

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La séparation des pouvoirs en Belgique et au Canada

Mertens, Romain

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Mertens, R 2019, 'La séparation des pouvoirs en Belgique et au Canada: comparaison au prisme de la responsabilité du législateur', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, numéro 3-4, pp. 199-516.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La séparation des pouvoirs en Belgique et au Canada : comparaison au prisme de la responsabilité du législateur

Romain Mertens¹ – Assistant et doctorant à l'Université de Namur

RÉSUMÉ

La séparation des pouvoirs est un principe central du droit constitutionnel. Son rôle est déterminant dans la construction du régime de responsabilité des pouvoirs publics. En Belgique, la Cour de cassation a élaboré un régime complet de responsabilité de l'État du fait des pouvoirs exécutif, judiciaire et législatif. Tel n'est pas le cas dans tous les États, notamment au Canada, où la responsabilité des pouvoirs judiciaire et législatif paraît inenvisageable. Cet article s'intéresse en particulier au pouvoir législatif. Il examine l'influence de la conception de la séparation des pouvoirs sur le développement de la responsabilité du pouvoir législatif en Belgique et au Canada. Il montre que les deux systèmes juridiques ne partagent pas la même approche de la séparation des pouvoirs. Alors que les pouvoirs sont égaux en Belgique, tel n'est pas le cas au Canada. La séparation des fonctions semble également plus marquée outre-Atlantique. Enfin, l'influence des droits fondamentaux et du droit européen a joué un rôle dans le développement de la responsabilité du législateur belge.

SAMENVATTING

De scheiding der machten staat centraal in het staatsrecht. Deze regel speelt een doorslaggevende rol bij de uitwerking van het stelsel van overheidsaansprakelijkheid. In België heeft het Hof van Cassatie een alomvattend regime van overheidsaansprakelijkheid uitgewerkt dat geldt voor de uitvoerende, de rechterlijke en de wetgevende macht. Dit is niet zo in alle landen, zoals Canada waar de aansprakelijkheid van de rechterlijke en de wetgevende macht niet denkbaar lijkt. Dit artikel besteedt in het bijzonder aandacht aan de wetgevende macht. Het bestudeert de invloed van de wijze waarop de scheiding der machten wordt opgevat op de uitwerking van de aansprakelijkheid van de wetgevende macht in België en Canada. Het toont aan dat beide rechtsstelsels een andere visie huldigen op de scheiding der machten. Daar waar de staatsmachten op gelijke manier worden bekeken in België, is dit niet het geval in Canada. Het onderscheid tussen de functies lijkt prominenter te zijn aan de overkant van de Atlantische Oceaan. Ten slotte, blijkt dat de invloed van de fundamentele rechten en vrijheden evenals van het Europees recht een rol hebben gespeeld op de ontwikkeling van de aansprakelijkheid van de Belgische wetgevende macht.

I. Introduction

La séparation des pouvoirs est un principe « central »² du droit constitutionnel, notamment en ce qui concerne la

responsabilité civile de l'État. En Belgique, c'est presque la seule matière qui a amené la Cour de cassation à théoriser la séparation des pouvoirs, qui est un « principe essentiel et irremplaçable d'un État de droit démocra-

1 L'auteur remercie les Professeurs Yseult Marique, Hendrik Vuye et Stéphanie Wattier pour leurs précieux commentaires.

2 A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012/4, p. 123.



tique »³. Depuis cent ans, la Cour de cassation a construit un régime (presque) complet de responsabilité civile de l'État, dans ses fonctions exécutive, juridictionnelle et législative. Pourtant, cette responsabilité ne va pas de soi dans tous les États démocratiques. Ainsi, au Canada, si la responsabilité du pouvoir exécutif est admise, la mise en cause des pouvoirs judiciaire et législatif continue de paraître inenvisageable. Dans cet article, l'on analyse les différences entre les conceptions belge et canadienne de la séparation des pouvoirs que la responsabilité du législateur révèle.

Cette contribution étudie donc la séparation des pouvoirs en Belgique et au Canada au départ de la responsabilité du législateur⁴. L'objectif est de montrer, d'un point de vue de théorie du droit, comment la conception de la séparation des pouvoirs influence la responsabilité de l'État, et singulièrement celle du législateur. Il est ainsi possible de mener une réflexion sur la séparation des pouvoirs en Belgique aujourd'hui. Le choix d'une comparaison belgo-canadienne s'explique par plusieurs raisons. Les deux États sont fédéraux⁵ et ont un système parlementaire. En revanche, seule la Belgique est soumise à la juridiction contraignante de deux cours internationales : la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme⁶. Par ailleurs, la Belgique est un pays de droit romain, tandis que le droit public canadien est de *common law*⁷. Dans ces caractéristiques, l'on trouve donc des similarités et des différences pour élaborer une comparaison. L'on pourra ainsi montrer que la séparation des pouvoirs se caractérise, dans le domaine de la responsabilité de l'État, par une grande souplesse en Belgique, à l'inverse de ce qui prévaut au Canada.

Dans un premier temps (II), l'on présente succinctement l'évolution du droit belge (II.A) de la responsabilité de l'État, avant de la confronter au droit canadien (II.B.), pour mettre en exergue les similarités et différences dans le régime de responsabilité de l'État. Dans un second temps (III), l'on analyse, sous trois angles différents, comment la conceptualisation de la séparation des pouvoirs justifie l'(in)existence de la responsabilité du législateur dans les deux systèmes juridiques étudiés. Dans ce cadre, l'on s'intéresse aux rapports hiérarchiques entre pouvoirs (III.A), à la séparation des fonctions (III.B) et à l'influence de l'essor des droits fondamentaux et de la supranationalité (III.C) sur la séparation des pouvoirs. L'on clôt l'article par une réflexion sur le renforcement du pouvoir judiciaire belge, mis en évidence par la comparaison (IV).

II. La responsabilité de l'État en Belgique et au Canada

Ce point esquisse d'abord la responsabilité de l'État en droit belge (A), avant de la contraster avec les règles en vigueur en droit canadien (B). L'on souhaite montrer les grandes caractéristiques de la responsabilité de l'État et non entrer dans les nombreuses controverses doctrinales qui ont pu animer la matière⁸. Cet état des lieux nous permet d'analyser les conséquences de la séparation des pouvoirs sur la seule responsabilité du législateur, dans la suite du présent article (voy. *infra*, point III).

3 A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, p. 235.

4 En ce qui concerne la responsabilité du fait du juge, l'on renvoie à la magistrale étude réalisée par F. BOUHON et M. LACROIX, « L'irresponsabilité du pouvoir judiciaire : fondement et mise à l'épreuve de l'immunité judiciaire en droits québécois et belge », *R.D.I.D.C.*, 2013/3, pp. 387-486.

5 Voy. not. la comparaison synthétique effectuée par J. POIRIER, « Les fédérations belge et canadienne : essai de comparaison synthétique et systématique », *Rev. dr. ULB*, 2009, 39, pp. 13-32.

6 Bien que membre de l'Organisation des États américains, le Canada n'a pas adhéré à Convention américaine relative aux droits de l'homme est n'est donc pas soumis à la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Sur cette question, voy. M. BALCORTA et P.-G. BÉLANGER, « Le droit de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : une obligation moderne pour le Canada », *Revue générale de droit*, 2019, pp. 85-129.

7 Le droit privé canadien dépend des provinces. Il est donc d'origine civiliste au Québec et de *common law* dans les autres provinces.

8 Pour une synthèse de la matière en Belgique, voy. A. VAN OEVELEN, *Overheidsaansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2020 ; D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XXIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016. L'on renvoie également à A.-L. DURVIAUX, *Principes de droit administratif*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 477-510 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 » in J. SAUTOIS et F. TULKENS, *Actualités en droit public et administratif. La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 7-38 ; P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIRET, *Éléments de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 431-445 ; C. DOYEN-BIVER, A.-L. DURVIAUX, D. FISSE et J. SOHIER, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Waterloo, Kluwer, 2010 ; J. WILDERMEERSCH, « La responsabilité des pouvoirs publics : valse à trois temps sur un air de 1382 » in B. KOHL (dir.), *Droit de la responsabilité*, Limal, Anthémis, 2009, pp. 231-280 ; H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE et L. WYNANT, *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, La Chartre, 2004.



A. Cent ans de responsabilité de l'État belge

En Belgique, le droit constitutionnel connaît un revirement jurisprudentiel lorsque, dans l'arrêt *La Flandria*⁹, la Cour de cassation revient sur le principe d'immunité civile de l'État, établi depuis 1831¹⁰. Le revirement n'est certes pas brutal¹¹. Ainsi, le pouvoir judiciaire était déjà compétent pour juger l'État lorsqu'il agissait en tant que personne privée – le *dominium* –, mais non lorsqu'il faisait usage de la puissance publique – l'*imperium*¹². Par ailleurs, la Cour de cassation naviguait depuis plusieurs décennies en eaux troubles, oscillant entre l'immunité et la responsabilité de l'administration¹³. Dans l'arrêt *La Flandria*, en quelques attendus, la Cour opte pour la responsabilité civile extracontractuelle de l'administration :

« Attendu que la Constitution a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des “contestations qui ont pour objet des droits civils” (art. 92) ; Attendu que, par ces termes, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code civil et les lois qui le complètent, et confié aux cours et tribunaux la mission de réparer les atteintes portées à ces droits ; Qu'en vue de réaliser cette protection, la Constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé ; Qu'en conséquence, dès lors qu'une per-

sonne qui se dit titulaire d'un droit civil allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation et il est qualifié pour ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice, même au cas où l'auteur prétendu de la lésion serait l'État »¹⁴.

Le raisonnement repose sur l'article 144 (92 à l'époque) de la Constitution, qui dispose que le pouvoir judiciaire est compétent pour toute contestation ayant pour objet un droit civil. Inspirée par l'exaltation nationale d'après-guerre¹⁵, la Cour de cassation rejette la conception française de la séparation des pouvoirs, datant de la monarchie absolue, selon laquelle les tribunaux ne peuvent juger des litiges impliquant l'État. La Cour se fonde sur la nature civile du droit à la réparation et refuse de considérer que la qualité des parties ou la nature de l'acte fautif peut être un obstacle à sa mise en œuvre. En raisonnant ainsi, la Cour se dispense d'une intervention législative, pourtant souhaitée par certains¹⁶. En conséquence, l'article 1382 du Code civil est applicable au pouvoir exécutif¹⁷. Sur cette base, l'évolution qui a suivi était « inéluctable »¹⁸.

