

La responsabilité civile pour la faute du législateur

Anno 2020

1. *La Flandria, Anca, Ferrara*. Tel pourrait être le vers à déclamer par tout juriste un peu poète lorsqu'il entreprend de se promener dans les contrées brumeuses de la responsabilité extracontractuelle de l'État, l'un de ces endroits où se rencontrent et dialoguent le droit public et le droit privé. C'est au terme d'un processus de près d'un siècle que la Cour de cassation a abouti à ce vers de neuf pieds — un ennésyllabe — caractérisé par une assonance au charme douteux. Après avoir reconnu dès 1920 que l'article 1382 du Code civil s'appliquait à l'État dans sa fonction d'administrer¹, la haute juridiction a poursuivi le mouvement, plus récemment, en considérant que la même disposition s'appliquait aussi à l'État dans ses fonctions de juger² et, enfin, de légiférer³.

L'objet de la présente contribution consiste à évoquer le troisième temps de cette valse inaugurée avec l'arrêt *La Flandria* dont on fête aujourd'hui les cent ans⁴. Il s'agit de faire le point, *anno 2020*, sur la question — délicate, mais stimulante — de la responsabilité civile de l'État pour la faute commise par le pouvoir législatif. À vrai dire, le sujet a déjà suscité tant d'études approfondies et de commentaires exhaustifs de la jurisprudence pertinente que l'espace réservé au sujet dans la présente édition du *Journal* permettrait tout juste d'en établir une bibliographie un peu sérieuse⁵. Le lecteur ne s'étonnera dès lors pas de ne trouver ici qu'un essai de synthèse accompagné de quelques modestes réflexions sur certains enjeux de la matière.

2. Au départ d'un questionnement sur la fonction législative de l'État, nous reviendrons sur le contexte dans lequel la possibilité de mettre en cause la responsabilité civile de l'État-législateur a émergé en droit belge (1). Nous tenterons ensuite de présenter à grands traits le régime juridique qui, en droit positif, est applicable à cette figure (2).

1 L'émergence de la responsabilité de l'État-législateur

3. Se demander si l'État peut être tenu de réparer les dommages qu'il cause en commettant des fautes dans l'exercice de sa fonction législative, c'est d'abord s'interroger sur le rôle de l'État contemporain et du législateur en son sein. Légiférer consiste fondamentalement à établir les règles juridiques générales et abstraites⁶. Dans les États caractérisés par un régime représentatif, voire démocratique, la norme adoptée par le pouvoir législatif — la loi — est classiquement réputée être l'expression de la volonté générale⁷. À propos des lois produites par le législateur, on attend non seulement qu'elles soient adaptées aux attentes de la majorité des individus qui composent la société, mais aussi qu'elles soient aptes à régir des situations diverses et complexes, qui ne sont d'ailleurs pas toujours aisément prévisibles. Plus que toute autre institution de l'appareil étatique, le pouvoir législatif est celui qui se saisit de ce qu'il croit être la bonne norme (autrement dit, celle qu'il considère comme moralement préférable) pour l'imposer à tous sous la forme d'un prescrit juridique et ainsi créer le cadre normatif dans lequel se produisent les interactions humaines.

4. L'idée que le pouvoir législatif, dans l'exercice de cette mission fondamentale, puisse commettre une faute et que celle-ci, lorsqu'elle est à l'origine d'un dommage, engage la responsabilité civile de l'État a longtemps paru inconcevable. Régulièrement cité pour démontrer cette affirmation, l'extrait suivant d'un arrêt de la Cour de cassation de 1845 est édifiant : le dommage subi, « étant le fait de la loi, ne peut donner ouverture à l'action en dommages-intérêts, en vertu des articles 1382 et suivants du Code civil »⁸. Parmi d'autres exemples

(1) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

(2) Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316.

(3) Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 594.

(4) J. WILDEMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 », in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, Liège, Anthemis, 2009, pp. 231-280.

(5) On se borne dès lors ici à fournir une liste exemplative, dans l'ordre alphabétique, en se limitant à une seule par auteur et en omettant, par souci de concision, les références citées ailleurs dans les notes : A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet », in X., *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme - Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 851-866 ; E. DE KEZEL, « Het risico op aansprakelijkheid van de overheid voor fouten van de wetgever », *R.W.*, 2009-2010, pp. 130-148 ; B. DE VUYST, « Responsabilité des pouvoirs publics pour des lois inadéquates ou inexistantes », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 513-521 ; R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in X., *Mélanges offerts à P. Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 287-304 ; C. LENOIR, « La responsabilité de la puissance publique du fait de la fonction de légiférer — Application en matière fiscale », *Ann. fis.*, 2009, pp. 4-8 ; E. MAES,

