

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DE LÉGIFÉRER EN VIOLATION DE LA CONSTITUTION

par

Marc VERDUSSEN

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain
Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO)

Il y a une quarantaine d'années – c'était en 1973 –, les Journées juridiques Jean Dabin – c'étaient les Sixièmes – portaient sur le contrôle juridictionnel des lois⁽¹⁾. Dans une contribution remarquée, les professeurs Paul De Visscher et Francis Delpérée, au nom de « la limitation des pouvoirs », du « respect des libertés », de « la solidité des structures » et de « la cohérence des lois », y ont plaidé pour l'aménagement en Belgique d'un contrôle juridictionnel des lois et, plus particulièrement, pour la création d'une juridiction constitutionnelle⁽²⁾. Cette juridiction constitutionnelle, il a fallu attendre 1980 pour qu'elle soit consacrée par la Constitution et 1984 pour qu'elle soit installée. Ce faisant, le Constituant et, à sa suite, le législateur fédéral ont franchi une étape décisive dans l'affirmation de la responsabilité du législateur.

Aussi importante fût-elle, cette étape était insuffisante. Car confier à douze juges le pouvoir de constater les inconstitutionnalités du législateur est une chose, mais permettre à ces mêmes juges, voire à d'autres juges, d'ordonner la réparation des dommages causés par ces inconstitutionnalités en est une autre⁽³⁾.

(1) Travaux des VI^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Bruylant, 1973.

(2) P. DE VISSCHER et F. DELPÉRÉE, « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in *ibid.*, pp. 241-296.

(3) Dans sa contribution aux VI^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Robert Andersen étudie la responsabilité du fait des lois à un moment où la Belgique ne dispose d'aucun contrôle de constitutionnalité de ces lois : R. ANDERSEN, « Quelques réflexions sur la responsabilité du fait des lois », in *ibid.*, pp. 391-441.

Existe-t-il une objection constitutionnelle de principe à la reconnaissance d'une responsabilité civile de l'État du fait de légiférer en violation de la Constitution ? Cette question appelle une réponse négative. Comme le dit très bien le Tribunal de première instance de Bruxelles, « rien ne justifie, depuis qu'il y a un contrôle limité de la constitutionnalité des lois [...], d'exonérer par principe l'État de toute responsabilité dans l'exercice du pouvoir de légiférer, pour inconstitutionnalité d'une loi »⁽⁴⁾.

L'État-législateur ne puise ni dans le texte de la Constitution ni dans le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs une immunité qui lui permettrait d'échapper à toute mise en cause de sa responsabilité civile⁽⁵⁾.

En 2007, à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006⁽⁶⁾, nous écrivions ceci avec le professeur Jacques van Compernelle :

« Pourquoi l'État jouirait-il d'une immunité lorsque la faute commise en son nom est imputable au pouvoir législatif ? Quel impératif justifierait qu'un traitement différencié soit ainsi réservé à l'exercice de la fonction législative ? La Révolution française a produit une culture politique qui, imprégnée des thèses de Rousseau, véhiculait une foi apologétique en un législateur infaillible. C'était l'idée que la loi tient sa transcendance, non pas de ses prétendues qualités intrinsèques, mais de la majesté de son origine : elle ne peut être que parfaite puisqu'elle est votée par les représentants du peuple. L'évolution du constitutionnalisme a permis de révéler l'inexactitude d'une telle idée. En clair, le législateur peut se tromper. C'est cette prise de conscience qui, en Europe, a ouvert la voie à la création de cours constitutionnelles, juridictions spécialement chargées de contrôler la conformité ou la compatibilité des normes législatives à la Constitution. Mettre l'État à l'abri de l'obligation de réparer les dommages causés par des fautes de nature législative est une manière de perpétuer le mythe de l'infaillibilité du législateur »⁽⁷⁾.

(4) Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *R.G.C.F.*, 2004, p. 55.

(5) Voy. cependant R. ERGEC, « Quelques doutes sur la soumission du législateur au droit commun de la responsabilité civile », *J.T.*, 2007, p. 441.

(6) Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 595, avec les conclusions conformes de M. le premier avocat général J.-Fr. Leclercq. Les commentaires doctrinaux consacrés à cet arrêt sont trop nombreux pour être tous cités ici. Voy. spéc. S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'État-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », *R.C.J.B.*, 2007, pp. 367-421.

(7) J. VAN COMPERNELLE et M. VERDUSSEN, « La responsabilité du législateur dans l'arrière judiciaire », *J.T.*, 2007, p. 434. Nous tenons cependant à préciser que certains développements effectués dans la présente contribution

Et d'ajouter, s'agissant plus particulièrement du principe de la séparation des pouvoirs :

« [...] aujourd'hui plus que jamais, l'on s'accorde pour considérer, comme le fait la Cour de cassation, que ce principe doit être entendu d'une exigence d'équilibre des pouvoirs. Deux impératifs en découlent pour chacun des pouvoirs : l'impossibilité de monopoliser et la faculté d'empêcher. Le premier impératif conduit à répartir les trois fonctions étatiques – légiférer, gouverner et juger – entre des organes différents et à faire en sorte qu'aucune de ces fonctions ne puisse être absorbée par un seul organe. Le second impératif implique que chaque pouvoir – en ce compris celui de juger – soit en mesure d'éviter ou d'arrêter les abus des deux autres pouvoirs, ce qui implique qu'à l'inverse, et corrélativement, chaque pouvoir ne soit pas en mesure de commettre des abus impunis »⁽⁸⁾.

Il reste cependant à déterminer les modalités d'une mise en cause de la responsabilité de l'État-législateur pour violation de la Constitution. Lorsque le législateur – un des législateurs⁽⁹⁾ – légifère en méconnaissant une norme tirée de la Constitution, par qui et à quelles conditions sa responsabilité civile peut-elle être engagée ? C'est la première question examinée dans la présente contribution (I).

traduisent un inflexissement par rapport à des opinions défendues dans l'article cité ici. « Il n'y a aucun mal à changer d'avis, pourvu que ce soit dans le bon sens », disait Winston Churchill.

(8) *Idem.* Sur l'objection tirée de l'irresponsabilité parlementaire de l'article 58 de la Constitution, voy. not. J.-C. SCHOLSEM, « L'article 58 de la Constitution : deux visions du droit ? », in *Liber amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 483 : « On conçoit bien que les parlementaires aient besoin d'une immunité et que si son champ d'application est étroit, ses effets s'étendent largement [...]. La loi, c'est autre chose, c'est la production en quelque sorte objectivée. La loi se détache des hommes et des femmes dont la liberté doit être préservée. Elle n'est pas seulement votée par une majorité parlementaire, elle est aussi sanctionnée et promulguée. Ce faisant, elle cesse d'être un acte purement parlementaire pour devenir une norme, un acte même d'État ». On retrouve ici la distinction faite par Paul Martens entre les deux formes de contrôle juridictionnel de la fonction politique : le contrôle juridictionnel sur les acteurs politiques et le contrôle juridictionnel sur la production juridique de ces mêmes acteurs (P. MARTENS, « De quelques contrôles juridictionnels sur les acteurs politiques », *Rev. dr. ULB*, 1997, p. 287).

(9) Les développements de la présente contribution sont applicables au législateur fédéral, mais également aux législateurs des collectivités fédérées, qu'il s'agisse des régions ou des communautés, voire de la Commission communautaire française et de la Commission communautaire commune. Par facilité de langage, nous utiliserons les termes généraux « législateur » et « lois ».

Cette question en appelle une autre. Lorsqu'au nom du respect de la Constitution – et plus particulièrement des normes dont elle est chargée d'assurer le respect –, la Cour constitutionnelle adresse au législateur – à un des législateurs – une injonction de légiférer, l'inaction de celui-ci est-elle de nature à engager sa responsabilité civile et, si oui, par qui et à quelles conditions ? C'est la seconde question examinée dans la présente contribution (II).

La responsabilité civile du législateur est donc envisagée à la fois au regard des obligations que lui impose directement la Constitution et au regard des injonctions que la Cour constitutionnelle lui adresse à partir de la Constitution. Par ailleurs, cette responsabilité est étudiée *de lege lata*⁽¹⁰⁾. La responsabilité civile du fait de légiférer n'étant examinée ici qu'en tant que responsabilité extra-contractuelle, on parlera de « responsabilité civile », sans autre spécification⁽¹¹⁾.

*

I. – LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DE LÉGIFÉRER EN VIOLATION D'UNE NORME TIRÉE DE LA CONSTITUTION

De toute évidence, la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour ordonner elle-même la réparation d'un dommage résultant d'une inconstitutionnalité constatée par elle⁽¹²⁾. En vertu de l'article 144 de la Constitution, il revient au seul pouvoir judiciaire

(10) Sur la possibilité d'une intervention législative destinée à régler spécifiquement la responsabilité civile du fait de légiférer, dans le sens d'une objectivisation de cette responsabilité, voy. le rapport de Sébastien van Drooghenbroeck. Voy. égal. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 249-250 (l'auteur plaide, non seulement pour une objectivisation de la responsabilité civile de l'État-législateur, mais également pour une constitutionnalisation de cette responsabilité).

(11) La littérature juridique belge sur la responsabilité civile du législateur du fait de légiférer est foisonnante, spécialement ces dernières années. Les études doctrinales citées dans la présente contribution ne représentent pas un relevé exhaustif de la production doctrinale en la matière.

(12) À l'époque de l'adoption de la première loi sur la Cour constitutionnelle, alors dénommée « Cour d'arbitrage », les travaux préparatoires soulignent que « le Parlement n'a pas retenu l'idée d'une réparation des préjudices subis par des particuliers à la suite de l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un décret qui viendrait à être annulé par la Cour d'arbitrage » : Rapport fait au nom de

de statuer sur le droit à la réparation d'un préjudice⁽¹³⁾, sous réserve de la compétence récemment reconnue au Conseil d'État de statuer sur les effets civils de ses décisions⁽¹⁴⁾.

Les cours et tribunaux seraient-ils compétents pour statuer sur la réparation d'un dommage que le législateur aurait causé en méconnaissant, par action ou par omission, une norme constitutionnelle ?