Initialement, la prise de décision par l'administration ne pouvait engager la responsabilité de l'État, mais l'exécution de cette décision le pouvait si une faute était commise¹⁹. La responsabilité en raison de l'activité réglementaire de l'État a été admise en 1963²⁰ et confirmée par

9 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I., pp. 239-240.

10 Le principe avait notamment été rappelé dans un arrêt de la Cour de cassation de 1845, voy. Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I., p. 392.

11 B. DUBUISSON, « En guise de conclusions : La Flandria, un arrêt centenaire mais toujours vert... », *J.T.*, 2020, p. 774.

12 Cette distinction est abandonnée suite à deux arrêts de la Cour de cassation, en 1917 et 1920. Voy. Cass., 5 mars 1917, *Pas.*, 1917, I., p. 118 ; Cass., 29 avril 1920, *Pas.*, 1920, I., p. 127.

13 Voy. les conclusions du Procureur général précédent l'arrêt, Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, concl. P.G. Leclercq, pp. 193-239. A titre d'exemple, un arrêt de 1900 reconnaît la responsabilité de l'administration suite à un accident avec les grues du port d'Anvers en se basant sur la *nature* de l'acte fautif, voy. Cass., 25 mai 1900, *Pasic.*, 1900, I., p. 266. En 1835, le procureur général auprès de la cour d'appel de Bruxelles indiquait que « si ce que [l'administration] a ordonné, défendu ou exécuté, porte atteinte à des propriétés ou aux droits légitimement acquis à des particuliers, ceux-ci seront fondés à exiger un juste dédommagement ; ils auront, à cette fin, une action contentieuse, et cette action sera nécessairement de la compétence du pouvoir judiciaire » (J. FERNELMONT (proc. gén.), « Sur l'étendue du pouvoir judiciaire considéré dans les limites qui, d'après la constitution, le séparent de la puissance exécutive ou administrative », *M.B.*, 5 novembre 1835, disponible sur Digithémis).

14 Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I., pp. 239-240.

15 F. MULLER, « *Flandria* : aux racines du mythe », *J.T.*, 2020, p. 731.

16 P. LECLERCQ (proc. gén.), *Du pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1911, pp. 32-34 (disponible sur Digithémis).

17 Dans cette espèce, il s'agissait de la commune de Bruges, donc d'une autorité administrative décentralisée.

18 M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à l'ivresse de 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, p. 1558.

19 Voy. not. Cass., 11 mai 1933, *Pas.*, 1933, I., p. 222. Cette jurisprudence est abandonnée 30 ans plus tard, voy. J. DABIN, « La responsabilité de l'Administration à l'égard des usagers de la voirie », note sous Cass., 7 mars 1963, *R.C.J.B.*, pp. 93-115.

20 Cass., 26 avril 1963, *Pas.*, 1963, I., p. 905. Voy. J. DABIN, « La responsabilité de l'Administration dans l'exercice de la fonction réglementaire », *R.C.J.B.*, 1963, pp. 119-129.



la suite²¹. Par ailleurs, en 1982, la théorie de l'unité de l'illégalité et de la faute a été consacrée, sous réserve de l'erreur invincible de l'administration²². Un régime global de responsabilité de l'État du fait du pouvoir exécutif a donc été construit au fil du temps par la Cour de cassation : l'État peut être responsable pour toute faute commise dans l'exercice du pouvoir exécutif, qu'elle soit posée à l'occasion d'un fait juridique, d'un acte administratif individuel ou d'un acte réglementaire.

Il faut attendre septante ans pour qu'en 1991, la Cour de cassation ouvre une seconde brèche dans le principe de l'immunité de l'État avec l'arrêt *Anca*²³. Elle consacre la responsabilité civile de l'État dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle²⁴. Selon la Cour :

« les principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats qui le composent, ainsi que de l'autorité de la chose jugée n'impliquent pas que l'État serait, d'une manière générale, soustrait à l'obligation, résultant des dispositions légales précitées, de réparer le dommage causé

à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'administration du service public de la justice, notamment dans l'accomplissement des actes qui constituent l'objet direct de la fonction juridictionnelle »²⁵.

Cette avancée prétorienne²⁶ sauvegarde l'immunité personnelle du juge, puisque c'est l'État qui est poursuivi et non le juge. En effet, la responsabilité personnelle du juge ne peut être mise en cause que dans les limites très strictes de la procédure judiciaire de la prise à partie²⁷ ainsi qu'en cas d'infraction pénale qu'il commettrait²⁸. Ces deux éléments font que l'immunité du juge est dite relative et non pas absolue²⁹.

Comme pour le pouvoir exécutif, les hypothèses de faute du pouvoir judiciaire sont celles du droit commun. Bien que « [*de*] omschrijving van de ambtsfout van een magistraat is vrij klassiek te noemen »³⁰, certains considèrent que la violation d'une norme juridique imposant au magistrat un comportement précis ou une abstention est difficile à envisager³¹. On peut toutefois songer à l'obligation de ne pas violer le secret de l'instruction ou de ne pas statuer

21 Voy. not. Cass., 23 avril 1971, *Pas.* I, p. 682 ; Cass., 19 décembre 1980, *Pas.* 1981, I, p. 453.

22 Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1086 ; D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité du fait d'administrer : vue d'ensemble » in D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics – XXIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 41. Plus récemment en jurisprudence, voy. Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 555. Voy. aussi D. DE ROY, « La responsabilité quasi délictuelle de l'administration : unité ou dualité des notions d'illégalité et de faute ? » in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Chartre, 2007, pp. 67-81.

23 Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42. Pour une synthèse sur le pouvoir judiciaire, voy. F. BOUHON et B. LAGASSE, « La responsabilité de l'État pour le fait du juge. De l'arrêt *Anca* à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014 » in F. GLANSDORFF, *Droit de la responsabilité – Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 239-266.

24 L'on parle de fonction juridictionnelle plutôt que de pouvoir judiciaire, dans la mesure où une juridiction n'appartenant pas au pouvoir judiciaire, comme le Conseil d'État ou la Cour constitutionnelle, est également susceptible d'engager la responsabilité de l'État. La doctrine évoque également le « service public de la justice », voy. K. STANGHERLIN, « La responsabilité de l'État du fait du service public de la justice », *R.G.D.C.*, 2002, p. 502-525. Sur les enjeux terminologiques de la responsabilité de l'État, voy. F. AUVRAY, « La responsabilité des pouvoirs publics... *What's in a name?* », *J.T.*, 2020, pp. 769-774.

25 Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42. Nous soulignons. Sur cet arrêt, voy. not. A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het *Anca*-arrest van het Hof van Cassatie van 19 december 1991 », *R.W.*, 1992-1993, p. 377-396 ; Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », note sous Cass., 19 décembre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 293-316 ; R. O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats – À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », *J.T.*, 1992, pp. 449-453.

26 En fait, la Belgique est peut-être le seul État européen où la reconnaissance de la responsabilité des juges s'est faite de manière exclusivement prétorienne, voy. L. COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux-semblant ? », *R.A.E.*, 2005/4, p. 666. Même si des interventions législatives ont pu être envisagées, le législateur est demeuré jusqu'à présent absent de la construction de la responsabilité de l'État, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'État-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle », *J.T.*, 2018, pp. 600-603. Cela peut peut-être s'expliquer par la généralité du droit de la responsabilité dans notre pays, qui autorise une application de ces règles à l'État plus facilement que dans un système juridique plus fermé.

27 Articles 1140 à 1147 du Code judiciaire.

28 G. VAN DER MEERSCH, « Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 1954, p. 159.

29 F. DELPÉRIÉ, « Propos sur la justice, ici et là » in *Liber amicorum Ernest Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 537.

30 A. VAN OEVELEN, « Staatsaansprakelijkheid voor ambtsfouten van handelsrechters », *T.B.H.*, 2013/10, p. 1103.

31 D. MOUGENOT, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des juges, vue de l'intérieur » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, pp. 312-320.



*ultra petita*³². La violation de la norme générale de prudence et de diligence qui s'impose à tous est l'autre possibilité. En tout cas, la mauvaise application du droit par le juge ne suffit pas à engager la responsabilité du pouvoir judiciaire si aucune erreur manifeste d'appréciation n'est commise. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire d'identifier précisément l'auteur de la faute au sein du pouvoir judiciaire³³.

La Cour de cassation pose, du reste, une condition de recevabilité³⁴, selon laquelle la décision doit avoir été effacée de l'ordonnancement juridique par l'exercice des voies de recours. L'objectif d'une telle condition est de protéger le principe de l'autorité de chose jugée. Cette condition est assouplie dans différentes hypothèses, la plus saillante étant celle élaborée en 2014 par la Cour constitutionnelle pour les juridictions suprêmes³⁵. En « mettant ses pas dans ceux de la Cour de justice »³⁶, la Cour exige une violation suffisamment caractérisée pour les fautes des juridictions de dernier ressort, mais sans que la décision doive être anéantie, puisque cela n'est en règle générale pas possible³⁷. Il existe certes quelques mécanismes, tels que la demande en révision³⁸, en rétractation³⁹ ou en rectification⁴⁰, mais ils sont limités. L'absence de cet assou-

plissement faisait planer le risque d'un recours devant une juridiction supranationale.