« Het Hof van Cassatie over de fout van overheidsorganen : streng, strengst... », *T.B.P.*, 2007, pp. 547-553 ; M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825-846 ; P. MOREAU, « L'arrière judiciaire à la croisée des pouvoirs — Réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.G.A.R.*, 2007, n° 14241 ; K. MUYLLE, « Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering : democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten ? », in A. ALEN et J. VAN NIEUWENHOVE (dir.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Bruges, die Keure, 2008, pp. 137-172 ; E. ORLANDO, « Responsabilité du législateur pour une norme déclarée inconstitutionnelle par un arrêt préjudiciel de la Cour d'arbitrage », *R.G.C.F.*, 2004, pp. 58-66 ; P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout : een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1726-1729 ; A. RENSON-VANDER STICHELE et A. ERZSOHAVY, « Le contrôle juridictionnel des actes des assemblées législatives : de l'immunité à la soumission ? », in X., *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 663-691 ; M. RIGAUX, « Éloge de la modestie publique - Réflexions en marge des arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 concernant la responsabilité ci-

vile de l'État pour les fautes commises par le pouvoir législatif », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 196-209 ; S. RONSE, « De Wetgevende Macht : even aansprakelijk als ander of toch niet ? », *T.F.R.*, 2003, pp. 563-564 ; P. SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'État législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; H. SIMONART, « L'obligation de légiférer adéquatement », in X., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1429-1439 ; Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics : le pouvoir public mis en cause : révolution ou simple évolution ? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1526 et s. ; M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir — Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation *Église universelle du Royaume de Dieu et F.J.* », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554-1564 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 367-421 ; J. VANDEN BRANDEN, « Heeft wetgever onrechtmatig gehandeld wanneer wet in strijd is met hogere norm ? », *R.A.G.B.*, 2010, pp. 1264-1265 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *T.v.W.*, 2006, pp. 400-416 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée

au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, pp. 2-16 ; C. VERBRUGGEN, « Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid : de aansprakelijkheid van de Staat wegens de uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht », *R.A.G.B.*, 2007, pp. 323-332 ; H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever. Van Europees recht naar Belgisch recht : een (te) grote stap ? », in X., *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2005, pp. 123-204 ; A. WIRTGEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever : geen eenheid van grondwettigheid en fout », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 292-298.

(6) C'est-à-dire les normes de droit qui ont vocation à s'appliquer à toutes les personnes — ou à des catégories abstraitement définies de personnes — et à toutes les occurrences de la situation réglée. Voy., par exemple, R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1^{er}, Paris, Sirey, 1920, p. 289.

(7) J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, en particulier, livre 2, chapitre 6.

(8) Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, I, p. 392, ici p. 409. Dans les conclusions qui précèdent cet arrêt, le procureur général Leclercq avait estimé que le fait que le dommage litigieux était une conséquence de la loi « dispense de tout développement ». *Idem*, p. 404.

qu'on pourrait trouver dans la littérature du XIX^e siècle, on relève que François Laurent n'hésitait pas à affirmer, sans nuance, que « le pouvoir législatif est irresponsable. Obéissance est due à la loi, alors même qu'elle léserait les droits individuels »⁹. Ces considérations reposaient sur une « foi apologetique en l'infailibilité du législateur »¹⁰, héritée notamment des thèses de Jean-Jacques Rousseau et des préceptes de la Révolution française.

Cette foi a manifestement été ébranlée. Ce qui paraissait jadis impossible – la mise en cause de la responsabilité de l'État-législateur – est aujourd'hui largement admis. L'évolution s'inscrit toutefois dans un contexte plus large, qui associe un phénomène global de désacralisation du législateur¹¹ (n° 5) et une tendance à la juridictionnalisation de la responsabilité de toutes les autorités publiques, dont l'arrêt *La Flandria* est le point de départ (n° 6).

5. Le législateur et son produit — la loi — ont perdu l'aura d'antan. Si cette observation dépasse l'ordre juridique belge, elle s'y confirme par nombre d'évolutions juridiques intervenues au cours des dernières décennies. *Primo*, le législateur n'est plus un : la fédéralisation progressive du Royaume de Belgique a multiplié le nombre d'entités habilitées à produire des normes législatives (des lois, mais aussi des décrets et des ordonnances) et a, par la même occasion, relativisé la position de chaque législateur. Cette relativisation est par ailleurs accentuée par le développement du pouvoir législatif de l'Union européenne, qui, en pratique, prive les législateurs nationaux d'une part du champ dans lequel ils pourraient eux-mêmes produire des normes. *Secundo*, la norme législative n'est depuis longtemps plus juridiquement inattaquable. L'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation, dont on ne doit pas rappeler l'importance ici, permet aux juridictions, depuis un demi-siècle, d'écarter les normes législatives qui ne sont pas conformes à des règles de droit international directement applicables¹². Plus tard, l'instauration de la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, a ouvert la possibilité d'annuler des normes législatives inconstitutionnelles. *Tertio*, en parallèle des évolutions qu'a connues le droit interne, il en est d'autres, tout aussi importantes, à observer dans le champ du droit international et, particulièrement, du droit européen. Sans même évoquer le développement considérable de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, produisant de multiples obligations qui pèsent notamment sur les législateurs nationaux, on se borne à rappeler ici que la Cour de justice de l'Union européenne juge qu'en matière de responsabilité de l'État, ce dernier est « considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif »¹³. Le droit de l'Union européenne a donc reconnu, il y a plusieurs décennies déjà¹⁴, le principe de la responsabilité de l'État pour la faute commise par le pouvoir législatif. Globalement, les trois mouvements sommairement évoqués ici ont provoqué l'abandon définitif de l'idée d'infailibilité du législateur et créé le terrain dans lequel l'arrêt *Ferrara* de la Cour de cassation allait pouvoir germer.