On précisera, avant toute chose, et sans préjuger de la réponse à donner à cette question, que la violation de la norme constitutionnelle doit avoir été dûment constatée par la Cour constitutionnelle, qui, rappelons-le, est seule habilitée à exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois⁽¹⁵⁾. Dans un arrêt du 28 février 2005,

la commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions par M. Lallemand, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1983-1984, n° 579/2, pp. 6-7.

(13) Pour une critique de ce dualisme juridictionnel, voy. S. VAN KOEKENBEEK, *Principes fondamentaux du contentieux constitutionnel belge*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 88-89. L'auteur envisage, par ailleurs, l'intérêt, mais aussi les limites, d'une extension des compétences de la Cour constitutionnelle à la réparation du préjudice causé par l'adoption d'une loi inconstitutionnelle (pp. 104-106). La discussion renvoie au problème plus général de la distinction entre justice constitutionnelle et justice ordinaire : voy. L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction théorique », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 85-112.

(14) Voy. M. JOASSART, « Droits civils », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 375-395.

(15) Une brèche a été apportée par le législateur spécial dans le monopole dont jouit la Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois. En vertu de l'article 9 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, les cours et tribunaux peuvent écarter l'application d'une ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale qui serait contraire à une disposition de la Constitution – ou de la loi spéciale – ne faisant pas partie des normes dont la Cour constitutionnelle est la gardienne. Sur cette disposition, voy. H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », in *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 175-178. Pour un exemple de non-application d'une ordonnance régionale, voy. Cass., 1^{er} mars 2002, *Pas.*, 2002, p. 618. Ce contrôle exorbitant est également applicable aux ordonnances adoptées par la Commission communautaire commune, en vertu de l'article 69, alinéa 2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 sur les institutions bruxelloises. Sur la constitutionnalité de ces dispositions, voy. C. const., arrêt n° 24/98 du 10 mars 1998, B.8 à B.12. Contrairement à ce qu'affirme Sébastien van Drooghenbroeck dans son rapport, on trouve ici les seules réelles exceptions au monopole de la Cour constitutionnelle dans le contrôle de constitutionnalité des lois. En effet, le contrôle de compatibilité des lois, décrets et ordonnances aux dispositions de

la Cour de cassation rappelle que « les juridictions de l'ordre judiciaire n'ont pas le pouvoir de contrôler la conformité des lois à la Constitution », de telle sorte que l'arrêt qui procède à un tel contrôle « méconnaît le principe général du droit relatif à la séparation des pouvoirs et viole l'article 159 de la Constitution »⁽¹⁶⁾. Le juge judiciaire ne peut pas s'engager indirectement dans un contrôle qu'il ne peut exercer directement⁽¹⁷⁾. C'est pourquoi la mise en cause de la responsabilité de l'État-législateur pour violation d'une disposition tirée de la Constitution « implique le constat préalable de la violation de la Constitution par la loi qui ressort du seul contrôle de la Cour constitutionnelle »⁽¹⁸⁾. Il y a là une différence importante avec la violation par le législateur d'une norme internationale directement applicable qui, en vertu de la jurisprudence *Le Ski* de la Cour de cassation⁽¹⁹⁾, peut être constatée directement par le juge saisi de l'action en responsabilité civile⁽²⁰⁾.

Si l'on envisage concrètement les choses, deux solutions sont possibles. Soit l'action en responsabilité civile contre l'État est déclenchée à la suite d'un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant une violation de la Constitution dans le chef du législateur et il revient alors au juge saisi de cette action d'examiner dans quelle mesure le constat d'inconstitutionnalité est constitutif d'une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil. Soit la Cour constitutionnelle ne s'est

la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 non intégrées au bloc de constitutionnalité (sur cette notion, voy. *supra*), contrôle que la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 21 avril 2011 (C.08.0452.F), ne concerne pas la Constitution elle-même. Par ailleurs, si, en vertu de l'article 26, § 4, alinéa 2, 4°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, l'obligation de poser une question préjudicielle en cas de concours de droits fondamentaux ne s'applique pas « lorsque la juridiction estime qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du Titre II de la Constitution est manifestement violée », c'est précisément parce que cette violation a été précédemment constatée par les juges constitutionnels.

(16) Cass., 28 février 2005, *Pas.*, 2005, p. 496.

(17) G. MAES, « Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *NjW*, 2004, p. 399.

(18) Mons, 27 février 2007, *J.T.*, 2009, p. 213. Dans le même sens, voy. not. Liège, 12 février 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 502 ; Liège, 16 décembre 2004, *J.T.*, 2005, p. 215 ; Liège, 8 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 173.

(19) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 887, concl. W.-J. Ganshof van der Meersch.

(20) H. VANDENBERGHE, « De beleidsmatige reactie op arresten van het Grondwettelijk Hof », *C.D.P.K.*, 2010, p. 372.

pas précédemment prononcée sur l'inconstitutionnalité alléguée à l'appui de l'action en responsabilité civile et il revient alors au juge, avant de statuer sur cette action, d'adresser une question préjudicielle aux juges constitutionnels. Ce crochet procédural est constitutionnellement inévitable.

On en donne un exemple récent⁽²¹⁾. Le 16 février 2010, l'État belge est cité devant le Tribunal de première instance de Bruxelles aux fins d'être condamné à payer à la demanderesse une indemnité en ce que l'article 37, § 20, alinéa 3, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, inséré par l'article 140 de la loi-programme du 22 décembre 2008, aurait violé certaines dispositions de la Constitution. Par un jugement rendu le 30 juin 2011, le Tribunal a dit la demande prescrite. Saisie d'une requête d'appel, la Cour d'appel de Bruxelles a rendu, le 30 janvier 2015, un arrêt par lequel elle pose à la Cour constitutionnelle la question suivante :

« L'article 37, § 20, alinéa 3, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, inséré par l'article 140 de la loi-programme du 22 décembre 2008, viole-t-il les articles 10, 11 et 23 de la Constitution lus séparément et combinés avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 1^{er} de la Charte sociale européenne et le principe de sécurité juridique en ce qu'il crée, entre les tabacologues qui prodiguaient une assistance au sevrage tabagique avant son entrée en vigueur, deux catégories de tabacologues : ceux qui ont obtenu le droit d'être reconnus, à savoir les professionnels de la santé et les licenciés en psychologie, à l'unique condition d'avoir réussi les épreuves finales d'une formation spécifique – en sorte que leur intervention peut être remboursée par l'INAMI – et ceux qui n'ont pas obtenu ce droit, bien qu'ils justifiaient d'une expérience utile comme tabacologue et qu'ils avaient réussi les épreuves finales d'une formation spécifique en tabacologie ? »⁽²²⁾.

(21) Pour un autre exemple, voy. C. const., arrêt n° 2/2014 du 16 janvier 2014 (question préjudicielle posée par le Tribunal de première instance de Bruxelles saisi d'une action en responsabilité civile introduite par trois étudiantes arguant que, par l'adoption du décret du 1^{er} juillet 2005 qui limite le nombre d'étudiants ayant accès à la deuxième année des études de médecine, la Communauté française a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil). Affaire inscrite au numéro 6159 du rôle de la Cour constitutionnelle. Voy. l'avis publié au *Moniteur belge* du 15 avril 2015 (p. 22154).

(22) Bruxelles, 30 janvier 2015 (rôle n° 2011/AR/2558). Affaire inscrite au numéro 6159 du rôle de la Cour Constitutionnelle. Voy. l'avis publié au *Moniteur Belge* du 15 avril 2015 (p. 22154).

De la nécessité d'un constat préalable d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle, une première conséquence se dégage : lorsqu'une norme constitutionnelle enjoint expressément au législateur de légiférer – citons, à titre d'exemple, les articles 11*bis*, alinéas 1 et 3, 22, alinéa 2, 22*bis*, alinéa 5 et 23, alinéa 2⁽²³⁾ – et que ce dernier reste en défaut complet de le faire, une action en responsabilité civile est illusoire, puisque cette inaction ne peut être constatée par la Cour constitutionnelle. Hormis le Tribunal constitutionnel portugais, les juridictions constitutionnelles européennes n'ont, en effet, pas le pouvoir de constater l'existence d'une inconstitutionnalité par omission⁽²⁴⁾. Seules sont visées ici les omissions législatives absolues. Si toute méconnaissance d'une obligation positive imposée par la Constitution au législateur doit être qualifiée d'« omission législative inconstitutionnelle », celle-ci n'est pas nécessairement absolue. Elle l'est lorsque, la Constitution lui imposant de légiférer, le législateur s'abstient de toute production normative et commet une sorte de déni de législation.

De la nécessité d'un constat préalable d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle, une deuxième conséquence se dégage : la responsabilité civile du législateur ne peut être mise en cause pour violation d'une norme constitutionnelle qui échappe aux compétences de la juridiction constitutionnelle⁽²⁵⁾. En revanche, elle peut être mise en cause pour violation d'une norme législative qui, bien que n'ayant pas un rang constitutionnel, fait partie du bloc de constitutionnalité, en vertu de l'article 142 de la Constitution⁽²⁶⁾. On entend par « bloc de constitutionnalité » l'ensemble des normes

(23) On se limite ici aux dispositions de la Constitution qui imposent formellement une intervention législative, ce qui ne remet pas en cause le fait que chaque droit fondamental reconnu par la Constitution est par lui-même l'expression d'une valeur qui, parce qu'elle est reconnue par la Constitution, ne peut rester platonique et, par conséquent, ne peut laisser les pouvoirs publics indifférents. Voy. M. VERDUSSEN, « Les droits fondamentaux des citoyens dans la Belgique fédérale », *Revista catalana de dret public*, 2005, vol. 31, p. 177.

(24) Voy. J.J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, « La inconstitucionalidad por omision en Portugal », *Revista de direito e de estudos sociais*, 1995, pp. 265-295.

(25) Voy., en ce sens, A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur », *J.T.*, 2008, pp. 99-100 ; P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *A.P.T.*, 2012, p. 19 ; ID., *Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1292-1293.