Dès lors, le pouvoir législatif était le dernier bastion d'immunité civile de l'État. Pourtant, sa responsabilité avait été mise en cause – sans succès – jusque devant la Cour de cassation dès 1845⁴¹. En outre, dès la fin des années 1980, la responsabilité du pouvoir législatif était évoquée en même temps que celle du pouvoir judiciaire⁴². Steve Ronse considérait même que la question était réglée depuis l'arrêt *Le Ski*, qui pose le principe de la primauté du droit international directement applicable sur le droit belge⁴³. Certaines juridictions du fond avaient déjà conclu à la responsabilité du législateur⁴⁴. Toujours est-il que la décision prononcée par la Cour de cassation le 1^{er} juin 2006⁴⁵ constituait une « avancée de principe »⁴⁶.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation admettait le principe de la responsabilité du fait du législateur et donc la fin de la fiction du législateur souverain, mais refusait de le condamner, en raison de la protection offerte par l'article 58 de la Constitution, qui organise l'immunité parlementaire. Cela est difficilement compréhensible puisqu'un argument similaire – l'immunité personnelle du juge – ne l'avait pas empêchée de reconnaître la responsabilité du

32 B. DUBUISSON, « L'erreur du juge est-elle fatale ? Libres propos », *R.D.C.-T.B.H.*, 2013, p. 1133. Sur l'office du juge, voy. not. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Chronique de l'office du juge », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1307-1320.

33 A.-L. DURVIAUX, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par ses magistrats », *J.L.M.B.*, 2000/14, p. 598.

34 Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1732.

35 C.C., arrêt n°99/2014, 30 juin 2014. La Cour juge qu'« empêcher, tant que la décision litigieuse n'a pas été effacée, que la victime d'une faute commise par une juridiction de dernier ressort dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle puisse mettre en cause la responsabilité de l'État est susceptible d'emporter des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi » (point B.15).

36 P. MARTENS, « La responsabilité de l'État pour les fautes du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 2020, p. 742.

37 F. GLANSDORFF, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats progresse... et ralentit », *Administration publique*, 2014/4, p. 641. Notons que, outre la Cour de cassation, le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle, de nombreuses juridictions statuent en dernier ressort, notamment certaines décisions du juge de paix ou du tribunal de première instance lorsque les montants sont limités (K. MUNUNGU LUNGU et B. NELISSEN, « La responsabilité de l'État pour une faute commise par une juridiction suprême : une politique des petits pas », *J.T.*, 2015/21, p. 463).

38 Art. 443 à 447bis du Code pénal.

39 Art. 1113 et 1114 du Code judiciaire ; art. 16 et 17 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

40 Art. 117 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

41 Cass., 27 juin 1845, *Pas.*, 1845, I., p. 392 ; H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid wegens het doen en laten van de wetgever » in H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN, H. VUYE et L. WYNANT, *Overheidsaansprakelijkheid*, Bruges, La Charte, 2004, p. 125.

42 B. DEJEMEPPE et C. PANIER, « La responsabilité professionnelle des magistrats. Indices d'une mutation ? », *J.T.*, 1989, p. 429.

43 S. RONSE, « De Wetgevende Macht : even aansprakelijk als een ander of toch het niet ? », *T.F.R.*, 2003, p. 563.

44 Voy. p. ex. Trib. civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, pp. 257-264 et note P. POPELIER.

45 Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 461.

46 M.-F. 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 civile de l'État pour les fautes commises par le pouvoir législatif », *C.D.P.K.*, 2007, p. 199.



pouvoir judiciaire⁴⁷. Il faut attendre trois mois de plus et l'arrêt du 28 septembre 2006⁴⁸, dit *Ferrara*, pour que la responsabilité de l'État du fait du législateur soit définitivement consacrée, à nouveau dans des termes similaires aux arrêts *La Flandria* et *Anca* :

« Le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'État, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative. Ni ce principe ni les articles 33, 36 et 42 de la Constitution ne s'opposent à ce qu'un tribunal de l'ordre judiciaire constate pareille faute pour condamner l'État à réparer les conséquences dommageables qui en sont résultées. En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils »⁴⁹.

Comme pour les pouvoirs judiciaire et exécutif, c'est la protection des droits civils qui justifie la responsabilité de

l'État législateur. En vertu de l'arrêt *Ferrara*, la responsabilité du législateur peut donc être engagée lorsque le législateur viole une norme supranationale⁵⁰ ou constitutionnelle⁵¹ et, ce faisant, lèse un droit civil⁵². Une abstention fautive de légiférer peut entraîner la responsabilité de l'État et il s'agit même du premier cas qui a été reconnu, puisque l'arrêt *Ferrara* concernait l'abstention du législateur de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre l'arriéré judiciaire. Or, le délai raisonnable est un droit civil garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, que le législateur avait violé en s'abstenant de prendre les mesures pour donner aux tribunaux les moyens nécessaires.

Après des débats doctrinaux intenses⁵³, la Cour de cassation a rejeté l'unité entre inconstitutionnalité et faute⁵⁴, pourtant adoptée certains des juges du fond⁵⁵. Certes, violer la Constitution ou le droit international devrait être exceptionnel vu l'importance juridique et symbolique de ces normes. Cependant, force est de reconnaître que l'unité entre illégalité et faute aurait entraîné un contentieux massif de la responsabilité. De surcroît, la justice constitutionnelle revêt également une dimension politique⁵⁶, ce qui complique également cette unité. Une partie de la doctrine a d'ailleurs souhaité une intervention législative pour

47 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.B.G.*, 2007/5, p. 328.

48 Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, p. 1897. Au sujet de ces deux arrêts, voy. J. WILDERMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, p. 1550-1554 ; A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur, Réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006 et du 28 septembre 2006 », *J.T.*, 2008, pp. 97-101.

49 Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, p. 1897. Nous soulignons.

50 Sur la responsabilité de l'État (peu importe le pouvoir concerné) en cas de violation d'un traité qui n'a pas d'effet direct, voy. F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute ? Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État », *J.T.*, 2019, pp. 21-28.

51 Voy. A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever wegens schending van de Grondwet » in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 851-866.

52 Dans ce deuxième cas, il est préalablement requis que le constat d'inconstitutionnalité soit établi par la Cour constitutionnelle, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, pp. 347-349.

53 Voy. les nombreuses références citées par B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 802-803.

54 Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 812 : « [l]a 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. Le 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 ». Sur cette question complexe et les nuances à y apporter, voy. T. MOONEN, « Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald ? », *C.D.P.K.*, 2017, pp. 653-678 ; A. WIRTGEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever : geen eenheid van ongrondwettigheid en fout », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 292-298.

55 Voy. p. ex. Mons, 27 février 2007, *J.T.*, 2009, p. 213 ; Bruxelles, 18 avril 2008, *Amén.*, 2008, pp. 274 et s.

56 Sur cette question, voy. not. T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun » in G. GRANDJEAN et J. WILDERMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 277-308 ; M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? » in G. GRANDJEAN et J. WILDERMEERSCH (dir.), *op. cit.*, pp. 325-345.



déterminer le standard de faute auquel le législateur était soumis⁵⁷. La Cour de cassation envisage également que le législateur commette une faute en violant une règle qui lui impose un comportement déterminé, même si l'identification d'une telle règle est délicate⁵⁸.

Suite à cet état des lieux relatif à la Belgique, qui ne peut aborder les nombreuses controverses ayant animé la matière, l'on examine le régime canadien, en veillant à mettre en exergue les similarités et différences avec le droit belge.

B. La responsabilité limitée de l'État canadien

En ce qui concerne le pouvoir exécutif, la responsabilité de l'administration canadienne n'est envisageable que depuis l'abolition, par voie législative, de l'immunité de la Couronne, en 1953⁵⁹. Dans l'ancien droit, issu du droit anglais, aucune responsabilité n'était possible : d'une part, parce que le Roi était synonyme de perfection et, à ce titre, ne pouvait commettre de mal⁶⁰ et, d'autre part, parce qu'en tant que plus haute autorité de l'État, il était impossible de l'attirer devant une cour qui lui soit supérieure⁶¹. Il s'agissait d'un élément de la prérogative royale⁶². Comme le souligne Pierre Delvolvé, l'idée de la perfection royale n'est pas une caractéristique propre à la *common law* et se retrouvait également en droit belge⁶³. En ce qui concerne le fond du litige, c'est le droit provincial de la responsabilité qui est applicable⁶⁴. Dans les

systèmes juridiques belge et canadien, c'est donc le droit privé qui s'applique à l'État, sauf les exceptions prévues par le droit public⁶⁵.

La Couronne canadienne jouit de davantage de défenses contre les actions en responsabilité que le pouvoir exécutif belge. Premièrement, si la commission d'un dommage est le résultat inévitable de l'exercice d'un pouvoir *prévu par une loi*, l'on considère que la loi autorise le dommage, ce qui empêche toute responsabilité⁶⁶. Deuxièmement, l'autorité qui adopte un règlement de bonne foi bénéficie d'une immunité de *common law* publique⁶⁷. Celle-ci n'est toutefois applicable qu'aux décisions de nature politique, impliquant un pouvoir discrétionnaire, par opposition aux actes opérationnels⁶⁸. La distinction entre les deux n'est pas évidente. En général, la prise de décision est politique, tandis que la définition des modalités d'exécution est opérationnelle.

L'activité réglementaire bénéficie de cette immunité, car il s'agit d'un acte discrétionnaire relevant de l'appréciation politique⁶⁹. Une telle exception n'est pas sans rappeler l'immunité dont jouissait l'administration belge pour les actes décisionnels. Comme l'indique la jurisprudence de la Cour suprême, lorsqu'une municipalité exerce une fonction « législative », sa responsabilité ne peut pas plus être mise en cause⁷⁰. La situation de l'administration ca-

57 A. ALEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever - Over de cassatiearresten van 1 juni 2006 en 28 september 2006 », *Vigilantibus jus scriptum - Feestbundel voor H. Vandenberghe*, Bruges, la Charte, 2007, pp. 1-14. Sur cette question, voy. C.C., 19 juillet 2018, n°106/2018.

58 Cass., 30 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 1077.

59 Loi sur la responsabilité de l'État, L.R.C., c. C-50, qui est devenue en 1992 la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif. Dans certains cas, la responsabilité de l'agent peut être recherchée, par exemple en cas de violences policières. Voy. p. ex. M. LACROIX, « La responsabilité civile des forces policières : l'impact de la Charte québécoise et l'octroi de dommages punitifs », *R.J.T.U.M.*, 2017, pp. 547-590.