6. Par ailleurs, cette terre déjà riche a pu être fertilisée par une tendance à la juridictionnalisation globale de la responsabilité des pou-

voirs publics. L'arrêt *La Flandria*, mis à l'honneur dans le présent numéro, est le point de départ jurisprudentiel d'une évolution profonde dans cette direction. Dans ce célèbre arrêt, la Cour de cassation affirme que la mission de protéger les droits civils, qui est confiée aux cours et tribunaux, se conçoit sans égard « ni à la qualité des parties contentieuses, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion du droit, mais uniquement à la nature du droit lésé »¹⁵. Au fond, cet extrait – si on venait à le considérer de façon isolée et anachronique – pourrait déjà apparaître comme une reconnaissance globale de la responsabilité de l'État, y compris dans sa fonction législative. L'argument classique selon lequel le principe de séparation des pouvoirs empêcherait les cours et tribunaux de « juger les contestations où l'État est intéressé » est aussi déjà écarté dans l'arrêt *La Flandria*¹⁶. Les mêmes phrases ont été répétées à maintes reprises dans la jurisprudence avant d'être appliquées, à partir de 1991, aux cas où la responsabilité de l'État est questionnée à la suite d'un dommage causé par le pouvoir judiciaire¹⁷. Il ne manquait alors plus qu'un quart de siècle avant que la Cour de cassation, mue par les mêmes considérations majeures, n'achève le mouvement entamé en 1920.

7. En effet, dès lors que la faillibilité des législateurs était entrée dans les mœurs et que la compétence des juridictions civiles pour condamner l'État à réparer les dommages causés par la faute de l'État était largement reconnue, « la subsistance d'un bastion d'immunité au profit de la troisième fonction de l'État » devenait — comme le relève Sébastien Van Drooghenbroeck — « éminemment problématique »¹⁸. Au cours des dernières années du XX^e siècle, on a ainsi vu apparaître, dans la jurisprudence des cours et tribunaux, de premières applications de l'article 1382 du Code civil à l'État-législateur¹⁹. La Cour de cassation a quant à elle franchi le pas dans un arrêt du 1^{er} juin 2006 ; elle y a jugé que « les principes de séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir législatif et des membres du Parlement ne signifient pas que l'État puisse de manière générale être dispensé de ses obligations de réparer les dommages causés à un tiers par une faute du Parlement »²⁰. En l'espèce, qui concernait de prétendus dommages causés par les propos d'une commission parlementaire d'enquête sur les sectes, la Cour de cassation a certes donné raison aux demandeurs qui opposaient, à l'application des règles du Code civil, l'article 58 de la Constitution. La voie de la reconnaissance de la responsabilité de l'État-législateur était néanmoins clairement empruntée, ce qui a été confirmé, quatre mois plus tard, avec l'arrêt *Ferrara*²¹.

2 Le régime de la responsabilité de l'État-législateur

8. La Cour de cassation a donc « extrapolé sa jurisprudence relative à la responsabilité des pouvoirs publics du fait de la fonction exécutive ou de la fonction juridictionnelle à la responsabilité du fait de la fonction législative »²², pour placer la « dernière pièce du puzzle »²³. Il

(9) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XX, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 438, n° 418. Un siècle plus tard, la même position est reprise par Michel Leroy, avec cette fois des nuances qui montrent un début d'évolution : si le législateur « garde le droit de porter atteinte au particulier, même inéquitablement, ce n'est que pour autant que la loi ait voulu léser ce particulier, ou que ce qu'elle a voulu ne puisse se faire sans le léser » (M. LEROY, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1978, pp. 321-329, ici p. 322).

(10) J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433-439, ici p. 434.

(11) Ce phénomène s'inscrit d'ailleurs dans un mouvement plus ample de « désublimation de la puissance publique » (P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2007, pp. 43 et s.).

(12) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(13) C.J.U.E., aff. jointes C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996, *Factortame III & Brasserie du Pêcheur*, *J.T.D.E.*, 1996, p. 111, paragraphe 34.

(14) Voy. C.J.U.E., 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, I, p. 5357.

(15) Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, ici p. 239.

(16) Sur la question de la séparation des pouvoirs, voy. la contribution de S. Van Drooghenbroeck dans le présent numéro spécial.

(17) Les points forts du raisonnement de la Cour de cassation développés dans l'arrêt *La Flandria* et rappelés ci-dessus se retrouvent ainsi explicitement dans l'arrêt *Anca* qui concerne le pouvoir judiciaire (Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 316).

(18) S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in

D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-394, ici p. 336. Comme le relevait le premier avocat général Jean-François Leclercq, dans ses conclusions précédentes de l'arrêt du 28 septembre 2006, « [d]ans l'état actuel de la législation, on ne peut admettre que le législateur échapperait à l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil puisqu'aucune disposition constitutionnelle ou légale ne dispense le pouvoir législatif qui causerait à autrui un dommage dans l'exercice de sa fonction, de réparer ce dommage en vertu de l'obligation prévue par ces articles » (*J.T.*, 2006, p. 596).

(19) À titre d'exemples, parmi les premières décisions pertinentes, voy. Civ. Bruxelles, 15 janvier 1976, non publié, mais cité par M. LEROY, « La responsabilité de l'État législateur », *J.T.*, 1978, pp. 321-329, ici p. 328 ; Liège, 25 janvier 1994, *Pas.*, 1993, II,

p. 50 ; C.T. Liège, 6 avril 1995, *C.D.S.*, 1995, p. 337, obs. J. JACQMAIN.

(20) *J.T.*, 2006, p. 599.