(26) Voy., en ce sens, Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 247, note 37.

de référence utilisées par la juridiction constitutionnelle comme instruments de son contrôle⁽²⁷⁾. Les dispositions législatives englobées dans le bloc de constitutionnalité sont celles par lesquelles le législateur – il s’agit surtout du législateur spécial – répartit les compétences entre la collectivité fédérale et les collectivités fédérées. Au titre du contrôle de constitutionnalité des normes législatives, il revient donc à la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité de ces normes à l’égard des règles qui sont établies par la Constitution ou vertu de celles-ci pour déterminer les compétences respectives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées, des droits fondamentaux consacrés par le Titre II et par les articles 170, 172 et 191 de la Constitution et, enfin – depuis la Sixième Réforme de l’État⁽²⁸⁾ –, de l’article 143, § 1^{er}, de la Constitution⁽²⁹⁾.

Prenant appui sur un arrêt récent de la Cour constitutionnelle⁽³⁰⁾, Sébastien van Drooghenbroeck s’interroge : « [...] ne pourrait-on pas affirmer que l’article 1382 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution si, compte tenu des compétences limitées de la Cour constitutionnelle, il est interprété comme empêchant que la responsabilité puisse être engagée en raison d’une faute commise par l’État-législateur, alors même que cette faute consiste dans

(27) « Parmi ces normes de référence, certaines ont une valeur constitutionnelle, elles sont placées au même niveau que la Constitution dans la hiérarchie des normes, et d’autres ont une valeur infra-constitutionnelle et supra-législative, elles sont placées à un niveau inférieur à la Constitution mais supérieur aux lois. Elles doivent donc bien être distinguées de la Constitution, même si l’obligation de les respecter résulte de la Constitution » (M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 2002, p. 45).

(28) Loi spéciale sur la Sixième Réforme de l’État du 6 janvier 2014, art. 47 et 48 (*Mon. b.*, 31 janvier 2014, p. 8654). Voy. M. VERDUSSEN, « Cour constitutionnelle », in M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), *op. cit.*, pp. 288-298.

(29) Constitution, art. 142, al. 2 ; loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 1^{er} et 26, § 1^{er}.

(30) C. const., arrêt n° 99/2014 du 30 juin 2014 : « L’article 1382 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution s’il est interprété comme empêchant que la responsabilité de l’État puisse être engagée en raison d’une faute commise, dans l’exercice de la fonction juridictionnelle, par une juridiction ayant statué en dernier ressort tant que cette décision n’a pas été retirée, rétractée, réformée ou annulée, alors même que cette faute consiste dans une violation suffisamment caractérisée des règles de droit applicables et que cette faute ne permet pas, compte tenu des voies de recours limitées ouvertes à l’encontre de ladite décision, d’en obtenir l’anéantissement ».

une violation suffisamment caractérisée de règles constitutionnelles ? »⁽³¹⁾.

Nous ne pouvons le suivre dans ce généreux raisonnement. D'une part, une réponse affirmative à cette question impliquerait qu'on rompe avec le monopole de la Cour constitutionnelle dans le contrôle de constitutionnalité des lois, monopole qui trouve sa source dans l'article 142 de la Constitution et résulte donc d'un choix posé par le Constituant lui-même. D'autre part, la lacune législative qui s'inscrit au cœur de l'interrogation de Sébastien van Drooghenbroeck nous paraît difficilement imputable à l'article 1382 lui-même. N'est-il pas plus sage de la considérer comme une lacune « extrinsèque », non « autoréparatrice »⁽³²⁾ ?

Cette précision étant faite, peut-on considérer que, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, toute inconstitutionnalité commise par le législateur et dûment constatée par les juges constitutionnels est de plein droit constitutive d'une faute, au sens de l'article 1382 du Code civil ? En d'autres termes, le principe d'unité entre l'illégalité et la faute civile se double-t-il d'un principe d'unité entre l'inconstitutionnalité et la faute civile ? De nombreux auteurs ont donné une réponse positive à cette question⁽³³⁾. Dans les conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassa-

(31) Voy., dans le présent ouvrage, le rapport de Sébastien VAN DROOGHENBROECK.

(32) Sur ces notions, voy. *infra*.

(33) Voy. not. G. MAES, *op. cit.*, p. 399 : « Een arrest van het Arbitragehof zegt immers uitdrukkelijk dat een grondwettelijke of bevoegdheidsverdelende bepaling is geschonden. Dit houdt in dat er een inbreuk is gepleegd op de verplichting die aan de wetgever is opgelegd om zich te onthouden van handelen of precies op een bepaalde wijze te handelen. Als het Hof in het beschikkend gedeelte van zijn arrest tot de vaststelling komt dat de wetgever een on(grond)wettigheid heeft begaan, dan geldt deze vaststelling erga omnes. Artikel 116 Arbitragehofwet stelt immers dat een arrest van het Hof definitief is en niet vatbaar is voor hoger beroep. Dit betekent dat er geen rechterlijke instantie is die de rechtspraak van het Arbitragehof kan corrigeren, maar ook dat de rechter van de aansprakelijkheidsvordering gebonden is door de vaststelling van de onwettigheid van de bepaling. Deze kan zelf niet tot een ander besluit komen en de eenheid tussen de on(grond)wettigheid en de onrechtmatigheid dringt zich op. In dergelijke gevallen heeft de wetgever een fout begaan, en voor zover de oorzakelijkheid tussen de onrechtmatige daad en de opgelopen schade vaststaat, moet er tot schadevergoeding worden besloten ». Pour ce qui concerne la jurisprudence, voy. not. Mons, 27 février 2007, *J.T.*, 2009, p. 213 : « en cas de constat d'inconstitutionnalité par la Cour d'arbitrage, la faute de

tion du 28 septembre 2006, le premier avocat général Jean-François Leclercq a également défendu cette opinion⁽³⁴⁾.

Dans un arrêt rendu le 10 septembre 2010⁽³⁵⁾, la Cour de cassation rejette l'idée d'une assimilation systématique de toute inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle à une faute civile⁽³⁶⁾. Selon elle, « la responsabilité du législateur pour avoir adopté une législation fautive requiert une appréciation propre du juge saisi de la demande de condamner l'État sur la base d'un acte illicite »⁽³⁷⁾. Et la Cour d'ajouter que « 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 ». En l'espèce, la Cour constitutionnelle avait, sur question préjudicielle, déclaré l'inconstitutionnalité, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 34, § 1^{er}, 1^o, du Code des impôts sur les revenus 1992⁽³⁸⁾.

L'arrêt du 10 septembre 2010 a le mérite d'engager un débat quant à l'incidence des évolutions les plus récentes de la normativité

l'État-législateur sera établie sous réserve de l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause d'exonération de responsabilité ».

(34) *Op. cit.*, p. 599.

(35) Cass., 10 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 811. L'arrêt casse un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 2 octobre 2008, *T.F.R.*, 2009, p. 548. Sur l'arrêt du 10 septembre 2010, voy. not. B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, « Responsabilité de l'État-législateur : la dernière pièce du puzzle ? », *J.T.*, 2011, pp. 801-808 ; P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout : een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever », *R.W.*, 2010-2011, pp. 1726-1729 ; J. VANDEN BRANDEN, « Heeft wetgever onrechtmatig gehandeld wanneer wet in strijd is met hogere norm ? », *R.A.B.G.*, 2010, pp. 1263-1266 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, pp. 2-26 ; *Id.*, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, pp. 1280-1306 ; A. WIRTGEN, « De overheidsaansprakelijkheid voor fouten van de wetgever : geen eenheid van ongrondwettigheid en fout », *C.D.P.K.*, 2011, pp. 292-298.

(36) Voy. not. P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout : een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever », *op. cit.*, p. 1727.

(37) Un auteur souligne qu'« il en résulte que le juge doit à tout le moins s'approprier le raisonnement de la Cour constitutionnelle pour démontrer le caractère fautif de l'intervention du législateur » : M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, Limal, Anthemis, 2014, p. 694, note 73.

(38) C. const., arrêt n° 132/98 du 9 décembre 1998.

sur les contours de la responsabilité civile, un débat dont les termes ont été excellemment posés par Bernard Dubuisson et Sébastien van Drooghenbroeck. Ces derniers observent que « les systèmes juridiques contemporains sont devenus résolument trop complexes pour que l'on puisse encore envisager la production, l'interprétation et l'application de normes comme des opérations purement mécaniques »⁽³⁹⁾. Ils en infèrent qu'« une illégalité objective constatée par une juridiction ne saurait suffire à conclure à l'existence d'une faute »⁽⁴⁰⁾.

L'arrêt du 10 septembre 2010, qui pêche par un surprenant lachisme, suscite trois questions.

A. – *La nature de la faute imputée au législateur*

La Cour de cassation ferme-t-elle la porte à la possibilité d'obtenir une réparation pour le dommage causé par une inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle ?

Il n'en est rien, mais la Cour de cassation impose au demandeur la charge de démontrer qu'en raison d'une intervention ou d'une omission législative fautive, le législateur, donc l'État, n'a pas « agi comme le ferait un législateur normalement prudent et diligent ».

En réalité, et conformément aux enseignements traditionnels de la jurisprudence sur les contours de l'acte fautif au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil⁽⁴¹⁾ – qui ne sont malheureusement pas repris dans l'arrêt du 10 septembre 2010 –, il faut admettre que le demandeur dispose de deux possibilités. Soit, il démontre que le législateur a violé une norme constitutionnelle lui imposant un comportement déterminé. C'est exactement l'objet de la question étudiée dans la première partie de cette contribution. Soit, il établit que, sans violer une telle norme, il a, par une erreur de conduite, méconnu une obligation générale de prudence. C'est

(39) B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 806.

(40) *Ibid.*, pp. 806-807.

(41) Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1^{er}, *Le fait générateur et le lien causal*, Bruxelles, Larcier, coll. Dossiers du Journal des tribunaux, 2009, p. 22.

là une hypothèse différente de la question étudiée dans la première partie de cette contribution, mais elle en découle naturellement.

1. – La violation d'une norme constitutionnelle imposant au législateur un comportement déterminé

Le demandeur peut chercher à établir que la norme constitutionnelle violée imposait au législateur un comportement déterminé. Sans cette démonstration, et sous réserve d'une éventuelle méconnaissance de l'obligation générale de prudence – examinée ci-après –, la violation de la Constitution ne peut être tenue pour constitutive d'une faute civile.