60 K. OLIPHANT, *The liability of public authorities in comparative perspective*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 851.

61 G. S. LESTER, « Suing the Federal Crown in Tort: Some Practical Points to Remember », *Advoc. Q.*, 23, 2000, p. 447.

62 F. CHEVRETTE, H. MARX et H.-R. ZHOU, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2016, p. 437.

63 P. DELVOLVÉ, « La responsabilité du fait d'administrer, vue de l'intérieur » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, p. 105.

64 *Brindle c. Canada*, [2006] QCCS 3981 ; P. HOGG, P. MOHANAN et W. WRIGHT, *Liability of the Crown*, 4th éd., Toronto, Carswell, 2011, p. 497.

65 Sur l'application du droit privé à l'État, voy. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 38-61.

66 Si la loi permet d'agir autrement et d'éviter le dommage, l'exception n'est pas applicable. Une personne privée peut également bénéficier de cette exception. P. HOGG, P. MOHANAN et W. WRIGHT, *op. cit.*, p. 191. Voy. *Ryan c. Victoria (City)* [1999] 1 R.C.S. 201.

67 S. COMTOIS, « La responsabilité de l'État législateur » in *Rapports canadiens au congrès international de droit comparé*, Bristol, 1998, Yvons Blais, Cowansville, 1998, p. 477.

68 A ce sujet, voy. not. J.-D. ARCHAMBAULT, « La distinction politique-opérationnel fournit-elle une assise judiciaire solide à la responsabilité civile de l'État consécutive à une décision de politique administrative ? », *R. du B.*, 1999, pp. 579 et suiv. ; Y. OUELLETTE, « La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne fédérale et l'exercice des fonctions discrétionnaires », *Rev. Gen.*, 1985, pp. 49 et suiv.

69 S. COMTOIS, *op. cit.*, pp. 479-480.

70 *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg* [1971] R.C.S. 957.



nadienne se rapproche de l'immunité dont bénéficiait le pouvoir exécutif belge il y a cent ans.

Ensuite, si l'on se penche sur la responsabilité du pouvoir judiciaire, force est de constater qu'au niveau personnel, les juges des cours supérieures canadiennes jouissent d'une immunité absolue de poursuite, en raison d'une exception de *common law* publique⁷¹. La jurisprudence le rappelle régulièrement depuis le 19^e siècle⁷². Toutefois, alors que l'exception est absolue pour les juges des cours supérieures, éventuellement exceptés les actes commis hors de leur compétence en toute connaissance de cause⁷³, l'immunité est relative pour les juges des cours inférieures, sauf si la loi leur octroie le bénéfice de l'immunité absolue⁷⁴. En pratique, c'est souvent le cas. Le juge canadien semble donc davantage protégé que son homologue belge.

En ce qui concerne le pouvoir judiciaire en tant que tel, la différence avec le droit belge est encore plus marquée. L'immunité personnelle du juge s'étend à l'État canadien et, agissant comme un écran, empêche de le condamner en responsabilité civile⁷⁵. Cela est dû au fait que le juge n'est pas un préposé de l'État, en l'absence de tout lien de subordination, mais un officier titulaire d'une partie du pouvoir judiciaire⁷⁶. Ressortissant à la souveraineté de l'État, l'administration de la justice ne permet donc pas de le soumettre à la responsabilité civile. Cette exception n'a

pas été jugée contraire à la Charte canadienne des droits et libertés⁷⁷. Ainsi, la responsabilité du pouvoir judiciaire n'est pas admise en droit canadien, alors qu'elle existe depuis environ trente ans en Belgique.

Après ce rapide panorama des pouvoirs exécutif et judiciaire canadiens, dont l'on a pu souligner qu'ils sont davantage protégés que leurs pendants belges, l'on se penche sur la responsabilité du fait du législateur. Le principe est simple : l'État canadien n'est pas responsable des dommages qu'il cause par l'adoption de lois. En effet, « le législateur qui est la source du droit, ne peut encourir de responsabilité quand il agit en tant que législateur en adoptant une loi, même si par ce fait il change une situation, et qu'il crée un manque à gagner à l'un ou l'autre de ces citoyens. *Le législateur est souverain* »⁷⁸. L'on insiste déjà sur l'importance de la souveraineté du législateur, qui occupe une place importante dans notre analyse (voy. *infra*). L'immunité du législateur est établie de longue date et a été confirmée par plusieurs arrêts de la Cour suprême⁷⁹.

Par ailleurs, l'invalidité d'une loi par rapport à la Charte canadienne des droits et libertés ne justifie pas la responsabilité de l'État⁸⁰. Cela étant, comme on l'a souligné, en droit belge, la Cour de cassation a également rejeté l'équivalence entre invalidité de la loi et responsabilité de l'État. La règle va toutefois beaucoup plus loin en droit canadien, puisque la jurisprudence refuse de considérer que

71 L. HUPPÉ, *L'immunité de poursuite civile des titulaires de fonctions constitutionnelles*, Montréal, Université de Montréal, 1993, p. 60.

72 Ainsi, « l'immunité des juges des cours supérieures du Canada, y compris les juges de la Cour supérieure du Québec, est héritée du droit anglais » (Morier et Boily c. Rivard, [1985] 2 R.C.S. 716). Voy. aussi H. P. GLENN, « La responsabilité des juges », *McGill L. J.*, 28, 1983, pp. 237-238. On note que pareille immunité se retrouve dans la plupart des systèmes de *common law* (G. CANIVET et J. JOLY-HURARD, « La responsabilité des juges ici et ailleurs », *R.I.D.C.*, 2006-4, pp. 1061-1063).

73 « I conclude, therefore, that a superior court judge is protected by absolute immunity from any civil liability for anything he does or says in the performance of his functions as a judge. He will not be liable in damages unless he acts outside of his jurisdiction knowing that he has no power to do what he does » (Royer c. Mignault, 1988 CanLII 445 (QC CA)).

74 M. FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, pp. 37-40. Cela est notamment le cas au Québec (Loi sur les privilèges des magistrats, L.R.Q. c. P-24, art. 1).

75 F. BOUHON et M. LACROIX, *op. cit.*, p. 449.

76 F. BOUHON et M. LACROIX, *ibidem*, pp. 455-456 ; E. KRINGS, « Rôle et position du magistrat par rapport aux autres pouvoirs de l'État et de la société. L'indépendance de la magistrature. La responsabilité du magistrat vis-à-vis de l'État et de l'individu », *Rev. dr. intern. comp.*, 1990, p. 155.

77 « In my respectful opinion, the mere limitation of a remedy under Sec. 24(1) does not, in itself, make the limitation “inconsistent” with the Constitution. The only remedies available under Sec. 24(1) are those that are considered “appropriate and just in the circumstances”. It is difficult to see how the awarding of damages against a judge for what he said in his judicial capacity could be considered “appropriate and just” under Sec. 24(1) when claims of this kind have, for several centuries, been struck out as inappropriate » (Royer c. Mignault, 1988 CanLII 445 (QC CA)). Voy. L. HUPPÉ, « Une immunité judiciaire sans limite ? », *R. du B.*, 69, 2010, p. 364.

78 Waechter c. Québec, [1998] REJB 1998-09312, point 10. Nous soulignons.

79 Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg, [1971] R.C.S. 957 ; Guimond c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 347, point 13. Voy. aussi Alexander Indian Band no 134 c. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) [1990], 39 F.T.R. 142 (C.F., 1^e inst.).

80 Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679 ; S. COMTOIS, *op. cit.*, pp. 472-473.



les actes législatifs accomplis en violation des Chartes⁸¹ ouvrent le régime de responsabilité civile : « les règles gouvernant les immunités rattachées à l'action législative ou réglementaire font obstacle à la reconnaissance d'un principe voulant que l'incompatibilité d'une norme législative ou réglementaire avec la Charte québécoise permette de considérer les actes accomplis en application de cette norme comme fautifs et susceptibles d'entraîner la responsabilité d'une administration publique ou de ses fonctionnaires »⁸². En toute hypothèse, le régime de la responsabilité civile ne peut s'appliquer au législateur.

En conséquence, une disposition législative doit expressément prévoir l'existence d'une indemnisation pour qu'elle soit possible. Il semble toutefois que la jurisprudence en trouve une porte en faveur de la responsabilité de l'État du fait du législateur, en cas de comportement clairement fautif ou de mauvaise foi⁸³. En pareil cas, une indemnisation pourrait en théorie être possible sous le régime de la Charte. Une telle exigence paraît néanmoins très difficile à démontrer⁸⁴ et ne s'est jamais concrétisée. Nous examinerons, dans la seconde partie de notre étude, le système de réparation mis en place par la Charte.

III. La séparation des pouvoirs : fondement ou obstacle à la responsabilité du législateur

Ce tour d'horizon a déjà montré à quel point la responsabilité civile de l'État est liée à la séparation des pouvoirs.

Le principe revient dans chacun des arrêts de la Cour de cassation. Dans cette partie, notre objectif est d'étudier comment la conception de la théorie de la séparation des pouvoirs influence la responsabilité du législateur dans les deux pays étudiés. En effet, la théorie de la séparation des pouvoirs ne reçoit pas une acception univoque en tout temps et tous lieux⁸⁵.

Au Canada, la Loi constitutionnelle de 1867 effectue une distinction entre les trois pouvoirs de l'État. Dans l'organisation politique, la séparation des pouvoirs est presque inexistante entre le législatif et l'exécutif, mais est, par contre, bien réelle en ce qui concerne le judiciaire⁸⁶. La jurisprudence ne mentionne pas toujours explicitement la séparation des pouvoirs, mais elle affirme régulièrement l'existence d'une séparation entre les différentes branches de l'État⁸⁷. Quant à la Cour suprême, elle a déjà employé l'expression « séparation des fonctions » plutôt que « séparation des pouvoirs », ce qui entretient un certain flou⁸⁸.