(21) On peut considérer, avec M. Verdussen et J. van Compennolle, que l'arrêt du 1^{er} juin 2006 ne concerne pas la responsabilité du pouvoir législatif à proprement parler, mais d'un organe qui contribue au pouvoir législatif (le Parlement) et qui agissait en l'espèce dans sa fonction de contrôle (J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arriéré judiciaire », *J.T.*, 2007, pp. 433-439, ici pp. 433-434). L'arrêt *Ferrara* du 28 septembre 2006 apporte donc bien un enseignement complémentaire et fonde véritablement la responsabilité civile de l'État-législateur.

(22) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 280.

(23) B. DUBUISSON et S. VAN DROO-



s'agit d'appliquer le droit commun fondé sur les articles 1382 et 1383 du Code civil à l'État-législateur ; autrement dit, l'État est tenu de réparer le dommage qui est causé par une faute commise par le législateur.

Le tournant pris par la Cour de cassation en 2006 a fait craindre une profusion de condamnations de l'État pour la faute du législateur, phénomène qui aurait pu être nuisible pour l'activité du législateur et coûteuse pour les finances publiques. En pratique, malgré le bouleversement sur le plan des principes et le prononcé de quelques décisions importantes²⁴, une telle tendance ne s'est pas matérialisée²⁵. Sans doute peut-on considérer avec d'autres que « l'hésitation générale que l'on doit constater est surtout l'expression de l'agitation causée par la rupture de l'ordre connu et traditionnel »²⁶. L'idée de contrer l'évolution jurisprudentielle et ses conséquences redoutées par une révision de la Constitution a connu un certain succès un temps²⁷, mais n'a pas été suivie d'effets et semble ne plus être à l'ordre du jour²⁸. Les travaux qui visent à refondre le Code civil et qui portent notamment sur les dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle esquissent au contraire — dans leur dernier état disponible — une confirmation explicite du *statu quo* juridique. Dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi, on peut en effet lire que le texte proposé « ne prévoit pas de régime dérogatoire concernant la responsabilité de l'État pour faute du pouvoir législatif » et qu'il a été « jugé préférable de ne pas introduire de dérogation aux règles générales de responsabilité »²⁹. L'égalité de traitement des personnes morales, privées et publiques, et des personnes physiques est explicitement affirmée par l'article 5.144 de l'avant-projet, même si celui-ci prévoit une réserve pour le cas où l'application des règles serait « incompatible avec la nature de la personne morale »³⁰. Certes, le chantier de la réforme du Code civil demeure, dans cette matière, encore grand ouvert, mais on n'y voit pas poindre le régime de responsabilité objective de l'État que certains ont appelé de leur vœu³¹.

C'est donc la jurisprudence développée depuis 2006 — spécialement quelques maigres arrêts de la Cour de cassation — qui place les balises du régime applicable à la responsabilité de l'État-législateur, sans toutefois offrir un cadre clair. On ne peut, dans ces quelques pages, s'étendre sur les notions de lien causal et de dommage, mais il paraît utile de refaire le point sur la notion de faute, appliquée au législateur. Nous proposons de nous demander, successivement, si la faute correspond à la violation par le législateur d'une règle juridique qui s'impose à lui (A), si une telle violation peut exister sans produire une faute (B) et si — inversement — une faute peut se concevoir alors que le législateur n'a pas violé de règle juridique (C).

A. La violation et la faute

9. La violation par le législateur d'une règle de droit qui s'impose à lui semble être l'archétype de la faute qu'on puisse lui reprocher. Il est dès lors tentant de mettre en exergue la théorie dite de l'unité de la faute

et de l'illégalité (ici, plutôt de la faute et de l'inconstitutionnalité ou de l'inconventionnalité). Dans les conclusions qui précèdent l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006, le premier avocat général Leclercq paraît avoir emprunté cette voie. Il y affirme en effet que « lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire est valablement saisie sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil d'une demande en responsabilité fondée sur la méconnaissance par le législateur des règles constitutionnelles et que cette méconnaissance a été sanctionnée par l'annulation de la loi (...), la juridiction de l'ordre judiciaire doit nécessairement décider, en raison de l'autorité *erga omnes* qui s'attache à pareille décision d'annulation (...), que le législateur (...) a commis une faute (...) »³². Autrement dit, la violation de la norme supérieure entraînerait *ipso facto* — sans laisser de marge d'appréciation au juge de la responsabilité — le constat qu'une faute a été commise. C'est sans doute aussi cette perspective qui conduisait Francis Delpérée à se demander si un arrêt de la Cour constitutionnelle serait « un fusil à deux coups »³³ : un coup pour annuler la norme législative (ou au moins constater son inconstitutionnalité) et un autre pour enclencher l'action en responsabilité civile³⁴. Dans le cadre de cette brève contribution, nous nous bornons à évoquer la compétence des juridictions pour constater, respectivement, la violation et la faute (n° 10) et la nature de la relation entre les deux concepts (n° 11).

10. S'il y a un lien (qui, nous verrons, n'est pas insécable) entre la faute du législateur, d'une part, et la violation d'une norme qui s'impose à lui, d'autre part, ce ne sont cependant pas nécessairement les mêmes juges qui constatent la première et la seconde. Le juge de la responsabilité, celui qui peut condamner l'État à réparer le dommage causé par sa faute, est nécessairement, aux termes de l'article 144 de la Constitution, une juridiction judiciaire. Cette dernière, il est vrai, peut aussi considérer qu'une norme législative viole une règle de droit international directement applicable — la même juridiction est alors juge de la faute et de la violation — mais elle ne peut pas faire de même lorsqu'il est prétendu que la norme législative est inconstitutionnelle : sauf, dans certains cas, en ce qui concerne les ordonnances³⁵, une intervention préalable de la Cour constitutionnelle est requise³⁶ — la faute et la violation sont alors appréciées par deux juges différents.