Comment le demandeur peut-il administrer la preuve que la norme constitutionnelle violée requerrait du législateur un comportement déterminé ? Comment peut-il, pour le dire autrement, tirer de la norme constitutionnelle une obligation de résultat ? À notre sens, deux catégories de normes constitutionnelles peuvent en tout cas être tenues pour telles.

(a) L'obligation de résultat est inscrite dans la norme constitutionnelle elle-même

Un certain nombre de normes constitutionnelles ont une texture suffisamment claire et univoque pour qu'on puisse en dégager une obligation de résultat. Dans ce cas, nous pensons pouvoir déduire de l'arrêt du 10 septembre 2010, que le constat d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle suffit à démontrer l'existence d'une faute dans le chef du législateur. La seule contrainte pour le demandeur est de démontrer le caractère suffisamment déterminé de la norme constitutionnelle.

On citera, par exemple, les normes constitutionnelles qui interdisent purement et simplement des peines déterminées : « La peine de mort est abolie » (art. 14*bis*) ; « La peine de la confiscation des biens ne peut être établie » (art. 17) ; « La mort civile est abolie ; elle ne peut être rétablie » (art. 18)⁽⁴²⁾.

(42) Voy. M. VERDUSSEN, « Les peines absolument inconstitutionnelles », in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, op. cit., pp. 617 et 620-623.

Force est cependant de constater que le bloc de constitutionnalité offre peu d'exemples de telles normes, qui figurent davantage en dehors du bloc⁽⁴³⁾. Sauf à être combinées avec des normes du bloc de constitutionnalité, tels les articles 10 et 11 de la Constitution, les normes étrangères à ce bloc sont impuissantes à procurer un fondement à une mise en cause de la responsabilité civile du législateur.

(b) L'obligation de résultat découle d'une interprétation consolidée de la norme constitutionnelle

Toutes les normes constitutionnelles n'emportent pas, comme telles, l'obligation pour le législateur de se conformer à un comportement déterminé. Loin s'en faut. Parmi les normes n'emportant pas une telle obligation, deux catégories méritent d'être citées⁽⁴⁴⁾. La première catégorie de normes constitutionnelles indéterminées regroupe les normes imposant des obligations positives faiblement contraignantes. Ces normes accordent au législateur une marge d'appréciation, que ce soit pour garantir la protection d'un droit fondamental ou pour poursuivre un objectif de politique générale. On pense, dans le premier cas, à l'article 23 de la Constitution et, dans le second cas, à l'article 7*bis* de la Constitution. La seconde catégorie de normes constitutionnelles indéterminées vise les normes qui, tout en étant rédigées en des termes impératifs, voient

(43) Pourtant, une partie de la doctrine tend à considérer que la plupart des normes constitutionnelles sont suffisamment précises pour être considérées comme imposant au législateur un comportement déterminé et donc une obligation de résultat. Voy. not. P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité extra-contractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, pp. 20-21 ; *Id.*, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1296. En jurisprudence, voy. not. Liège, 8 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 173 : « Les dispositions des articles 10 et 11 de la Constitution imposent au législateur d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une manière déterminée, à savoir, respecter le principe d'égalité et de la non-discrimination entre les citoyens. En adoptant des dispositions légales non conformes à ces normes constitutionnelles, l'État-législateur a commis une faute ».

(44) C.-H. BORN et M. VERDUSSEN, « Le *soft law* intraconstitutionnel », in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1^{er}, *Normes internationales et constitutionnelles*, Limal, Anthemis, Université Saint-Louis-Bruxelles, 2012, pp. 516-526.

leur densité normative affaiblie par le recours à des standards juridiques⁽⁴⁵⁾. La norme est rédigée de façon prescriptive (elle impose un comportement ou une abstention), mais son contenu reste indéterminé (en raison de l'utilisation d'un standard). L'exemple paradigmatique de telles normes réside dans les articles 10 et 11 de la Constitution.

Dans ces deux hypothèses, qui sont assurément les plus fréquentes, il convient de soumettre la norme constitutionnelle à un processus herméneutique, en procédant à « un examen analytique des commandements qui peuvent en être déduits » et « du contexte interprétatif dans lequel elle s'inscrivait au moment où la faute reprochée a été commise »⁽⁴⁶⁾. Lorsqu'il appert que la norme constitutionnelle fait l'objet de la part de la Cour constitutionnelle, voire d'autres juridictions, d'une interprétation consolidée⁽⁴⁷⁾, celle-ci peut contribuer à transformer la norme indéterminée en une norme déterminée.

Par exemple, la Cour de cassation considère, de manière constante, que l'inviolabilité du domicile concerne « le lieu, en ce compris les dépendances propres y encloses, occupé par une personne en vue d'y établir sa demeure ou sa résidence réelle et où elle a droit, à ce titre, au respect de son intimité, de sa tranquillité et plus généralement de sa vie privée »⁽⁴⁸⁾. La Cour constitutionnelle se réfère expressément à cette définition⁽⁴⁹⁾.

Ici, le constat d'inconstitutionnalité de la Cour constitutionnelle peut suffire à établir l'existence d'une faute dans le chef du législateur. Le demandeur doit cependant démontrer qu'une

(45) Un standard juridique est défini comme « un terme ou une locution insérés dans une règle de droit, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation » (P. ORIANNE, v° « Standard », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 581).

(46) B. DUBUISSON et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 805.

(47) Sur la notion d'interprétation consolidée, voy. J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, p. 301 ; *Id.*, « La réception des décisions d'une Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14, p. 88.

(48) Voy. not. Cass., 23 juin 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 613.

(49) Voy. not. C. const., arrêt n° 145/2011 du 22 septembre 2011.

interprétation jurisprudentielle consolidée confère un caractère suffisamment déterminé à la norme constitutionnelle sur laquelle se fonde l'arrêt de la Cour.

2. – *La méconnaissance d'une obligation générale de prudence*

L'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010 suscite la question suivante : la méconnaissance par le législateur d'une obligation générale de prudence, sans qu'une norme supérieure ait été violée, est-elle également constitutive de faute ?

On l'a dit, la Cour de cassation distingue traditionnellement la violation d'une norme imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée et l'erreur de conduite par rapport à un comportement normalement prudent. Apprécier le comportement du législateur au regard de ce second critère revient à s'interroger sur ce que doit être, dans telles circonstances, un législateur normal. Le demandeur doit démontrer qu'en l'espèce, le législateur ne s'est pas comporté en législateur « normalement prudent et diligent », selon la formule usuelle⁽⁵⁰⁾. En s'inspirant des enseignements traditionnels de la jurisprudence⁽⁵¹⁾, on dira que cette démonstration s'opère en deux temps. Dans un premier temps, le demandeur doit déterminer comment un législateur normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances, se serait comporté. Dans un second temps, le demandeur doit établir qu'en l'occurrence, le législateur s'est écarté de ce comportement qu'on était raisonnablement en droit d'attendre de lui.

Sur le plan des principes, il n'y a pas de motif sérieux d'empêcher le juge judiciaire de porter une telle appréciation, qui est de nature à conduire à une plus grande protection juridique du citoyen contre les actions inconstitutionnelles⁽⁵²⁾. Pourquoi le citoyen serait-il

(50) Voy. G. MAES, *op. cit.*, p. 401 : « De beoordeling kan er met andere woorden enkel in bestaan na te gaan of een normaal zorgvuldig en omstandig wetgever, geplaatst in dezelfde concrete financiële, materiële, politieke en sociaal-economische omstandigheden ook een gelijkaardige norm zou uitvaardigen, of precies niet zou uitvaardigen ».

(51) Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 24.

(52) A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor het foutieve verzuim zijn wetgevende bevoegdheid uit te oefenen », *R.W.*, 2006-2007, p. 1124.

moins bien protégé contre les inconstitutionnalités du législateur qu'à l'égard de celles commises par le pouvoir exécutif ou le pouvoir judiciaire ?

Sur le plan des applications concrètes, on admettra qu'une telle appréciation est hautement délicate. Comme le relève Sébastien van Drooghenbroeck, le juge de la responsabilité côtoie alors « de très près une frontière que le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit de franchir »⁽⁵³⁾. Compte tenu de ce risque, doit-il renoncer, dans tous les cas, à se prononcer sur l'obligation générale de prudence du législateur ? Un tel examen reste compatible avec la nécessité de préserver au profit du législateur un espace démocratique suffisant, si et seulement s'il est exercé de manière marginale⁽⁵⁴⁾. Rusen Ergec conseille au juge, dans l'application du critère du bon père de famille (*bonus pater familias*), de faire preuve de retenue, en reconnaissant au législateur « une grande marge d'appréciation dans la conciliation des divers intérêts dont il a la charge »⁽⁵⁵⁾. Pierre Van Ommeslaghe, pour sa part, estime difficilement imaginable que l'on apprécie la responsabilité du législateur selon le critère du bon père de famille, compte tenu de la mission qui lui est constitutionnellement impartie⁽⁵⁶⁾. Une hypothèse a été citée : l'« abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement, etc. »⁽⁵⁷⁾. Est-il besoin d'insister sur le caractère exceptionnel d'une telle hypothèse ?

(53) Voy., dans le présent ouvrage, le rapport de Sébastien VAN DROOGHENBROECK.

(54) G. MAES, *op. cit.*, pp. 400-401.

(55) R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 296. Voy. égal. A. ALEN, « La responsabilité des pouvoirs publics pour les fautes du législateur », *op. cit.*, p. 101.

(56) P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics en droit interne », cité par M. le premier avocat général J.-Fr. Leclercq dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006, *op. cit.*, p. 596. Pour la jurisprudence, voy. not. Bruxelles, 7 décembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 385 : « [...] d'une part, l'activité unique et exclusive du législateur fédéral s'exerce au plus haut niveau de l'État et, d'autre part, l'exigence même du critère objectif de référence [au comportement d'une personne placée dans les mêmes conditions] exclut de déterminer ce que devrait idéalement représenter un législateur type normalement prudent et soigneux, dont la conduite serait exempte de toute défaillance ».

(57) *Ibid.*, p. 599.