En Belgique, la séparation des pouvoirs fait également partie du droit constitutionnel⁸⁹ et est reconnue comme principe général de droit⁹⁰. Son caractère d'ordre public permet d'invoquer sa violation pour la première fois devant la Cour de cassation⁹¹. Dès les discussions du Congrès national relatives au projet de Constitution, il est souligné que « le projet qui [est] présenté a rétabli l'existence des trois pouvoirs »⁹². Le principe peut être déduit des articles 33 à 51 de la Constitution⁹³. D'aucuns préfèrent souligner que « *de basis van het Belgisch grondwettelijk stelsel is bovendien niet de scheiding van de machten*,

81 Plusieurs Chartes ont été adoptées au Canada, notamment la Charte canadienne des droits et libertés, pour le niveau fédéral, et la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, au niveau de la province de Québec.

82 Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30, § 22. Voy. aussi Guimond c. Québec (Procureur général), [1996] 3 R.C.S. 347, § 13 et suiv.

83 « Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés » (Mackin c. NouveauBrunswick (Ministre des Finances) ; Rice c. NouveauBrunswick, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, §79).

84 Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité), [2004] 3 R.C.S. 304, 2004 CSC 61, §34-38.

85 Voy. la conclusion de C. ROMAINVILLE, « Les multiples visages de la "séparation des pouvoirs" » in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 713.

86 A. BRAËN, « The (Fragile!) Independence of the Judiciary in Canada » in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *op. cit.*, p. 177.

87 Voy. not. Doucet-Boudreau, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 33 ; Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455, par. 39.

88 Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 728.

89 G. VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON et R. CHARLES, « Communication : à propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *A.P.T.*, 1990, p. 196.

90 Conclusions J.F. Leclercq sous Cass., 10 juin 1996, *R.C.J.B.*, 1997, pp. 447 et suiv.

91 Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, pp. 1731-1740.

92 E. HUYYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, t. 4, p. 68.

93 P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 85.



maar wel het evenwicht en de samenwerking tussen de machten »⁹⁴. En d'autres mots, « il est certain que les trois grands pouvoirs sont séparés, mais cette séparation n'est pas, ne pouvait être et n'a jamais été absolue »⁹⁵.

L'on peut affirmer que la Belgique et le Canada sont régis par un système inspirée de la *New Separation of Powers*, qui favorise le parlementarisme avec des contrepoids, notamment juridictionnels⁹⁶. Dans ce cadre de pensée en apparence commun, l'on examine ci-après la séparation des pouvoirs sous trois perspectives différentes. Tout d'abord, la séparation des pouvoirs implique-t-elle une hiérarchie entre eux (A) ? Ensuite, comment la séparation des pouvoirs se traduit-elle concrètement en séparation des fonctions lorsque la responsabilité de l'État est en jeu (B) ? Quant aux droits fondamentaux et à la supranationalité, remettent-ils en question les rapports entre pouvoirs en renforçant le pouvoir judiciaire⁹⁷ (C) ?

A. La suprématie du pouvoir législatif sur les autres pouvoirs

Un examen de droit comparé mené par Patricia Popelier et Cezary Rogula révèle que la souveraineté du parlement est généralement l'obstacle le plus grand à la responsabilité du législateur⁹⁸. Notre analyse confirme, sous les réserves qui suivent, que cela est vrai pour les droits belge

et canadien. Trois éléments ont contribué à anéantir le mythe de la souveraineté du parlement belge.

Premièrement, l'arrêt *La Flandria* abandonne définitivement la théorie française de la séparation des pouvoirs et place le pouvoir judiciaire sur un même pied que les autres. Plus qu'un abandon de la théorie française, il s'agit d'un retour à la conception belge initiale, que l'influence de la doctrine française avait écartée⁹⁹. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *La Flandria*, le procureur général Leclercq souligne que « cette «séparation des pouvoirs», née d'un sentiment de méfiance et de défaveur à l'égard des corps judiciaires, et qui permettait à l'administration de disposer souverainement et sans recours de la personne et des biens des citoyens, n'a pas été consacrée dans la Constitution belge »¹⁰⁰. La méfiance n'est donc pas dirigée contre le pouvoir judiciaire, mais contre le pouvoir exécutif, suite aux expériences napoléonienne et hollandaise. Selon les mots d'un auteur du 19^e siècle, « l'idée de l'*omnipotence judiciaire* est apparue (...) comme une garantie d'indépendance, non seulement politique, mais même nationale »¹⁰¹. Ainsi, le contrôle par le pouvoir judiciaire est considéré comme une garantie des droits des citoyens que la séparation des pouvoirs permet.

Deuxièmement, comme le rappelle Pierre van Ommeslaghe, le principe de souveraineté du parlement empêchait, dans la conception classique belge, la responsabilité du

94 A. CARTON et S. LIERMAN, « De toekomst van de Anca-rechtspraak na het arrest van het Grondwettelijk Hof van 30 juni 2014 », *R.W.*, 2015-2016, p. 765. Dans le même sens, voy. F. BOUHON et Q. PIRONNET, « Le pouvoir judiciaire et l'équilibre des pouvoirs : réflexions à propos des récentes réformes », *Pyramides*, 2017, pp. 93-118.

95 Ch. FAIDER (proc. gén.), « La séparation des pouvoirs », *Pasic.*, 1875, p. 6 (disponible sur Digithémis).

96 B. ACKERMAN, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, 2000, pp. 634-725.

97 Cette question est à mettre en lien avec le développement d'un constitutionnalisme global. Sur ce sujet, voy. not. A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Cheltenham, Elgar, 2017 ; A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Voy. aussi le numéro 19 de la revue *Jus Politicum*, sorti en 2018, qui est dédié au constitutionnalisme global.

98 P. POPELIER et C. ROGULA, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, perspectives de droit comparé » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, p. 442. Dans cet article, les termes « suprématie » et « souveraineté » parlementaire sont employés indistinctement et désignent la position privilégiée du pouvoir législatif par rapport aux autres pouvoirs de l'État.

99 A ce sujet, voy. F. MULLER, *La cour de cassation belge à l'aube 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*, Bruges, La Chartre, 2011 ; F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* (1/2) », *J.T.*, 2006, p. 730.

100 Cass., 5 novembre 1920, concl. P.G. Leclercq.

101 J. ROMIEU, « De la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire en Belgique », *J.T.*, 1886, col. 1074 (nous soulignons). Dans cette contribution, l'auteur décrit bien la complexité des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics.



législateur¹⁰². En 1834, le procureur général Raikem qualifiait le juge de « religieux observateur de la loi »¹⁰³, fruit de « la souveraine volonté du législateur »¹⁰⁴. Au début des années 1950, Pierre Wigny écrivait encore que « la Constitution a fortement marqué la primauté juridique du Pouvoir législatif »¹⁰⁵. Toutefois, ce principe n'a plus droit de cité en Belgique, suite à différentes évolutions. En effet, le processus de fédéralisation croissante de l'État belge et la multiplication des organes législatifs qu'il entraîne, a affaibli le dogme de la toute-puissance législative¹⁰⁶. *L'imperium* est fractionné par la multitudes d'organes législatifs aptes à l'exercer. Dans le même sens, le développement de l'Union européenne « prive » le législateur belge d'une partie de sa compétence¹⁰⁷.

Troisièmement, l'on ajoute, dans la droite ligne des développements précédents, le contrôle de la répartition des compétences et du respect des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle. Dès lors, si au départ l'on pouvait considérer que le pouvoir législatif avait une forme de primauté, l'émergence de la justice constitutionnelle contribue à son déclin¹⁰⁸. La souveraineté ne se trouve plus uniquement aux mains des organes parlementaires, mais est partagée avec les juridictions¹⁰⁹. De surcroît, avec la prépondérance du pouvoir exécutif et des partis politiques, le pouvoir législatif se transforme de plus en plus en organe de contrôle et de validation des décisions du pouvoir exécutif¹¹⁰. Dès lors, si le pouvoir législatif supplantait les autres, ce n'est plus le cas. Sa suprématie

appartient à l'histoire. Comme nous le voyons ci-dessous, il en va autrement en droit canadien.

Dans le système fédéral canadien, le contrôle de la répartition des compétences entre les provinces et l'État fédéral empêche, comme en Belgique, une souveraineté parlementaire absolue¹¹¹. Par ailleurs, la Charte canadienne interdit en principe au législateur d'outrepasser les droits qui y sont garantis. Cependant, le principe de souveraineté parlementaire a motivé l'ajout d'une disposition dans la Charte, qui permet au législateur d'exclure explicitement la plupart des droits garantis par elle¹¹². En revanche, en Belgique, les possibilités de suspendre les droits fondamentaux garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme sont beaucoup plus limitées¹¹³. Si le contrôle du respect de la répartition des compétences et des droits fondamentaux amène à ce que le principe de suprématie parlementaire soit édulcoré par rapport à sa version anglaise, il n'en demeure pas moins que le parlement canadien jouit d'un « *virtually unlimited scope of power* »¹¹⁴, à tout le moins dans les domaines non limités par la Constitution. Il en allait de même en Belgique il y a quelques décennies. Pierre Wigny écrivait qu'en ce qui concerne le pouvoir législatif, « on ne conçoit pas qu'il puisse être assigné en responsabilité. Sa compétence constitutionnelle est *quasi illimitée* »¹¹⁵. Le décalage entre le droit belge et le droit canadien est-il seulement temporel ?

102 P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, pp. 6-7. Voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne » in M. STORME (éd.), *Recht halen uit aansprakelijkheid. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1992-1993*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 430.

103 J.-J. RAIKEM (proc. gén.), *Discours prononcé par Mr. Raikem, procureur-général, à l'audience de rentrée, le 15 octobre 1834*, Liège, 1834, p. 6 (disponible sur Digithémis).

104 J.-J. RAIKEM (proc. gén.), *ibid.*, p. 17 (disponible sur Digithémis).

105 P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. 1, Bruxelles, Bruylant 1952, p. 560.

106 H. VUYE, *op. cit.*, p. 128.

107 F. BOUHON, « La responsabilité civile pour la faute du législateur Anno 2020 », *J.T.*, 2020, p. 746.

108 C. SÄGESSER, « Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », *Dossiers du CRISP*, n°87, 2016, p. 61.

109 Alison Young se réfère au concept de « *bipolar sovereignty* » pour expliquer ce phénomène, voy. A. YOUNG, *Democratic Dialogue and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, spéc. pp. 178-208.