11. Les quelques arrêts prononcés par la Cour de cassation au sujet de la responsabilité de l'État-législateur n'offrent pas d'enseignement limpide sur la nature du lien entre la violation d'une norme qui s'impose au législateur et la faute de ce dernier. Il apparaît néanmoins, comme le relève un des plus grands spécialistes de la question, que la place pour la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité est « résolument modeste »³⁷. Cette position repose notamment sur un arrêt du 30 avril 2015, dans lequel la Cour de cassation a jugé que, « sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de la responsabilité, le législateur commet une faute lorsqu'il prend une réglementation qui méconnaît une norme de droit communautaire

GHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801-808.

(24) Voy. notamment, à propos des conditions de détentions dans les prisons bruxelloises, Civ. Bruxelles, 4^e ch., 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 414-427.

(25) Voy. notamment l'analyse — au titre évocateur — de S. VERSTRAETEN, « Aansprakelijkheid bij vaststelling van een ongrondwettige lacune ; wanneer blaffende honden niet bijten », *T.v.W.*, 2017, pp. 213-232.

(26) P. POPELIER et C. ROGULA, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, perspectives de droit comparé », in D. RENDERS, *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 435-468, p. 467.

(27) Voy. la déclaration de révision du 2 mai 2007 qui comportait une proposition de réviser l'article 144 de la Constitution « en ce qui concerne la responsabilité de l'État sous tous

aspects, et ce à la lumière de la violation des pouvoirs » (*M.B.*, 2 mai 2007). L'intention avait été répétée à la fin de la législature suivante (déclaration de révision de la Constitution du 7 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010).

(28) On n'a pas non plus, en sens inverse et comme le suggère notamment Yves Lejeune, constitutionnalisé le principe de la responsabilité civile du législateur « pour contraindre ce dernier à assumer une telle responsabilité et à respecter les conséquences qui en découleraient » (Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 289).

(29) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, p. 52. Le document, signé par plusieurs professeurs d'université et daté du 22 août 2018, est disponible sur le site Internet du SPF Justice, à l'adresse suivante : <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. On peut aussi y lire qu'« il n'a pas été jugé pertinent de modifier le régime de responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction d'administrer, de juger ou de légiférer. On a estimé préférable de laisser à la ju-

risprudence le soin de faire évoluer les solutions, si nécessaire » (Exposé des motifs, p. 7).

(30) L'article 5.146 en projet reprend les principes fondamentaux de l'actuel article 1382 en les reformulant ; il abandonne notamment le terme « homme » et lui préfère la notion de « personne », qui permet d'inclure de façon plus évidente les personnes morales, notamment de droit public.

(31) Si cette voie était suivie, toute violation d'une norme supérieure qui provoque un dommage engendrerait de plein droit la responsabilité de l'État (voy. notamment Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 289 ; T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de Staat voor ongrondwettige wetgeving – Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 653-678, ici pp. 675 et s.).

(32) *J.T.*, 2006, p. 599.

(33) F. DELPÉRÉE, « La responsabilité extracontractuelle du fait des lois, vue de l'intérieur », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 439-478, ici

p. 475.

(34) Un autre auteur a pu considérer que le constat de violation dans un arrêt d'annulation constitue en soi une faute, alors qu'il reste une marge de manœuvre pour le juge de la responsabilité quand le constat est posé dans un arrêt sur question préjudicielle (P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (dir.), *Actualités en droit public et administratif - La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-37, ici p. 37).

(35) Voy. l'article 9 de loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

(36) Voy., par exemple, Civ. Bruxelles, 4^e ch., 6 novembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1479-1485.

(37) S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », *J.T.*, 2018, pp. 600-603, ici p. 601.



lui imposant de s'abstenir d'agir de manière déterminée, de sorte qu'il engage sa responsabilité civile si cette faute est cause d'un dommage »³⁸. Dès lors, seule la violation de certaines règles juridiques hiérarchiquement supérieures — celles qui imposent de s'abstenir de manière déterminée, dans l'espèce évoquée, ou d'agir de manière déterminée, dans d'autres cas, impliquerait automatiquement une faute civile. Cet enseignement, qui renvoie aux distinctions opérées dans le droit commun de la responsabilité civile, semble être également promu par la Cour constitutionnelle³⁹. L'arrêt de la Cour de cassation de 2015 s'inscrit ainsi dans la ligne d'un autre, prononcé le 10 septembre 2010, qui affirme qu'un constat d'inconstitutionnalité opéré par la Cour constitutionnelle ne signifie pas nécessairement qu'une faute existe au sens de l'article 1382⁴⁰. Ceci implique résolument que la violation peut se concevoir sans la faute.

B. La violation sans la faute

12. Il y a lieu de distinguer plusieurs hypothèses où la violation d'une norme qui s'impose au législateur n'emporte pas nécessairement une faute. Le premier cas constitue le négatif de celui que nous avons évoqué au point précédent, c'est-à-dire la situation où la norme jugée violée n'impose pas d'agir ou de s'abstenir d'une façon déterminée (n° 13). On discutera ensuite de l'hypothèse où les effets d'une norme inconstitutionnelle sont maintenus (n° 14), puis de celle où il n'est pas possible de constater la violation d'une norme supérieure à défaut de juge compétent (n° 15).