Tout cela étant dit, il reste l'hypothèse de la violation par le législateur d'une norme constitutionnelle n'imposant pas un comportement déterminé, mais dans des conditions qui rendent cette méconnaissance imprudente. Tout en soulignant qu'« on entre ici dans le registre de la pure spéculation », Sébastien van Drooghenbroeck s'attache à dégager un certain nombre d'indices qui, selon la méthode indiciaire (analyse d'un faisceau d'indices), pourraient amener le juge à décider qu'en adoptant la norme inconstitutionnelle, le législateur a manqué à une obligation de prudence⁽⁵⁸⁾. Selon nous, ces indices doivent être pris avec la plus grande précaution, de telle sorte qu'aucun ne peut être déterminant à lui seul. Pour ne prendre qu'un exemple, selon l'auteur, « la circonstance que le motif de censure ait d'ores et déjà été, *ab initio*, clairement signalé par la section de législation du Conseil d'État, et que l'avertissement ainsi donné ait été superbement ignoré par le législateur concerné, pourrait attester l'existence d'une imprudence dans le chef de celui-ci »⁽⁵⁹⁾. Cette seule circonstance ne peut en aucun fonder l'existence d'une faute dans le chef du législateur. Faut-il rappeler ici que, juridiquement, les avis rendus par la section de législation du Conseil d'État n'ont aucune portée obligatoire ? Organe collatéral, la section de législation du Conseil d'État est associée au processus de confection des lois – ainsi que des normes équipollentes aux lois – et des arrêtés réglementaires, en rendant des avis, non contraignants, sur ces règles, à un moment où celles-ci sont à l'état de projet ou de proposition⁽⁶⁰⁾. En revanche, la question mérite d'être posée de savoir si, conjugué à d'autres constats similaires, le constat d'une légèreté du législateur à l'égard d'un avis de la section de législation du Conseil d'État ne peut pas être tenu pour une attitude imprudente.

B. – *L'indifférence du mode de saisine de la Cour constitutionnelle*

Selon nous, et contrairement à ce que laisse entendre la Cour de cassation, le fait que l'inconstitutionnalité ait été constatée sur

(58) Voy., dans le présent ouvrage, le rapport de Sébastien VAN DROOGHENBROECK.

(59) *Id.*

(60) Voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 286-293.

recours en annulation ou sur renvoi préjudiciel ne peut ici avoir de conséquence. Comme l'écrit Pierre Van Ommeslaghe, « quelle que soit la procédure suivie pour saisir la Cour constitutionnelle, la nature de l'appréciation de celle-ci, et par conséquent le jugement à porter sur le comportement du législateur, sont les mêmes »⁽⁶¹⁾.

Ajoutons que, si un arrêt d'annulation a un effet *erga omnes*, étant revêtu de l'autorité absolue de chose jugée, un arrêt sur renvoi préjudiciel exprime un constat d'invalidité qui, certes n'est pas *erga omnes*, mais n'en a pas moins une autorité renforcée, en ce qu'elle rayonne au-delà du litige initial : l'arrêt prive toute juridiction de la possibilité d'appliquer encore la norme jugée inconstitutionnelle dans tout litige ultérieur dont la solution serait liée à l'application de cette norme⁽⁶²⁾. Pour que les choses soient claires, précisons que, si la juridiction n'est pas convaincue, ou si elle est animée d'un doute sur la portée ou l'interprétation de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, elle peut toujours lui renvoyer la question préjudicielle. Par ailleurs, la juridiction peut également renvoyer « une nouvelle question préjudicielle cernant, de manière plus précise ou sous un angle quelque peu différent, la question de validité de normes sur laquelle la Cour s'était déjà prononcée par son arrêt antérieur », ce qui est de nature à soumettre la même norme législative à des saisines « à répétition »⁽⁶³⁾.

C. – Une présomption de faute ?

Nous nous permettons d'envisager une autre voie. Elle est dictée par un double souci : d'une part, le souci d'un plus grand pragmatisme dans le traitement de la responsabilité civile des autorités normatives et, d'autre part, le souci d'une solution qui soit plus

(61) P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 23 ; *Id.*, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1302. Voy. égal. P. POPELIER, « De zorgvuldige wetgever en de gekwalificeerde fout : een overvloedig respect voor de beleidsvrijheid van de wetgever », *op. cit.*, p. 1728.

(62) Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 284-285.

(63) J. VAN COMPERNOLLE, « La Cour d'arbitrage et le juge judiciaire », in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 202-203.

respectueuse de l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour constitutionnelle.

À notre sens, le pouvoir judiciaire pourrait considérer qu'un constat d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle crée une présomption de faute dans le chef du législateur, mais une présomption réfragable (*juris tantum*), en ce sens que le législateur pourrait contester la présomption mise à sa charge⁽⁶⁴⁾. Il y aurait deux manières de renverser cette présomption.

D'une part, le législateur pourrait établir que la norme constitutionnelle de référence n'impose pas un comportement déterminé.

D'autre part, le législateur pourrait invoquer l'existence d'une erreur de droit invincible, et ce à des conditions plus souples que celles appliquées jusqu'ici par la jurisprudence relative à l'admissibilité de l'erreur invincible de l'administration. On relèvera, à cet égard, que, dans un arrêt du 8 février 2008, la Cour de cassation, après avoir souligné que « l'erreur de droit peut, en raison de certaines circonstances, être considérée par le juge comme étant invincible à la condition que de ces circonstances il puisse se déduire que l'autorité administrative a agi comme l'aurait fait toute personne raisonnable et prudente »⁽⁶⁵⁾, se fonde sur plusieurs éléments d'appréciation pour conclure au caractère invincible de l'erreur invoquée par l'administration, des éléments qui sont « antérieurs à l'adoption de l'acte, que l'administration aurait, dans l'absolu, pu connaître et dont elle aurait, dans l'absolu, pu tenir compte »⁽⁶⁶⁾. Peut-on y voir l'indice d'une évolution jurisprudentielle possible vers un assouplissement de l'exigence d'invincibilité ? Il appartient à la Cour de cassation de le dire.

(64) « La présomption légale *juris tantum*, en admettant la preuve contraire, permet à la vérité de se faire jour, mais en tenant compte également d'autres valeurs que l'on ne veut pas négliger », au premier rang desquelles figurent « des préoccupations de sécurité juridique » (C. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », in *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1974, pp. 340-341).

(65) Cass., 8 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 382 ; *J.T.*, 2008, p. 569, obs. D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible ». Comp. avec Cass., 23 septembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 380, obs. D. RENDERS, « Erreur de droit invincible et état du droit incertain : à propos de la responsabilité civile de l'administration ».

(66) D. RENDERS, « De l'erreur inaccessible à l'erreur inadmissible, en passant par l'erreur invincible », *op. cit.*, p. 571.

II. — LA RESPONSABILITÉ CIVILE DU FAIT DE LÉGIFÉRER EN VIOLATION D'UNE INJONCTION IMPOSÉE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

La position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 septembre 2010 génère un certain nombre d'interrogations liées aux constats d'inconstitutionnalité effectués par la Cour constitutionnelle et, plus particulièrement, aux constats d'inconstitutionnalité desquels on peut inférer une « injonction de légiférer ». Cette expression doit être réservée aux cas où le législateur est « juridiquement tenu de mettre fin à l'existence d'une norme législative dont la contrariété à la Constitution a été relevée par le juge constitutionnel »⁽⁶⁷⁾.

La possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'État pour non-respect par le législateur d'une telle injonction est directement tributaire d'une question préalable : doit-on considérer que, ce faisant, le législateur a violé une norme constitutionnelle lui imposant un comportement déterminé ou que, sans violer une telle norme, il a, par une erreur de conduite, méconnu une obligation générale de prudence ?

La première branche de l'alternative suppose que l'on tienne pour établi qu'une injonction adressée par la Cour constitutionnelle au législateur est assimilable à une obligation pour ce dernier d'adopter un comportement déterminé en vertu de la Constitution elle-même. Cela nous paraît justifiable au regard de la nature de la justice constitutionnelle. Au regard de l'ensemble des fonctions étatiques exercées dans l'État fédéral, la fonction de justice constitutionnelle fait partie de ce que Francis Delpérée appelle les « fonctions intégratrices », qui sont spécifiques à l'État « global » ou « intégral », en ce que la justice constitutionnelle « contribue à préserver l'organisation et le fonctionnement du système fédératif dans son ensemble »⁽⁶⁸⁾. La juridiction constitutionnelle est ainsi un organe collatéral de ce pouvoir qu'on appelle « constituant » et

(67) C. BEHRENDT, « Quelques réflexions relatives aux effets, en droit, des arrêts de la Cour constitutionnelle », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *L'effet de la décision de justice – Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Liège, Anthemis, 2008, p. 143.

(68) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 651 et 654. Voy. égal. G. ZAGREBELSKY, « La justice constitutionnelle, une fonction républicaine », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, pp. 1772-1774 (l'auteur distingue la justice constitutionnelle comme fonction de la République et la législation comme fonction de la démocratie).

qui produit un ordre juridique structurant et englobant, s'imposant aux ordres juridiques partiels des collectivités fédérées, ainsi qu'à l'ordre juridique, lui aussi partiel, de la collectivité fédérale. Cette position singulière de la juridiction constitutionnelle justifie qu'à l'instar du pouvoir constituant lui-même, elle soit en mesure d'imposer au législateur d'adopter des comportements déterminés, qu'elle tire de la Constitution et qu'elle formule au nom du respect de cette dernière.

La seconde branche de l'alternative considère que le non-respect par le législateur d'une injonction de la Cour constitutionnelle peut constituer un manquement à une obligation générale de prudence. Le statut particulier dont jouit la Cour la place au cœur d'un réseau de relations tant avec les branches politiques du pouvoir qu'avec les autres juridictions, ce qui contribue sensiblement à la légitimité de ces décisions. La sagesse ne requiert-elle pas que celles-ci soient respectées par ceux-là mêmes qui sont la « surveillance »⁽⁶⁹⁾ des juges constitutionnels ?

En toute hypothèse, la question de savoir si les injonctions que la Cour constitutionnelle adresse au législateur sont, en cas d'inertie de ce dernier, de nature à entraîner la responsabilité de l'État appelle des éléments de réponse nuancés, comme nous allons le voir. Pour les besoins de la présente contribution, on distingue trois types de constats d'inconstitutionnalité.