110 Dans une ordonnance prononcée le 5 août 2020 en référé, le tribunal de première instance de Bruxelles observe que « les pouvoirs législatif et exécutif sont devenus particulièrement proches, au point que le parlement ne contrôle plus vraiment le gouvernement, les partis politiques ayant la mainmise sur l'ensemble de ces corps » (Civ. Bruxelles (réf.), 5 août 2020, inéd., R.G. n°2020/100/C, p. 4).

111 N. DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 98.

112 B. DICKSON, « The Canadian Charter of rights and freedom : context and evolution » in G.-A. BAUDOIN et E. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 16.

113 Notamment en raison de l'article 187 de la Constitution, qui prévoit que la Constitution ne peut être suspendue.

114 V. KAZMIERSKI, « Draconian but not despot: The unwritten limits of Parliamentary Sovereignty in Canada », *Ottawa L. Rev.*, 41, 2009, p. 260.

115 P. WIGNY, *op. cit.*, p. 785 (nous soulignons).



Il est permis d'en douter. En effet, le principe canadien de souveraineté parlementaire est issu de la *common law* et son caractère essentiel au droit constitutionnel est régulièrement affirmé dans la jurisprudence¹¹⁶. La Cour suprême a reconnu comme fondements constitutionnels les principes britanniques présents dans le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867¹¹⁷. C'est ce qui explique que, selon la doctrine, le principe canadien de suprématie du parlement est « probablement source d'une plus grande force normative que les autres »¹¹⁸, comme c'est le cas en droit constitutionnel anglais. Cela mène certains constitutionnalistes à affirmer que « la séparation des pouvoirs est un principe secondaire par rapport à celui de la suprématie législative »¹¹⁹. Cela est d'autant plus le cas dans la mesure où l'exécutif émane directement de la majorité parlementaire¹²⁰. En conséquence, la responsabilité civile du parlement canadien est inconcevable, puisque celui-ci est suprême¹²¹.

A l'inverse, en Belgique, la conception moderne de la séparation des pouvoirs s'oppose à la suprématie du parlement, ce qui tranche avec la doctrine canadienne¹²². Dès lors, l'on peut affirmer que la différence la plus notable avec le droit canadien est le principe de souveraineté parlementaire n'existe pas (ou plus) en droit belge¹²³. Comme le rappelle l'ancien président de la Cour de cassation, tous les pouvoirs sont égaux¹²⁴. C'est pourquoi la Cour de cassation évoque « l'indépendance du pouvoir législatif »¹²⁵, mais non sa suprématie. Chaque pouvoir est indépendant. Ce principe est bien établi depuis les origines de l'État belge. En 1835, le procureur général auprès de la cour d'appel de Bruxelles insistait sur le « principe constitutionnel consacrant la séparation et l'in-

dépendance respectives des pouvoirs »¹²⁶. L'on retrouve également le concept d'indépendance du parlement dans la doctrine¹²⁷.

Ainsi, la séparation des pouvoirs intervient d'une première façon, dans ce que l'on peut qualifier de rapport vertical entre les pouvoirs. Le pouvoir législatif est placé au-dessus du pouvoir judiciaire – et du pouvoir exécutif – au Canada, ce qui empêche un contrôle en responsabilité par le juge. Tel n'est pas (plus) le cas en Belgique, suite à un double mouvement de rééquilibrage : renforcement du pouvoir judiciaire et affaiblissement du pouvoir législatif. Si l'on pouvait reconnaître une suprématie au pouvoir législatif belge, tel n'est plus le cas de nos jours.

B. La séparation des fonctions et la crainte du « juge-législateur »

La séparation des pouvoirs intervient également pour séparer les fonctions qui sont confiées aux différents organes de l'État. En effet, une réserve tant belge que canadienne a été formulée dans l'hypothèse où un tribunal pourrait juger l'opportunité d'une décision prise par le parlement, ce qui violerait le principe selon lequel il ne revient pas au pouvoir judiciaire d'exercer le contrôle d'opportunité, mais à l'électeur, par le biais de ses représentants élus¹²⁸. En effet, selon Luc Huppé, « en ayant recours, par exemple, aux notions de prudence et de diligence, en comparant la conduite de la personne en cause avec celle d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, la responsabilité civile délictuelle s'attache essentiellement à l'opportunité de l'acte qu'elle qualifie de fautif »¹²⁹.

116 Voy. les arrêts cités par V. KAZMIERSKI, *ibidem*, pp. 245 et suiv.

117 La Reine c. Beauregard, [1986] 2 R.C.S. 56, §29 ; Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3, §52.

118 F. CHEVRETTE, H. MARX et H.-R. ZHOU, *op. cit.*, p. 238.

119 H. BRUN, G. TREMBLAY, et E. BROUILLET, *op. cit.*, X.6.

120 G.-A. BAUDOIN, *La Constitution du Canada : Institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 19.

121 S. COMTOIS, *op. cit.*, p. 470.

122 G. VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON ET R. CHARLES, *op. cit.*, p. 197.

123 F. DELPÉRÉE, « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *op. cit.*, p. 129.

124 J. DE CODT, « Le pouvoir judiciaire est-il souverain ? », *J.T.*, 2016, p. 655.

125 Cass., 1^{er} juin 2006, *J.T.*, 2006, p. 462. Voy. aussi, dans la jurisprudence constitutionnelle, C.C., 23 février 2000, n°20/2000, B.3 et B.6 ; C.C., 1^{er} juillet 2010, n°79/2010, B.4 et B.6.

126 J. FERNELMONT (Proc. Gén.), « Sur l'étendue du pouvoir judiciaire considéré dans les limites qui, d'après la constitution, le séparent de la puissance exécutive ou administrative », *M.B.*, 5 novembre 1835.

127 Voy. p. ex. M.-F. RIGAUX, « La responsabilité de l'État pour une faute commise par une commission d'enquête parlementaire », *J.T.*, 2005/32, n°6194, p. 599.

128 H. VUYE, *op. cit.*, pp. 181-182.

129 L. HUPPÉ, *L'immunité de poursuite civile des titulaires de fonctions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 212.



Cet argument fait d'ailleurs partie de ceux invoqués par l'État belge dans l'arrêt *Ferrara*, mais en vain¹³⁰. Pour la Cour de cassation, « en appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la *fonction législative* et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de *protéger les droits civils* ». C'est à nouveau la protection des droits civils, confiée par l'article 144 de la Constitution au pouvoir judiciaire, qui valide son action.

Au Canada, l'on retrouve le concept de séparation des fonctions, car la Constitution demande que « chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions »¹³¹. C'est le cas également en Belgique. La Cour de cassation confirme la distinction établie depuis l'arrêt *La Flandria* entre la fonction de juger et celle d'administrer ou légiférer. Cette ligne de démarcation est essentielle au contentieux de la responsabilité de l'État et impose au juge de se limiter à des considérations de légalité et non d'opportunité¹³². Dans un autre domaine, la Cour constitutionnelle rappelle également que « le juge ne peut pas se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions »¹³³.

Toujours est-il qu'en Belgique (à l'inverse du Canada), le principe de séparation des pouvoirs, vu la conception « assouplie »¹³⁴ qu'il reçoit depuis l'arrêt *La Flandria*, permet l'existence d'un contrôle : « [l]e principe de la séparation des pouvoirs tel que la Constitution l'a compris (...) a

pour unique conséquence que (...) le pouvoir judiciaire ne peut *accomplir* un acte qu'il appartient à l'administration seule *d'accomplir* »¹³⁵. Il lui permet, en revanche, de déterminer si le législateur a été prudent et diligent. A l'inverse, la Cour suprême canadienne considère que « le pouvoir législatif doit s'exercer dans le cadre de la loi, mais indépendamment, sans interférence des règles de responsabilité civile de droit commun »¹³⁶. La responsabilité du législateur interférerait avec la liberté d'appréciation dont il a besoin. Pour le dire autrement, les tribunaux canadiens empièteraient sur les *fonctions* du pouvoir législatif s'ils lui appliquaient le droit de la responsabilité.

Toutefois, la condamnation de l'État belge pour violation du standard du législateur normalement prudent et diligent interpelle, car elle rend la frontière entre administration et justice ténue¹³⁷. Le contrôle est possible à condition qu'il demeure marginal¹³⁸ et que le pouvoir judiciaire ne substitue pas son appréciation à celle du pouvoir législatif. En particulier, les injonctions que le pouvoir judiciaire peut formuler demeurent circonscrites par la séparation des pouvoirs¹³⁹.

Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, un contrôle de légalité s'approche d'un contrôle d'opportunité. Dans l'arrêt *Ferrara*, l'empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif a été dénoncé par Marc Uyttendaele, selon qui « en soumettant l'action du législateur à un contrôle d'opportunité, la Cour de cassation a été saisie par l'ivresse du pouvoir et a revêtu la parure dangereuse du juge législateur »¹⁴⁰.

130 « Il n'appartient pas au juge judiciaire de contrôler le pouvoir législatif et de se prononcer sur la conduite du législateur qui aurait été prudent ou imprudent, négligent ou attentif, le Parlement ne devant répondre de son travail que devant le corps électoral » (Cass., 28 septembre 2006, griefs de l'État, demandeur en cassation, *J.T.*, 2006, p. 605).

131 Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 728, p. 728.

132 M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 178.

133 C.C., 29 octobre 2015, n°152/2015, B.12.3.

134 F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de la décision de la Cour de cassation du 28 septembre 2006 », *R.B.D.C.*, 2007/4, p. 419.

135 Nous soulignons ; P. LECLERCQ, conclusions sous Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I., p. 199. L'article 158 témoigne de cette approche, puisque son objectif initial était de permettre à la Cour de cassation de statuer sur les conflits d'attributions entre le pouvoir judiciaire et les autorités administratives (D. RENDERS, « Conflits d'attributions au sens de l'article 158 de la Constitution : quand et dans quelle mesure le pouvoir de contrôle du juge judiciaire sur l'action du juge administratif a-t-il été altéré ? », note sous Cass., 25 avril 2013, *R.C.J.B.*, 2015, pp. 113-114). Sur cette question, voy. B. BLÉRO, *Du droit objectif aux droits politiques des administrés. Essai sur la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse de doctorat, Bruxelles, ULB, 1998.

