sujet d'une telle importance.

Cet étrange revirement, qualifié dans la littérature "d'automutilation du pouvoir judiciaire", s'explique davantage par la volonté manifestée par le pouvoir judiciaire de préserver son indépendance et de ne pas entraver le contrôle parlementaire de la responsabilité ministérielle à un moment où la lutte entre partis s'exacerbe. Beaucoup étaient persuadés que la signature du Traité des XXIV articles marquait la fin de l'unionisme et qu'une nouvelle ère allait débiter: celle d'un "vrai" régime parlementaire. Le premier gouvernement homogène venait précisément de voir le jour en avril 1840, peu avant le premier arrêt de rupture. Cette double problématique – indépendance du pouvoir judiciaire et responsabilité ministérielle, laquelle est la clé de voûte du système parlementaire – est omniprésente dans les arrêts de la Cour et dans les écrits ultérieurs de ses membres. Les magistrats de cassation étaient très sensibles à ces questions: plusieurs d'entre eux ont été membres du Congrès national, certains sont les rédacteurs de la Constitution.

La même préoccupation de préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. La Cour décline là aussi sa compétence, voulant préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette volonté de protéger le pouvoir judiciaire se comprend d'autant plus qu'à l'époque le système d'incompatibilités entre une fonction judiciaire et politique était encore très limité.

Le revirement jurisprudentiel opéré en 1840 a eu pour conséquence d'introduire en droit belge une distinction d'origine française entre l'État puissance publique et l'État personne civile. Le premier, agissant comme pouvoir souverain, ne peut voir sa responsabilité mise en cause, même en cas de lésion d'un droit civil ou politique d'un citoyen. Le second, fournissant à l'État puissance publique les moyens matériels nécessaires à son action, agit comme un particulier et est, de ce fait, responsable de ses actes. Dorénavant, les cours et tribunaux se déclarent uniquement compétents pour juger l'État personne civile, déboutant les citoyens confrontés à l'État puissance publique. La seule possibilité d'action pour ces derniers est le recours gracieux devant l'administration. La distinction entre ces deux facettes de l'État n'a pas toujours été aisée entraînant des contradictions de jurisprudence que certains auteurs, hostiles à cette distinction, ne manqueront pas de mettre en exergue.

Cette nouvelle jurisprudence entraîne également une division de la doctrine, soucieuse d'offrir un recours juridictionnel aux citoyens confrontés à l'État puissance publique. Les uns appellent à la création d'une juridiction administrative similaire au Conseil d'État français, les autres souhaiteraient

que ce contentieux ressorte de la compétence du pouvoir judiciaire. La plupart des tenants de la "solution judiciaire" exhortent le législateur à adopter une loi rendant le pouvoir judiciaire compétent en la matière, les autres – moins nombreux mais plus audacieux – appellent le pouvoir judiciaire à modifier sa jurisprudence. En 1920, la Cour de cassation, par son célèbre arrêt *La Flandria*, coupe court au débat en revenant à sa jurisprudence des premiers temps de l'Indépendance. Ce revirement intervient alors que le processus de révision de la Constitution alors en cours prévoyait la création d'un Tribunal des conflits, institution d'inspiration française chargée de trancher les conflits entre l'ordre judiciaire et administratif, et d'une juridiction administrative destinée à pallier les déclarations d'incompétence du pouvoir judiciaire face à l'État puissance publique et qui aurait été également compétente pour l'annulation des actes administratifs illégaux. La juridiction administrative serait venue sanctionner constitutionnellement le principe de la dualité de l'État tandis que le Tribunal des conflits aurait privé la Cour de cassation de son rôle historique de juge des conflits d'attribution. La Cour de cassation revient, ainsi, à sa jurisprudence des années 1830 au moment précis où se font entendre les balbutiements du processus d'extension et de spécialisation de la fonction juridictionnelle qui conduira à doter chaque pouvoir étatique d'une juridiction contrôlant son respect des lois, de la Constitution et, depuis le célèbre arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation de 1971, des normes supranationales directement applicables en droit interne; un contrôle de légalité que la Cour de cassation revendiqua sans succès.

Cette étude met ainsi en lumière la dynamique incessante entre les pouvoirs: l'influence logique de l'œuvre du législateur sur le travail du juge ou de l'exécutif dans les nominations mais également l'influence de la jurisprudence sur le processus d'édiction des lois.

Françoise Muller  
francoise.muller@uclouvain.be