*A. – Le constat d'inconstitutionnalité
à pour objet une norme législative*

Un constat d'inconstitutionnalité peut être effectué sur recours en annulation ou sur renvoi préjudiciel. Dans le premier cas, et sauf en cas de modulation temporelle, scénario qui sera examiné ci-après, il ne saurait y avoir d'injonction de légiférer. En effet, l'arrêt d'annulation est revêtu de l'autorité absolue de chose jugée. Il vaut *erga omnes*. Qui plus est, l'anéantissement de la norme législative opère *ex tunc* ou, pour le dire autrement, *ab initio*. En clair, la disparition de la norme vaut à l'égard de tous et remonte au jour de son adoption. Dans le second cas, l'autorité de la chose jugée dont

(69) F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999.

est revêtu l'arrêt de la Cour est relative : elle est limitée au seul procès qui a donné lieu au renvoi de la question. Formellement⁽⁷⁰⁾, l'arrêt de réponse ne vaut qu'*inter partes*. Il constate et déclare la validité ou l'invalidité de la norme législative faisant l'objet de la question posée, dans les limites établies par cette dernière. Si la norme législative est déclarée inconstitutionnelle, l'arrêt n'entraîne pas, par lui-même, la disparition rétroactive de cette norme. La question de savoir si le constat d'inconstitutionnalité d'une norme législative recèle une injonction de légiférer ne concerne donc que les constats effectués en réponse à une question préjudicielle.

Dans une étude publiée en 2008, Christian Behrendt soutient que tout arrêt constatant une inconstitutionnalité sur renvoi préjudiciel emporte une injonction au législateur d'y mettre fin⁽⁷¹⁾. Précisons que, dans l'esprit de l'auteur, il s'agit bien d'une injonction juridique et non simplement morale ou politique. Or, pour ce qui nous concerne, la question n'est pas tant de savoir dans quelle mesure une injonction législative de la Cour constitutionnelle est juridique que de déterminer si le non-respect de cette injonction est sanctionné juridiquement, ce qui n'est pas exactement la même chose. En l'occurrence, la seule sanction juridique envisageable est civile. Par conséquent, la question est de savoir si l'injonction est de nature à entraîner la responsabilité civile de l'État-législateur au cas où il ne s'y conformerait pas. En s'inspirant des enseignements traditionnels de la jurisprudence sur la notion de faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁽⁷²⁾, il nous paraît que l'injonction sera telle si, et seulement si, elle impose au législateur un comportement suffisamment déterminé. Tel est le cas lorsque le constat d'inconstitutionnalité est à ce point précis qu'il confère à la norme constitutionnelle violée une portée déterminée. Le plus souvent, le remède à l'inconstitutionnalité découle alors de l'arrêt lui-même.

Il en est généralement ainsi lorsque, pour répondre à une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle est amenée à exercer un

(70) Pour plus de détails sur les effets des arrêts rendus en réponse à une question préjudicielle, voy. *supra*.

(71) C. BEHRENDT, *op. cit.*, pp. 143-148.

(72) Voy. *supra*.

contrôle concret de constitutionnalité⁽⁷³⁾. Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité revêt un caractère concret lorsque l'examen de la question de constitutionnalité conduit la juridiction constitutionnelle à contrôler, non pas la norme comme telle, en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement, mais la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Il importe peu, à cet égard, que, dans l'espèce litigieuse, l'application de la norme soit envisagée à l'égard d'une catégorie de destinataires ou d'un destinataire déterminé. Dans tous les cas, ce n'est donc pas la norme qui est contrôlée, c'est la norme en situation. Dans tous les cas, c'est la mise en situation de la norme qui conduit la juridiction constitutionnelle à moduler son jugement de constitutionnalité. Par souci de pragmatisme, les juridictions belges se privent de moins en moins de poser des questions contextualisées. Animée de la même volonté d'efficacité, la Cour met un point d'honneur à apporter à la juridiction la réponse qu'elle attend : à question circonstanciée, réponse circonstanciée. Plutôt que de condamner la norme législative comme telle, la Cour censure l'inconstitutionnalité de cette norme en tant qu'elle s'applique à une situation précise, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Le développement de ces questions préjudicielles contextualisées et du contrôle ciblé qu'elles génèrent témoigne d'une volonté de plus en plus affirmée des juridictions de renvoi et de la Cour constitutionnelle, non seulement de révéler toutes les virtualités du mécanisme de renvoi préjudiciel, mais aussi de protéger le plus efficacement possible les droits fondamentaux des citoyens.

Les réponses contextualisées de la Cour constitutionnelle ont pour effet de transformer la norme constitutionnelle en cause : la norme constitutionnelle abstraitement indéterminée, tout en subsistant, produit une norme constitutionnelle concrètement déterminée. Dans ce cas, le constat d'inconstitutionnalité de la Cour n'est pas en soi de nature à entraîner la responsabilité civile du législateur, sauf à démontrer que le défaut de prise en compte de la situation particulière visée par le constat d'inconstitutionnalité serait constitutif d'un manquement à une obligation générale de

(73) Voy. P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 423-450 ; M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *A.I.J.C.*, 2013, vol. XXIX, pp. 17-23.

prudence, ce qui paraît tout de même assez illusoire. En revanche, le constat d'inconstitutionnalité, en dégageant une norme déterminée d'une norme indéterminée a pour effet de faire produire à cette norme déterminée une obligation d'agir dans le chef du législateur, qui serait ainsi contraint, dans un délai que qualifierons de raisonnable, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par la Cour.

On en donne un exemple tiré des règles sur l'inceste. Un homme épouse une femme, mère d'une fille majeure. À la suite du décès de son épouse, l'homme, désormais veuf, et la fille de cette dernière souhaitent se marier. Or, l'article 164 du Code civil, combiné avec les articles 161 et 163 du même Code, prohibe un tel mariage de manière absolue, c'est-à-dire sans possibilité de dispense par le Roi. Saisi d'une action du procureur du Roi visant à entendre prononcer l'annulation de la déclaration de mariage entre le beau-père et la belle-fille, le Tribunal de première instance de Verviers interroge la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité d'une telle prohibition à mariage. Le juge se demande si les dispositions précitées du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elles ne permettent « de lever les prohibitions à mariage que pour les seuls cas visés à l'article 163 du Code civil, alors que d'autres situations comparables, telle celle du mariage entre un beau-père et sa belle-fille après décès du conjoint qui créait l'alliance, font l'objet d'une prohibition absolue non susceptible de dispense ? ». Non sans avoir préalablement pris la peine de légitimer sur un plan général la prohibition de l'inceste, à partir de trois ordres de considérations (physiologiques, éthiques et sociales), la Cour considère que « par son caractère absolu, la mesure a toutefois des effets disproportionnés en ce qu'elle interdit dans tous les cas à un beau-parent et un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l'alliance »⁽⁷⁴⁾. À la suite de cet arrêt, le

(74) C. const., arrêt n° 157/2006 du 18 octobre 2006. Pour un exemple plus récent, voy. C. const., arrêt n° 127/2014 du 19 septembre 2014 : « L'article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil viole l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que l'action en contestation de la reconnaissance paternelle introduite par l'homme qui a reconnu l'enfant n'est pas recevable si l'enfant a la possession d'état à l'égard de celui qui l'a reconnu et qui, au moment de la reconnaissance, ignorait qu'il n'était pas le père biologique ».

législateur fédéral a modifié l'article 164 du Code civil, en habilitant le Roi à lever, pour des causes graves, la prohibition prévue pour les alliés au sens de l'article 161, afin de permettre, dans certains cas, le mariage entre beaux-parents et beaux-enfants. Dans le rapport établi au nom de la sous-commission « droit de la famille », il est expressément fait référence à l'arrêt de la Cour constitutionnelle⁽⁷⁵⁾.

B. – *Le constat d'inconstitutionnalité
à pour objet une lacune législative*

Il arrive qu'en réglant un domaine de sa compétence, le législateur crée ou révèle une lacune susceptible de heurter un ou plusieurs droits fondamentaux et, tout spécialement, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. On est face, dans ce cas, à une lacune législative inconstitutionnelle. Le cas le plus classique est celui d'une norme législative qui accorde un avantage à une catégorie de personnes, sans l'étendre à une autre catégorie de personnes, pourtant comparable. Lorsqu'une question préjudicielle adressée à la Cour constitutionnelle a pour objet une norme législative dénoncée comme lacunaire, comment les juges constitutionnels peuvent-ils réagir ? Pour répondre à cette question, et conformément aux enseignements de Michel Melchior et Claude Courtoy, on retiendra la distinction entre les « lacunes intrinsèques » et les « lacunes extrinsèques »⁽⁷⁶⁾. Cette distinction est opératoire à maints égards, même s'il est des lacunes qui s'y prêtent malaisément. On précisera aussi qu'inéluctablement, la Cour constitutionnelle doit s'adapter à des cas d'espèce qui sont souvent fort différents les uns des autres, ce qui la conduit en cette matière à une certaine casuistique et à des tâtonnements bien légitimes.

1. – *Une lacune intrinsèque*

La lacune intrinsèque est « [...] contenue dans la norme contrôlée elle-même, en ce que cette norme – et cette norme-là, et donc non une quelconque autre norme législative – ne s'applique pas à

(75) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51-2293/2, p. 6.

(76) Voy. M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669-678.

des sujets de droit comparables aux destinataires de la norme, en ce qui concerne l'objet et le contenu de la norme »⁽⁷⁷⁾.

La lacune réside en ceci qu'en adoptant la norme, le législateur a, délibérément ou négligemment, circonscrit le champ d'application de cette norme en « oubliant » une ou plusieurs catégories de destinataires.

La Cour constitutionnelle a jugé, par exemple, que « [...] l'article 180, 1^o, du CIR 1992, combiné avec l'article 220, 2^o, du même Code, n'est pas compatible avec les articles 10, 11 et 172 de la Constitution en ce qu'il n'exempte pas également de l'impôt des sociétés les régies communales autonomes qui exercent une mission identique à celle d'une intercommunale ou d'une structure de coopération intercommunale et qui n'entrent pas en concurrence avec les entreprises du secteur privé »⁽⁷⁸⁾.