136 Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal, [2004] 1 R.C.S. 789, 2004 CSC 30, § 17.

137 S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, pp. 380-381.

138 M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, p. 411.

139 S. VAN DROOGHENBROECK, « Flandria, Anca, Ferrara Urgenda ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750-754.

140 M. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 1563.



C. Les droits fondamentaux et la supranationalité

Dans une troisième étape de notre raisonnement, l'on examine comment l'essor des droits fondamentaux et de la supranationalité – dans le cas du droit belge – a bouleversé le système de responsabilité du législateur en modifiant les rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif.

Au Canada, la Charte des droits et libertés a été adoptée en 1982, pour pallier les déficiences du *Bill of Rights* datant de 1960, qui manquait d'effectivité, notamment à cause du principe de suprématie parlementaire¹⁴¹. L'avènement de la Charte canadienne donne aux juges un pouvoir jusqu'alors inaccessible et générateur de changements dans l'équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire¹⁴². Elle étend considérablement le champ du *judicial review* et « fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle »¹⁴³. A partir de 1982, les juges canadiens, et singulièrement la Cour suprême, reçoivent un pouvoir politique important qui trouve à s'appliquer dans le contrôle de validité des lois au regard des droits fondamentaux¹⁴⁴.

Un mouvement comparable a pu être observé en Belgique. L'on songe, à cet égard, au contrôle de constitutionnalité, qui n'a de cesse de s'étendre depuis la création de la Cour d'arbitrage, désormais Cour constitutionnelle : « on bascule dans la démocratie constitutionnelle : le pouvoir du peuple s'exprime désormais tout autant par sa capacité de recourir à un juge pour contrôler les lois que par celle de les faire voter par ses représentants »¹⁴⁵.

De surcroît, l'intégration de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les décisions des cours et tribunaux belges, spécialement de la Cour constitutionnelle¹⁴⁶, accentue ce phénomène. Dans les deux États, le développement des droits fondamentaux va donc de pair avec un pouvoir judiciaire plus puissant.

En matière de responsabilité de l'État, l'article 24 de la Charte canadienne permet l'octroi d'une réparation monétaire en cas de violation des droits fondamentaux, doublée de dommages-intérêts exemplaires lorsque la violation de la Charte est intentionnelle¹⁴⁷. Il crée un recours autonome de droit public, distinct des *torts* ou de la responsabilité civile délictuelle¹⁴⁸. Cependant, la Cour suprême du Canada reconnaît que cet article a généré très peu de jurisprudence¹⁴⁹.

En principe, les dispositions de la Charte canadienne s'appliquent aux actes des assemblées législatives, tant qu'ils ne sont pas couverts par un privilège parlementaire¹⁵⁰. Elles visent également l'inaction du législateur¹⁵¹. La Cour suprême a néanmoins jugé que, *en général*, la seule déclaration d'inconstitutionnalité est insuffisante pour ouvrir le droit à réparation de l'article 24 de la Charte. En effet, « même s'il est impossible d'affirmer que des dommages-intérêts ne peuvent jamais être obtenus à la suite d'une déclaration d'inconstitutionnalité, il est exact que, en règle générale, une action en dommages-intérêts présentée en vertu du par. 24(1) de la Charte ne peut être jumelée à une action en déclaration d'invalidité »¹⁵². De surcroît, l'article 24 n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'une déclaration d'invalidité constitue un remède suffisant à la violation¹⁵³. Ainsi, « habituellement, si une disposition est

141 B. DICKSON, *op. cit.*, p. 9.

142 P. RESNICK, « Montesquieu Revisited, or the Mixed Constitution and the Separation of Powers in Canada », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 20, n°1, 1987, p. 112.

143 N. DUPLÉ, *op. cit.*, p. 85 ; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, §24.

144 Sur cette question, voy. M. CHEVRIER et D. SANSCHAGRIN, « Le juge superlégislateur au Canada ou la politique par soustraction » in G. GRANDJEAN et J. WILDERMEERSCH (dir.), *op. cit.*, pp. 95-132.

145 P. MARTENS, « Mais où s'arrêteront les juges ? » in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 980.

146 Songeons notamment aux méthodes conciliatoire et combinatoire employées par la Cour constitutionnelle. Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 125-138.

147 R. RIOUX, « Évolution du régime juridique applicable à la responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Québec », *Rev. Gen.*, 16, 1985, p. 16 ; G. OTIS, « La Charte canadienne des droits et l'émergence d'un régime nouveau de responsabilité publique » in S. COMTOIS (éd.), *La responsabilité extra-contractuelle de l'administration publique*, Montréal, Le Bulletin, 1991, p. 94. Voy. not. *Lord c. Allison* [1986], 3 B.C.L.R. (2d) 300 (C.S.C.B.).

148 G. OTIS, « La Charte canadienne des droits et l'émergence d'un régime nouveau de responsabilité publique », *op. cit.*, p. 86 ; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, §22.

149 *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, §3.

150 P. MACKLEM et C. ROGERSON (éd.), *Canadian Constitutional Law*, 5^e éd., Toronto, Emond, 2017, p. 817.

151 *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, §50-64.

152 *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, §19.

153 L. HUPPÉ, *L'immunité de poursuite civile des titulaires de fonctions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 266.



déclarée inconstitutionnelle et immédiatement annulée en vertu de l'art. 52, l'affaire est close. Il n'y aura pas lieu à une réparation rétroactive en vertu de l'art. 24 »¹⁵⁴. Tel n'est pas le cas en Belgique, puisqu'une réparation est possible si une faute peut être prouvée, l'annulation de la loi ne suffisant pas à réparer les dommages causés aux citoyens.

La Cour suprême canadienne estime que des dommages-intérêts ne peuvent être accordés « que s'ils servent les objectifs généraux de la Charte. Trois fonctions des dommages-intérêts leur permettent de satisfaire à cette condition. La fonction d'*indemnisation*, généralement la plus importante, signifie que l'atteinte à un droit garanti par la Charte peut causer une perte personnelle qui exige réparation. La fonction de *défense* signifie que les droits conférés par la Charte doivent demeurer intacts et qu'il faut veiller à ce qu'ils ne s'effritent pas. Enfin, la fonction de *dissuasion* signifie que les dommages-intérêts peuvent permettre de décourager la perpétration d'autres violations par des représentants de l'État »¹⁵⁵.

L'on est donc face à un système qui présente un certain parallèle avec le droit de la responsabilité civile : si, en Belgique, « le caractère indemnitaire des dommages et intérêts est presque un dogme »¹⁵⁶, la responsabilité civile joue aussi un rôle de prévention, parce qu'elle dissuade celui qui a commis un dommage de recommencer¹⁵⁷. Dès lors, les fonctions de la responsabilité civile belge et de l'article 24 de la Charte canadienne sont analogues. Cependant, l'on a constaté que la Charte canadienne ne parvient pas à remplir le rôle joué par la responsabilité civile de l'État belge, puisqu'elle est impuissante à remettre en question l'immunité du pouvoir législatif canadien et, donc, à permettre l'indemnisation des citoyens.

En revanche, en Belgique, l'imbrication de la responsabilité civile de l'État et de la protection des droits fondamentaux des citoyens ressort de la jurisprudence. La responsabilité permet de réparer le dommage subi en cas d'ingérence fautive de l'État dans les droits d'un citoyen. Par ailleurs, on peut, considérer que la responsabilité civile est un moyen pour les tribunaux de faire respecter le volet « mettre en œuvre » propre à chaque droit fondamental¹⁵⁸, car il met une pression sur le législateur pour qu'il remplisse ses obligations positives. D'ailleurs, l'arrêt *Ferrara* concerne la problématique du délai raisonnable¹⁵⁹. Il n'a toutefois pas généré une explosion du contentieux de la responsabilité du législateur, alors que le non-respect du délai raisonnable est une carence durable en Belgique, ce qui laisse penser que la responsabilité de l'État n'est qu'un moyen imparfait d'assurer le respect des droits des justiciables¹⁶⁰.

Par ailleurs, si la responsabilité civile permet de protéger les droits fondamentaux, ceux-ci ont également aidé le développement de cette responsabilité. C'est notamment le cas du principe d'égalité et de non-discrimination, qui a agi à un double niveau.

Premièrement, comment admettre qu'un citoyen victime d'une faute du pouvoir législatif ne puisse être indemnisé, alors que tel serait le cas pour les deux autres pouvoirs¹⁶¹ ? Deuxièmement, « l'harmonisation spontanée » des règles applicables en cas de violation du droit européen et du droit interne vise à respecter les exigences d'égalité¹⁶². Il en va ainsi lorsque la Cour constitutionnelle insiste sur « la nécessité d'harmoniser les garanties reconues par le droit de l'Union européenne, d'une part, et par le droit interne, d'autre part »¹⁶³. Pourquoi la responsabilité de l'État serait-elle possible en cas de violation d'une di-

154 Schachter c. Canada, [1992] 2 R.C.S. 679. L'article 52 de la Charte canadienne des droits et libertés dispose que « la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Il permet au pouvoir judiciaire d'annuler les lois inconstitutionnelles.

155 Vancouver (Ville) c. Ward, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, § 25.

156 X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, « Caractère indemnitaire ou punitif des dommages et intérêts » in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 237.

157 L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, deel 1, Anvers, Maklu, 1989, p. 12 ; A. TÜNC, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris, Economica, 1989, p. 134.

158 En ce sens, voy. Bruxelles, 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002/27, p. 1884.

159 Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, p. 1897.

160 S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, pp. 343-344.

161 Y. THIELS et I. WOUTERS, « La responsabilité des pouvoirs publics : Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ? », *J.L.M.B.*, 2006/35, p. 1539.

162 A. CARTON et S. LIERMAN, *op. cit.*, p. 779.

163 C.C., 30 juin 2014, n°99/2014, B.21.



rective européenne, mais pas s'il s'agit d'un droit garanti par la Constitution¹⁶⁴ ?