13. Si on ne reconnaît qu'une portée relative à la théorie de l'unité de la faute et de l'illégalité, on doit considérer que le constat de violation par le législateur d'une norme qui le lie ne correspond pas en soi à une faute lorsque cette norme ne lui impose pas d'agir ou de s'abstenir d'une façon déterminée. Ceci soulève deux questions : comment distingue-t-on ces normes-là des autres, d'une part, et comment procède-t-on pour rechercher l'existence d'une faute, si elle requiert autre chose que la violation d'une règle de droit ?

La première question nous confronte au problème classique et inépuisable du sens clair des normes juridiques. Parmi celles qui s'imposent au législateur, il existerait des normes moins précises que les autres. Une contribution récente et passionnante de Toon Moonen développe de précieuses considérations théoriques sur ce sujet⁴¹. Le cas des articles 10 et 11 de la Constitution est régulièrement pris en exemple, mais il cristallise aussi toute la complexité du débat. En effet, la ques-

tion de savoir si le principe d'égalité et de non-discrimination, fondé sur ces dispositions, impose au législateur d'agir de façon déterminée, est controversée. Pour certaines juridictions⁴², rejointes par une partie de la doctrine⁴³, la question appelle une réponse positive ; mais la position inverse est également soutenue tant par une partie de la jurisprudence⁴⁴ que par des auteurs⁴⁵. Par ailleurs, on peut aussi considérer qu'une même norme implique des obligations déterminées à l'égard de certaines situations, mais n'a pas une telle portée dans l'absolu. En outre, le caractère déterminé ou non d'une règle est susceptible d'évoquer avec le temps et l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence, comme l'indique un arrêt récent de la cour d'appel de Bruxelles⁴⁶.

La seconde question n'est pas beaucoup plus facile à trancher. Pour ce qui concerne les cas où le constat de violation n'emporte pas automatiquement une faute, on doit rechercher ce qui pourra convaincre le juge de la responsabilité qu'une faute a éventuellement été commise. Puisque le droit commun de la responsabilité civile est applicable, c'est le standard du législateur prudent et diligent, placé dans les mêmes conditions, qui émerge alors. La faute serait à rechercher dans le comportement du législateur autour de l'adoption d'une norme (ou de l'abstention à en adopter une). Sébastien Van Drooghenbroeck a prudemment avancé certains éléments qui pourraient être pris en compte, comme le fait que le législateur ait ignoré un avis critique de la Section de législation du Conseil d'État⁴⁷ ou que la violation de la norme qui s'imposait au législateur ait été considérée comme manifeste par la juridiction compétente⁴⁸. Vu le flou qui règne à ce sujet, chaque juge de la responsabilité pourra avoir une appréciation propre du caractère fautif ou non de la violation par le législateur d'une norme qui s'impose à lui. Comme le constate Sarah Verstraelen, « het vage en onbepaald criterium van de zorgvuldige huisvader [vereist] een subjectieve invulling door de feitenrechter. Hierdoor vergroot het risico op tegenstrijdige rechtspraak en rechtsonzekerheid ; niet elke feitenrechter zal immers eenzelfde afweging maken, zodat een ongrondwettigheid in de ene casus wel als een fout zal worden bestempeld, maar in een andere gelijkaardige casus niet »⁴⁹.

14. Par ailleurs, le lien entre la faute du législateur et la violation d'une norme qui s'impose à lui se brouille dans les cas où la Cour constitutionnelle décide d'en maintenir les effets⁵⁰. De nombreux auteurs estiment que, dans ces circonstances, la violation ne peut être le déclencheur de la responsabilité extracontractuelle de l'État⁵¹. C'est aussi ce qui ressort notamment d'une jurisprudence récente en matière fiscale⁵². Mais il y a des voix discordantes dans la littérature⁵³ et un arrêt

(38) Cass., 30 avril 2015, RG n° C.120637.F, *Pas.*, 2015, I, p. 1077.

(39) Cette dernière a en effet jugé que, « quelle que soit la nature de la personne dont la responsabilité est mise en cause, la faute devant être démontrée par la partie qui soutient que le comportement de l'auteur de l'acte qui lui a causé un dommage consiste soit en une violation d'une norme légale ou réglementaire imposant un comportement ou une abstention d'agir suffisamment déterminés, soit, en l'absence d'une telle norme, en une violation d'une norme générale de conduite enjoignant d'agir comme le ferait une personne normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions » (C. const., 19 juillet 2018, n° 106/2018, B.7.).

(40) Arr. Cass. 2010, liv. 9, p. 2135. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que « [l]a décision prise par la Cour constitutionnelle dans le cadre d'une question préjudicielle, qu'une disposition légale est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution n'implique pas encore qu'il est établi que le législateur a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. La responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de

condamner l'État sur la base d'un acte illicite » La Cour a ensuite ajouté que « [l]e simple renvoi à un arrêt de la Cour constitutionnelle qui a décelé lors d'une question préjudicielle une contrariété entre la loi et la Constitution sur la base de l'état du droit au moment où elle a statué, ne suffit pas comme appréciation propre ».

(41) T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de Staat voor ongrondwettige wetgeving – Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 653 et s.

(42) Liège, 25 avril 2013, *R.A.C.B.*, 2015, 15140.