Lorsque la lacune est ainsi localisable dans la norme législative contrôlée et si cette inconstitutionnalité peut être constatée « en des termes suffisamment clairs et complets » – selon l'expression de la Cour constitutionnelle –, il appartient à la juridiction de renvoi elle-même d'y mettre un terme⁽⁷⁹⁾. En clair, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative lacunaire et, de la sorte, habilite la juridiction de renvoi à combler la lacune, afin que la disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. On parle alors de « lacune auto-réparatrice ». Dans ce cas, l'arrêt ne contient évidemment aucune injonction à l'égard du législateur, qui reste bien sûr libre d'intervenir s'il le juge opportun. Ici gît la différence essentielle avec le constat d'inconstitutionnalité ayant pour objet une norme législative : bien que la norme lacunaire soit inconstitutionnelle, le juge n'en écarte pas l'application, mais au contraire l'applique après l'avoir « réparée ».

(77) *Ibid.*, p. 670.

(78) C. const., arrêt n° 148/2012 du 6 décembre 2012, B.6.

(79) Voy. not. C. const., arrêt n° 20/2015 du 12 février 2015, B.8. : « Dès lors que le constat de lacune qui a été fait en B.7 est exprimé en des termes suffisamment précis et complets, qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à la violation de ces normes ». Pour d'autres exemples récents, voy. C. const., arrêt n° 3/2015 du 22 janvier 2015, B.1 ; arrêt n° 191/2014 du 18 décembre 2014, B.8 ; arrêt n° 116/2014 du 17 juillet 2014, B.17.

Est-il nécessaire de préciser que, si la « réparation » suggérée par la Cour constitutionnelle et réalisée par juge de renvoi ne convient pas au législateur, ce dernier légifèrera afin d'imposer pour l'avenir une autre solution ?

Il peut toutefois se produire que, bien qu'intrinsèque, la lacune ne puisse être tenue pour « auto-réparatrice ». Il en est ainsi lorsqu'une extension de la loi par la juridiction de renvoi n'est pas permise parce que celle-ci règle des aspects d'une matière – telles la matière pénale ou la matière fiscale – soumis au principe constitutionnel de légalité. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle n'a d'autre alternative que d'invalidier la norme lacunaire. Cette situation nous semble devoir être traitée de la même manière que les constats d'inconstitutionnalité ayant pour objet une norme législative⁽⁸⁰⁾. Si le constat d'inconstitutionnalité est à ce point précis qu'il confère à la norme constitutionnelle violée une portée déterminée et, mieux encore, si le remède à l'inconstitutionnalité découle de l'arrêt lui-même, il faut alors admettre que cette invalidation emporte l'obligation – l'injonction – pour le législateur d'intervenir dans un délai raisonnable. Selon le cas, il le fera en comblant la lacune par une modification de la législation en cause ou en remplaçant purement et simplement cette dernière par une autre législation, exempte cette fois de toute lacune.

2. – Une lacune extrinsèque

À la différence de la lacune intrinsèque, la lacune extrinsèque « ne provient pas du contenu même de la norme contrôlée, mais de l'absence d'une norme comparable, ce que la Cour précisera par la mention que la lacune ne réside pas dans la norme contrôlée »⁽⁸¹⁾. La lacune n'est ainsi pas localisable dans la norme législative contrôlée, mais imputable à l'ordre juridique dans sa globalité. Elle gît « quelque part dans l'ordre juridique »⁽⁸²⁾.

Dans ce cas, la Cour constitutionnelle a longtemps considéré qu'elle ne pouvait pas conclure à l'inconstitutionnalité de cette

(80) Voy. *supra*.

(81) M. MELCHIOR et C. COURTOY, *op. cit.*, p. 670.

(82) B. RENAULD, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle », in P. MARTENS (dir.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, Liège, Anthémis, 2012, p. 132.

norme, car, aussi incontestable soit-elle, la lacune n'est pas imputable à cette dernière. Ce faisant, elle adressait au législateur une invitation à user de sa souveraineté pour, d'une manière ou d'une autre, nettoyer l'ordre juridique de cette lacune.

Par exemple, dans un arrêt du 20 octobre 2011, la Cour constitutionnelle dit pour droit que « l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution », mais que « l'absence d'une disposition législative organisant un recours contre une décision prise par le Conseil supérieur de la justice à l'égard des candidats qui présentent le concours d'admission au stage judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution »⁽⁸³⁾.

Une telle invitation peut-elle être tenue pour une injonction de légiférer ? La sécurité juridique nous incline à penser qu'il ne peut y avoir d'injonction de légiférer qu'à la condition que cette injonction soit exprimée par la Cour constitutionnelle en des termes explicites. L'injonction n'est explicite que dans la mesure où la Cour précise qu'il ne peut être remédié à la lacune « que par l'intervention du législateur »⁽⁸⁴⁾.

Cela étant, la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle a évolué sur la question des lacunes extrinsèques. En effet, depuis 2012, le constat de lacune et donc le caractère inconstitutionnel de la lacune sont effectués, non pas dans les considérants de l'arrêt, mais dans son dispositif⁽⁸⁵⁾. Le dispositif est composé alors de deux tirets. Dans un premier tiret, la Cour dit pour droit que la norme législative faisant l'objet de la question préjudicielle ne viole pas les dispositions constitutionnelles invoquées par la juridiction de renvoi. Dans un second tiret, la Cour dit pour droit que la question préjudicielle révèle l'existence d'une lacune législative (« l'absence de disposition législative qui... viole l'article/les articles... de la Constitution »).

(83) C. const., arrêt n° 161/2011 du 20 octobre 2011.

(84) Voy. not. C. const., arrêt n° 100/2007 du 12 juillet 2007, B.6.3.

(85) Voy. C. const., arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012 ; arrêt n° 23/2012 du 16 février 2012 ; arrêt n° 70/2012 du 31 mai 2012 ; arrêt n° 138/2012 du 14 novembre 2012 ; arrêt n° 51/2013 du 28 mars 2012 ; arrêt n° 75/2013 du 30 mai 2013 ; arrêt n° 135/2013 du 10 octobre 2013 ; arrêt n° 52/2014 du 27 mars 2014 ; arrêt n° 112/2014 du 17 juillet 2014 ; arrêt n° 191/2014 du 18 décembre 2014.

À l'instar des lacunes législatives non auto-réparatrices, il faut admettre que, si le constat d'inconstitutionnalité d'une lacune extrinsèque est à ce point précis qu'il confère à la norme constitutionnelle violée une portée déterminée et, mieux encore, si le remède à l'inconstitutionnalité découle de l'arrêt lui-même, cette invalidation emporte l'obligation – l'injonction – pour le législateur d'intervenir. L'obligation pour le législateur de légiférer s'impose avec d'autant plus d'évidence que, confrontée à une lacune extrinsèque, la Cour constitutionnelle pourrait faire montre d'un plus grand activisme. C'est assurément la déférence à l'égard du législateur qui l'incline à agir comme elle l'a fait jusqu'à présent.

Il convient également de considérer que, la Cour constitutionnelle n'imposant jamais aucun délai au législateur pour intervenir, ce dernier a l'obligation de réagir dans un délai raisonnable, qui doit donc être apprécié au cas par cas, en fonction des éléments propres à chaque espèce⁽⁸⁶⁾.

On précisera que, dans deux arrêts au moins, la Cour a décidé que la lacune extrinsèque est « auto-réparatrice »⁽⁸⁷⁾.

Ainsi, dans l'arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012, après avoir souligné qu'« il appartient au législateur de fixer les conditions selon lesquelles les catégories déterminées d'apatrides peuvent obtenir un titre de séjour en Belgique »⁽⁸⁸⁾, la Cour constitutionnelle décide ce qui suit :

« Dans l'attente de cette intervention législative qui a trait à la loi du 15 décembre 1980, il appartient au juge *a quo* de mettre fin aux conséquences, pour ce qui est de la disposition en cause, de l'inconstitutionnalité constatée en B.11, ce constat étant exprimé en des termes suffisamment précis et complets. Par conséquent, il revient aux juridictions du travail saisies d'un refus d'accorder des prestations familiales garanties en faveur d'un enfant qui est à charge d'un apatride reconnu dont elles constatent qu'il a involontairement perdu sa nationalité et qu'il démontre qu'il ne peut obtenir un titre de séjour légal et durable dans un autre État avec lequel il aurait des liens, d'octroyer à cet enfant le droit aux prestations familiales en cause

(86) Voy., en ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité extra-contractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 24 ; *id.*, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1303.

(87) Voy. C. const., arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012 ; arrêt n° 191/2014 du 18 décembre 2014.

(88) B.12.1.

nonobstant le fait que la personne apatride à la charge de qui il se trouve n'est pas encore admise ou autorisée à séjourner sur le territoire belge »⁽⁸⁹⁾.

*C. – Le constat d'inconstitutionnalité
fait l'objet d'une modulation temporelle*

L'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle habilite celle-ci, si elle « l'estime nécessaire » et « par voie de disposition générale », à indiquer « ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ». Cette disposition permet à la Cour constitutionnelle de maintenir dans le futur, pendant une période qu'elle fixe, les effets d'une norme législative qu'elle annule⁽⁹⁰⁾. Ce faisant, la Cour rend, en quelque sorte, une « décision de constitutionnalité précaire » : « le brevet de constitutionnalité de la loi est délivré à titre précaire et sous réserve que la loi, provisoirement sauvée, ne produise pas des effets illimités dans le temps »⁽⁹¹⁾. Le procédé est utilisé par d'autres juridictions constitutionnelles, notamment en Italie où les juges constitutionnels rendent des décisions dites « manipulatives ».

La Cour constitutionnelle recourt régulièrement à ce procédé lorsqu'il appert que l'annulation immédiate de la norme annulée aurait pour effet de créer une situation juridique – parfois un vide juridique – qu'elle juge trop préjudiciable. Le maintien des effets de la norme pour une période déterminée doit alors s'interpréter comme une invitation adressée au législateur à modifier, voire à abroger, la norme inconstitutionnelle, et ce avant l'expiration de la période fixée, parce que lui seul est à même de choisir les mesures à prendre pour éliminer l'inconstitutionnalité à l'origine de l'annulation. À défaut de pouvoir choisir le moment de son intervention, le législateur reste libre d'en fixer la teneur.