Au niveau européen, la jurisprudence « révolutionnaire »¹⁶⁵ de la Cour de justice affirme d'abord le principe de la responsabilité de l'État en cas de non-transposition d'une directive¹⁶⁶. Peu importe l'organe de l'État qui est responsable de cette non-transposition. Il ne peut en être autrement pour que la protection des droits des citoyens soit réalisée de manière non discriminatoire au niveau européen. En effet, les États membres sont organisés de manière très différente et, partant, une distinction entre les pouvoirs de l'État risque de diminuer la protection des droits des citoyens dans certains États. Dès lors, n'importe quel organe de l'État est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de violation du droit européen¹⁶⁷. Le droit européen ébranle « le mythe de l'infaillibilité du législateur »¹⁶⁸. L'influence de la jurisprudence européenne est donc déterminante dans l'avènement de la responsabilité du législateur. Cette jurisprudence a donc été importée en droit belge, en raison d'une interprétation large du principe d'égalité et de non-discrimination¹⁶⁹.

En effet, la protection des droits fondamentaux, et singulièrement la protection non-discriminatoire de ces droits, permet d'intégrer les exigences du droit de l'Union européenne dans toute la responsabilité civile de l'État. Cette supranationalité est absente au Canada. On observe

donc en Europe « une européanisation du droit de la responsabilité de la puissance publique »¹⁷⁰. Le système juridique européen « bouleverse les concepts traditionnels de souveraineté et impose le contrôle juridictionnel des lois parlementaires, ainsi que le principe de la responsabilité de l'État législateur »¹⁷¹.

Dès lors, la protection des droits fondamentaux et la supranationalité sont impuissantes à mettre en cause la responsabilité du législateur canadien. Il en va différemment en Belgique, sous l'influence combinée du droit de l'Union européenne et du principe d'égalité et non-discrimination.

IV. En guise de conclusion : un pouvoir judiciaire sans limite ?

Pour conclure, le présent article a donc permis de mener une réflexion sur la séparation des pouvoirs en Belgique. Ainsi, l'on a pu souligner que sa portée est très différente de celle en droit canadien. La comparaison des régimes de responsabilité civile de l'État, et singulièrement des arguments invoqués à l'appui de la (non-)responsabilité du pouvoir législatif, illustre les profondes divergences entre ces deux systèmes juridiques.

L'analyse que nous avons menée entendait montrer comment la séparation des pouvoirs a été mobilisée sous trois

164 S. VAN DROOGHENBROECK, « Arriéré judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », note sous Cass., 28 septembre 2006, *R.C.J.B.*, 2007, pp. 377-378.

165 C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 562.

166 C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c. République italienne*, C-6/90 et C-9/90 ; D. LECZYKIEWICZ, « Effectiveness of EU Law before national courts », in A. ARNULL et D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 225-226. Voy. également C.J.C.E., 23 mai 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, C-5/94 ; C.J.C.E., 8 octobre 1996, *Erich Dillenkofer et alii c. Bundesrepublik Deutschland*, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94.

167 C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland et The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd.*, C-46/93 et C-48/93.

168 R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, pp. 440-441.

169 L'on souligne que le principe d'égalité et de non-discrimination a une « position centrale » en droit constitutionnel belge et une « fonction structurante » dans le système juridique (B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination » in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 553). Sa portée dépasse celle qui lui est reconnue dans d'autres États, qui ont une conception plus formelle de l'égalité. On rappelle que, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle : « le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voy. not. C.C., 14 novembre 2019, n°178/2019, B.5. Voy aussi C.C., 27 avril 2017, n°45/2017, B.11.2. ; C.C., 25 septembre 2014, n°141/2014, B.4.1. ; C.C., 5 décembre 2013, n°163/2013, B.14. ; C.C., 12 février 2009, n°17/2009, B.9. ; C.C., 30 novembre 2005, n°174/2005, B.4. ; C.A., 13 juillet 1989, n°21/89, B.4.5.b).

170 P. GONOD, « Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative en France et à l'étranger : quelles convergences ? », *Revue française d'administration publique*, 2013/3, p. 723.

171 P. POPELIER et C. ROGULA, *op. cit.*, p. 443.



aspects différents. Tout d'abord, dans une perspective verticale, on a pu constater que la suprématie du parlement était un principe qui, dans la conception belge, n'existait plus du tout. Les pouvoirs sont égaux entre eux. Ensuite, sous un angle horizontal, la Cour de cassation insiste sur la distinction entre, d'une part, la fonction de juger et, d'autre part, celles d'administrer et de légiférer. Par une interprétation plus souple que celle qui prévaut au Canada, le contrôle judiciaire de l'État est possible. Enfin, la séparation des pouvoirs a été confrontée à la rencontre de l'ordre juridique interne avec le droit international, ce qui renforce le pouvoir judiciaire. Le droit de l'Union européenne constitue une contrainte qui joue au détriment du législateur¹⁷².

Ces trois mobilisations de la séparation des pouvoirs ont systématiquement joué à l'avantage du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif en Belgique. Tel n'est pas le cas au Canada. N'étant pas soumis à des contraintes similaires à celles du droit européen, le droit canadien conserve une grande autonomie. Par ailleurs, la suprématie du parlement, quoique atténuée par rapport au droit anglais, demeure un principe constitutionnel fort. Il n'est toutefois pas exclu que la jurisprudence canadienne évolue, comme elle l'a déjà fait sous l'influence de la Charte.

La responsabilité de l'État belge du fait du législateur s'inscrit dans le renforcement du pouvoir dévolu aux juridictions, à un point tel que certains qualifient le droit moderne de « *juristocracy* »¹⁷³. La responsabilité du législateur ne serait qu'une application d'un phénomène plus large, celui de l'emprise grandissante du juge sur la vie sociale, alors que le législateur a perdu de sa superbe¹⁷⁴. Avec le développement d'une forme d'« omni-contentieux »¹⁷⁵, c'est au juge qu'il revient de plus en plus d'opérer des arbitrages politiques. Tant au Canada qu'en Belgique, l'aug-

mentation du pouvoir des juges a été constatée¹⁷⁶, voire dénoncée. Francis Delpérée s'interroge : « les cours et tribunaux de demain vont-ils se reconnaître compétents pour juger de la responsabilité de l'État du fait – encore le fait... – du pouvoir constituant ? Ce jour-là, le juge – créature – fera la leçon à la Constitution – créatrice »¹⁷⁷.

Lorsqu'un grand pouvoir est accordé aux magistrats, la crainte du gouvernement des juges n'est jamais loin¹⁷⁸. Dans les faits, la théorie de Montesquieu a connu une évolution, car il n'entendait pas conférer un rôle aussi étendu au pouvoir judiciaire. En effet, il ne souhaitait pas que le pouvoir judiciaire soit composé de juges permanents, mais seulement de jurys : « de cette façon la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle »¹⁷⁹.

Sans faire de ces craintes les nôtres, nous pensons qu'une réflexion doit être menée sur la portée de la séparation des pouvoirs aujourd'hui. Celle-ci pourrait être repensée pour mieux rendre compte de l'évolution du droit constitutionnel. En effet, l'on constate que le principe de séparation des pouvoirs, quoique reconnu dans les deux systèmes juridiques étudiés, n'en permet pas moins d'aboutir à des régimes juridiques très différents. La séparation des pouvoirs est donc, seule, impuissante pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'État. Il est néanmoins possible pour la théorie du droit d'analyser le contenu que les juridictions donnent à ce principe et d'étudier comment les juges l'utilisent pour justifier un régime juridique¹⁸⁰. S'agissant d'un principe mobilisé par la jurisprudence, la séparation des pouvoirs constitue « surtout une autolimitation »¹⁸¹. Dès lors, « les juges n'ont à rendre compte de leurs décisions qu'à leur conscience »¹⁸².

172 O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, p. 56.

173 R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004.

174 M. BARBERIS, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, p. 13.

175 N. BERNARD et N. VANDER PUTTEN, « La responsabilité civile de l'État pour faute du pouvoir exécutif. Anno 2020 », *J.T.*, 2020, p. 738.

176 L. HUPPÉ, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain », *R. du B.*, 55, 1995, pp. 171 et suiv.

177 F. DELPÉRÉE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État du fait des lois, vue de l'intérieur » in D. RENDERS (coord.), *op. cit.*, p. 478. Dans le même sens, Marc Uyttendaele se demande « s'il ne conviendrait pas de soumettre les juridictions, et au premier titre la Cour de cassation, à des contrôles qui la contraindraient à un meilleur respect du droit » (M. UYTTENDAELE, « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvais élèves de la classe » in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 830).

178 J.-Y. MORIN, « Le pouvoir des juges et la démocratie : *Sed quis custodiet ipsos custodes ?* » in *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Université de Montréal, 1995, p. 727 ; A. ALEN, « Séparation ou collaboration... », *op. cit.*, p. 226.

179 MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, XI, vi.

180 M. TROPER, « A quoi sert la séparation des pouvoirs ? Le point de vue de la théorie du droit », *Conseil constitutionnel*, 2019/2, p. 8.

181 M. JOASSART, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs », note sous Bruxelles, 21 février 2014 et 12 septembre 2014, *A.P.T.*, 2016, p. 436.

182 E. LIEKENDAEL, « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », *J.T.*, 1997, p. 553.



Pour terminer, si la séparation des pouvoirs a pu être qualifiée d'« arme de guerre contre le pouvoir omnipotent »¹⁸³, elle ne justifie pas les mêmes solutions partout et permet au pouvoir judiciaire belge de gagner en importance alors qu'elle continue de garantir la suprématie du pouvoir législatif canadien. L'autolimitation du pouvoir judiciaire canadien est donc beaucoup plus importante en cette matière. En érigeant le principe de responsabilité de l'État belge dans sa fonction législative, le pouvoir judiciaire protège les droits du citoyen. Toutefois, plusieurs auteurs s'interrogent sur cette montée en puissance du juge avec, à la clef, une question : faut-il repenser la séparation des pouvoirs pour rendre compte de cette évolution ?

183 J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3, p. 484.