(43) Sarah Verstraelen estime que les articles 10 et 11 de la Constitution imposent au législateur un comportement déterminé et que le fait que le législateur dispose d'une marge d'appréciation n'altère pas cette affirmation (S. VERSTRAELEN, « Aansprakelijkheid bij vaststelling van een ongrondwettige lacune ; wanneer blaffende honden niet bijten », *T.v.W.*, 2017, pp. 213-232, ici pp. 216-218).

(44) Voy. notamment Civ. Bruxelles, 4^e ch., 25 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 1667-1677 ; C.T. Bruxelles, 6^e ch. bis, 22 octobre 2018, *CDS*, 2019, pp. 155-157.

(45) Patricia Popelier et Cezary Rogula considèrent que c'est le seul enseignement qu'on peut tirer de l'arrêt de

la Cour de cassation de 2010 : « la seule violation, par le législateur, des articles 10 et 11 de la Constitution, ne suffit pas à établir l'existence d'une faute » (P. POPELIER et C. ROGULA, *op. cit.*, p. 438).

(46) Bruxelles, 2^e ch., 14 novembre 2019, RG n° 2017/AR/1514, inédit.

(47) En ce sens, voy. notamment, Bruxelles, 2^e ch., 14 novembre 2019, RG n° 2017/AR/1514, inédit.

(48) S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-393, ici p. 374.

(49) S. VERSTRAELEN, *op. cit.*, p. 216. Dans la même veine, l'avocat-général Werquin s'est demandé « [c]omment justifier que les justiciables se voient appliquer les effets d'une norme déclarée inconstitutionnelle ou s'en trouvent exonérés, selon la décision du juge qu'ils ont saisi » (concl. avocat général Werquin, Cass., 20 novembre 2014, RG n° C.13.0435.F.).

(50) On pourrait discuter de la question de savoir si le maintien des effets fait disparaître la faute ou si c'est davantage le lien causal entre la faute et le dommage, voire le dommage lui-même, qui est concerné.

(51) Voy. notamment P. POPELIER, « Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever », *R.W.*, 2006-2007, pp. 243-262, ici pp. 258-259 ; S. GUILLIAMS, « Discriminatoire bevoend wetgeving houdt niet noodzakelijk een fout van de wetgever in », *T.F.R.*, 2011, pp. 199 et s., ici p. 201.

(52) Voy. notamment Anvers, 6^e ch. B, 23 septembre 2019, RG n° 2018/AR/532. Cette décision est notamment commentée par L. KELL, « L'annulation par la Cour constitutionnelle d'une disposition légale fiscale avec maintien de ses effets pour le passé implique-t-elle que l'État belge (le législateur fiscal) a commis une faute et qu'il est responsable du dommage causé ? », *Cour. fisc.*, 2019, pp. 626-630.

(53) Certains auteurs estiment par exemple que la responsabilité de l'État pourrait être engagée, mais que seule une réparation par équivalent pourrait être ordonnée, à l'exclusion d'une réparation en nature (A. FEYT et F. TULKENS, « L'impact du maintien des effets par le juge constitutionnel ou le juge administratif sur les questions de responsabilité », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (dir.), *Actualités en droit public et droit administra-*



du Conseil d'État, si on l'interprète par analogie, suggère aussi une conclusion différente⁵⁴.

15. Enfin, on doit encore ajouter que, pour une partie des normes qui s'imposent au législateur, le droit positif ne fournit aucun moyen pour constater leur éventuelle violation, ce qui pourrait immuniser le législateur contre une action en responsabilité. Ainsi, on sait que la majorité des dispositions de la Constitution ne peuvent pas servir de normes de référence pour la Cour constitutionnelle, dont le pouvoir de contrôle connaît des angles morts⁵⁵. Le juge de la responsabilité ne devient pas pour autant compétent pour constater une violation de la Constitution par le législateur et en déduire éventuellement une faute. Dès lors, on peut considérer que « [l']illégalité subsiste en ce cas sans qu'une faute puisse être invoquée »⁵⁶. Face à cette situation, on pourrait éventuellement considérer que l'article 1382 viole le principe d'égalité en ce qu'il ne permet pas d'obtenir des réparations pour les dommages qui résultent de la violation de certains articles de la Constitution, alors que cette possibilité existe lorsque d'autres dispositions sont violées. L'arrêt n° 99/2014 de la Cour constitutionnelle⁵⁷, appliqué par analogie, a pu inspirer cette idée⁵⁸, à laquelle nous ne nous rallions toutefois pas⁵⁹. Il nous semble en effet que le caractère limité de la compétence de la Cour constitutionnelle est le fruit d'un choix du constituant qu'il convient d'intégrer dans l'appréciation de cette question.

C. La faute sans la violation

16. Dès avant les arrêts de 2006 de la Cour de cassation, le professeur Maes considérait que le juge de la responsabilité pourrait, même en dehors du cas de la violation d'une norme juridique qui s'impose au législateur, rechercher sa faute éventuelle en appliquant le critère du législateur normalement prudent mis dans les circonstances concrètes identiques et disposant de la même marge d'action politique⁶⁰. À cet égard, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010 mentionne explicitement le critère du « législateur normalement prudent et diligent ». Même si la portée de ces mots est incertaine, la Cour de cassation ne semble pas exclure la voie d'une faute indépendante de la violation d'une norme et la considération que les articles 1382 et 1383

s'appliquent de la même façon à tous les pouvoirs encourage à concevoir cette hypothèse. La possibilité qu'une faute existe indépendamment de la violation d'une règle juridique se confirme aussi dans la jurisprudence⁶¹.

Cette perspective suscite toutefois une difficulté importante : si les repères sont déjà flous quand il s'agit d'apprécier la faute en lien avec la violation d'une norme qui s'impose au législateur, ils sont ici encore plus évanescents. Au regard de la nature de la fonction législative, que nous avons rappelée précédemment, le juge de la responsabilité qui cherchera à établir une faute du législateur indépendamment d'un constat de violation du droit « côtoiera de très près une frontière que le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit de franchir »⁶². En effet, si ce n'est pas le droit positif qui sert de référence, ce sont alors des considérations morales qui prennent le relais — ce qu'incite d'ailleurs à faire la notion de législateur normalement prudent, inspirée du bon père de famille d'autrefois. Or, quand la production législative n'est pas incompatible avec le droit constitutionnel ou international, qui d'autre que le législateur lui-même, avec sa plénitude de compétence (qui est certes aujourd'hui relativisée), peut apprécier son adéquation par rapport à un idéal moral — ou plutôt des idéaux moraux⁶³ ? En 1978, après avoir rappelé le rôle essentiel du pouvoir judiciaire pour empêcher le législateur de faire ce qui lui est interdit, Michel Leroy ajoutait ceci : « dire si le législateur a été prudent ou imprudent, négligent ou attentif, (...) [c]'est instaurer sur le pouvoir législatif un contrôle non plus de compétence, mais de fond. Il ne s'agira plus seulement de savoir si ce qu'il a fait lui était permis ou non : il s'agira de savoir s'il a bien fait ce qui lui était permis, ou s'il l'a mal fait. C'est en fonction de l'opinion que lui, juge, se ferait de la manière dont il conviendrait que le législateur travaille qu'il serait amené, le cas échéant, à prononcer une condamnation »⁶⁴. Est-ce insensé d'encore penser, *anno 2020* et malgré la désacralisation que le législateur a subie entretemps, qu'une telle perspective paraît difficilement compatible avec la manière dont la Constitution répartit les fonctions entre les institutions ?

Frédéric BOUHON
Professeur à l'Université de Liège

tif. *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 93-124, ici pp. 122-124). Voy. aussi la position nuancée de

K. MUYLLE, « Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 525-558, ici p. 556.

(54) C.E., arrêt n° 225.912 du 19 décembre 2013 (tout en décidant de maintenir les effets de l'acte qu'il annule, le Conseil d'État affirme qu'en « toute hypothèse, le requérant dispose d'une éventuelle action en dommages et intérêts à charge des pouvoirs publics s'il établit que l'illegalité de la prime litigieuse engage la responsabilité civile de la partie adverse à son égard »).

(55) Voy. l'article 142 de la Constitution et l'article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. La Cour ne peut pas non plus sanctionner la non-exécution d'une obligation de légiférer basée sur un article de la Constitution, comme l'article 11 bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État

(M. VERDUSSEN, « La responsabilité du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS

(dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 395-433, ici p. 402).

(56) P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », in F. TULKENS et J. SAUTOIS (dir.), *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-37, ici p. 37.

(57) C. const., 30 juin 2014, arrêt n° 99/2014. Dans cet arrêt à double dispositif, la Cour a jugé que l'article 1382 du Code civil ne viole pas le principe d'égalité et de non-discrimination s'il est interprété

« comme n'empêchant pas que la responsabilité de l'État puisse être engagée en raison d'une faute commise, dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, par une juridiction ayant statué en dernier ressort tant que cette décision n'a pas été retirée, rétractée, réformée ou annulée (...) ». Voy. aussi C. const., 23 février 2017, arrêt n° 29/2017, et notre commentaire F. BOUHON, « La Cour de cassation face à sa propre faute », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1050-1055.

(58) S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in

D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-394, ici p. 350.

(59) Dans le même sens, M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 395-433, ici p. 404.

(60) G. MAES, « Algemene zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *NjW*, 2004, pp. 398-404, ici p. 402.

(61) Voy. notamment Civ. Bruxelles, 4^e ch., 25 février 2016, *J.L.M.B.*, 2016, pp. 1667-1677.

(62) S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-394, ici p. 380.

(63) Un passage des conclusions de l'avocat général Leclercq, qui précèdent l'arrêt du 28 septembre 2006, est particulièrement intéressant : « quand le législateur s'abstient sans plus de légiférer sans qu'une règle

quelconque l'incite à le faire, il me paraît difficile de retenir la responsabilité du législateur. Les Cours et tribunaux risquent dans ce cas de s'imiscer dans l'exécution de la fonction législative. Néanmoins, il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir alors qu'il y a péril, n'agit pas en bon père de famille. Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement » (*J.T.*, 2006, p. 599). On ajoutera que même dans ces hypothèses, l'obligation d'agir qui pèse sur l'État pourra souvent être basée sur des règles de droit ; on pense par exemple à l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui, tel qu'il est interprété par le Cour européenne des droits de l'homme, impose aux États d'agir face à certains risques pour prévenir des décès prévisibles. On se permet de renvoyer notamment à des réflexions que nous avons formulées ailleurs à ce sujet : F. BOUHON, « Le risque et la Cour européenne des droits de l'homme. Premières esquisses d'une réflexion sur le risque à l'aune des droits fondamentaux », *R.D.L.F.*, 2019, n° 46.

(64) *Ibidem*.