Tantôt, la Cour constitutionnelle maintient les effets de la norme annulée jusqu'à une date qu'elle fixe. Tantôt, elle maintient les effets de la norme annulée jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle

(89) B.12.2.

(90) Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., spéc. pp. 278-290.

(91) T. DI MANNO, « Les décisions de constitutionnalité précaire en Italie et en France », in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras – La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 204-205.

norme législative et au plus tard jusqu'à une date qu'elle fixe⁽⁹²⁾. Parfois, la Cour maintient les effets de la norme par référence à une période qui, telle une année scolaire ou académique en cours⁽⁹³⁾, a débuté avant l'arrêt et se clôturera après l'arrêt. Dans tous les cas, la Cour peut estimer indispensable de fournir des indications sur les modalités précises du maintien des effets qu'elle décrète, en se référant à des actes déterminés, tels des requêtes ou des jugements⁽⁹⁴⁾.

De manière prétorienne, la Cour constitutionnelle s'est attribué le pouvoir de déroger au caractère déclaratoire d'un constat d'inconstitutionnalité fait sur renvoi préjudiciel, en maintenant pendant une certaine période les effets de la norme déclarée inconstitutionnelle⁽⁹⁵⁾. Elle a encore recouru au procédé les 3 avril et 18 décembre 2014⁽⁹⁶⁾, puis le 12 mars 2015⁽⁹⁷⁾.

Que ce soit sur recours en annulation ou sur renvoi préjudiciel, lorsque la Cour constitutionnelle maintient dans le futur les effets d'une norme qu'elle annule, la mise en cause de la responsabilité civile du législateur doit être envisagée à deux niveaux différents.

Tout d'abord, et pour en revenir à l'hypothèse – examinée dans la première partie de cette contribution – de la violation d'une norme constitutionnelle imposant au législateur un comportement déterminé, la responsabilité civile du législateur n'est envisageable qu'à partir du jour où soit l'annulation soit le constat d'inconstitutionnalité devient effectif. En principe⁽⁹⁸⁾, la question de la respon-

(92) Voy. not. C. const., arrêt n° 45/2012 du 15 mars 2012.

(93) Voy. C. const., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992 ; arrêt n° 30/96 du 15 mai 1996.

(94) Voy. not. C. const., arrêt n° 2/92 du 15 janvier 1992.

(95) Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, spéc. pp. 274-278.

(96) C. const., arrêts n° 60/2014 du 3 avril 2014 et n° 185/2014 du 18 décembre 2014 (dispositifs). Voy. égal. F. TULKENS, « Actualités et réflexions sur le droit transitionnel jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule », *J. T.*, 2012, pp. 738-739.

(97) C. const., arrêt n° 29/2015 du 12 mars 2015.

(98) Un cas particulier doit être évoqué. Il est advenu qu'une juridiction adresse à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle ayant pour objet une norme législative annulée dont les effets ont été maintenus dans le futur. Dans ce cas, la question ne peut être considérée comme étant sans objet, puisqu'en raison du maintien des effets de la norme, la juridiction de renvoi est appelée à en faire application dans la solution du litige pendant devant elle. La question préjudicielle appelle-t-elle pour autant une réponse de la Cour constitutionnelle ? De deux choses l'une. Si la question soulève les mêmes

sabilité civile du législateur ne se pose pas pour la période au cours de laquelle les effets de la norme législative sont maintenus⁽⁹⁹⁾. Bien que jugée inconstitutionnelle, cette norme continue momentanément à produire des effets dans l'ordre juridique. Un fondement légal reste ainsi attribué aux actes pris sur la base de cette norme, quel que soit le moment de leur adoption, et ce jusqu'au jour de l'expiration du délai.

points de droit que dans l'arrêt d'annulation, la Cour constate qu'elle n'appelle pas de réponse (voy. not. C. const., arrêt n° 81/2005 du 27 avril 2005, B.3). En revanche, si, dans la même situation, la question préjudicielle porte sur d'autres points de droit que ceux tranchés par l'arrêt d'annulation, il appartient à la Cour d'y répondre (C. const., arrêt n° 91/2005 du 11 mai 2005, B.2.1 à B.2.3). En concluant à l'inconstitutionnalité de la norme sous cet aspect, la Cour empêche la juridiction de renvoi d'appliquer celle-ci au litige dont elle est saisie. À la condition que ce constat d'inconstitutionnalité soit fondé sur une norme constitutionnelle imposant au législateur un comportement déterminé, la mise en cause de la responsabilité de l'État est possible.

(99) Voy., en ce sens, P. POPELIER, « Rechtsbescherming tegen discriminerende wetgeving, de rol van het Arbitragehof en de mogelijkheden tot rechtsherstel door rechter en wetgever », *R.W.*, 2006-2007, pp. 258-259 ; P. VAN OMMESELAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, pp. 19-20. Voy. égal. S. VERSTRAETEN, S. VAN DROOGHENBROECK et P. POPELIER, « Les effets dans le temps des décisions de justice en Belgique », in E. DIRIX et Y.-H. LELEU (dir.), *Rapports belges au 19^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015 (à paraître), pp. 19 et 26-27 du manuscrit. Comp. avec K. MUYLLE, « Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, La Charte, 2007, p. 556 : se basant sur la différence entre la norme législative, qui « est bel et bien annulée », et les effets de cette norme, qui seuls sont maintenus, l'auteur suggère une distinction selon que le dommage trouve sa cause directement dans la norme annulée – et de citer le cas d'un dommage moral qu'une partie subirait « par le simple fait de l'adoption de la norme annulée » – ou trouve sa cause dans un acte administratif ou une décision juridictionnelle pris sur la base de cette dernière, pour en déduire que l'action en responsabilité civile n'est exclue que dans ce second cas. Cependant, dans la mesure où – logiquement selon nous – la Cour constitutionnelle semble admettre l'idée que le maintien provisoire des effets d'une norme annulée ne se limite pas à empêcher la remise en cause d'actes posés avant l'arrêt d'annulation, mais permet à la norme de procurer un fondement à des actes posés après l'arrêt d'annulation, ne peut-on pas y voir la volonté de la Cour d'assimiler – certes pas en droit, mais en fait – le maintien des effets produits par la norme et le maintien de la norme elle-même ? Voy. G. ROSOUX, « Le maintien des “effets” des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique », in *Liber amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 451.

Selon nous, la cohérence impose d'admettre que le fait que le législateur intervienne ou n'intervienne pas dans le délai prévu par l'arrêt ne peut avoir, à cet égard, aucune incidence. Dans la logique de la décision de maintien, « [...] les dommages qui se sont réalisés pendant la période d'attente (ou avant la période de rétroactivité de l'arrêt de la Cour constitutionnelle) ne doivent en toute hypothèse pas donner lieu à réparation puisque les effets de l'arrêt, et notamment la constatation préalable de l'inconstitutionnalité nécessaire à l'intentement d'une action en responsabilité, ne se produisent pas pendant cette période »⁽¹⁰⁰⁾.

Ensuite, et pour en revenir à la question examinée dans la seconde partie de cette contribution – celle de la responsabilité civile du fait de légiférer en violation d'une injonction imposée par la Cour constitutionnelle –, la responsabilité civile du législateur peut être envisagée, non plus pour avoir adopté la norme invalidée, mais pour ne pas avoir réagi à l'injonction de la Cour constitutionnelle.

L'inertie du législateur est-elle nécessairement fautive ?

À notre sens, elle l'est dans une hypothèse très précise, celle où l'inaction du législateur crée un vide juridique. Sous la réserve que ce vide juridique cause un dommage, il paraît difficile de ne pas reconnaître l'obligation pour l'État de réparer celui-ci.

Par exemple, la Cour constitutionnelle annule, en 2004, les articles 474 et 475 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002 prévoyant que, hormis trois exemplaires imprimés sur papier dont l'un disponible pour consultation auprès de la Direction du *Moniteur belge*, tout autre mise à disposition du public est réalisée par l'intermédiaire du site internet du *Moniteur belge*⁽¹⁰¹⁾. La Cour juge que « faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes » et « n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ». Néanmoins, elle précise que « [...] compte tenu de ce que la mesure attaquée est d'application depuis le 1^{er} janvier

(100) P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité extracontractuelle de l'État appliquée au pouvoir législatif », *op. cit.*, p. 20 ; *Id.*, *Traité de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 1295.

(101) C. const., arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004.

2003, de ce que le législateur a le choix des mesures à prendre pour mettre fin à la discrimination constatée, mais que leur mise en œuvre peut demander du temps, il y a lieu, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour [constitutionnelle], de maintenir les effets des dispositions annulées de la manière indiquée au dispositif, [c'est-à-dire jusqu'au 31 juillet 2005] ». Par une loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses et publiée au *Moniteur belge* du 29 juillet 2005, le législateur a remplacé les articles 474 et 475 annulés par la Cour constitutionnelle et y a ajouté des articles 475*bis* et 475*ter*. L'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions a été fixée au 31 juillet 2005, jour de l'expiration du délai imparti par les juges constitutionnels.

En revanche, il est deux hypothèses où, selon nous, une inertie du législateur ne pourrait être tenue pour fautive.

Tout d'abord, le maintien dans le futur de la norme annulée procède parfois de la préoccupation qu'a la Cour constitutionnelle de laisser aux destinataires de la norme annulée le temps de se conformer à une obligation qui est la conséquence directe de l'annulation. En réalité, dans ce cas, aucune injonction n'est adressée au législateur.

On en trouve un exemple dans l'arrêt par lequel la Cour constitutionnelle a statué sur un recours en annulation dirigé contre la loi du 22 décembre 2009 instaurant une réglementation générale relative à l'interdiction de fumer dans les lieux accessibles au public et à la protection des travailleurs contre la fumée du tabac⁽¹⁰²⁾. Un des moyens soulevés par les requérants dénonçait le caractère inconstitutionnel de l'exception établie par le législateur – « jusqu'au 31 décembre 2011 et au plus tard jusqu'au 30 juin 2014 » – au profit des établissements du secteur de l'hôtellerie, de la restauration et des cafés (dit « horeca ») qui ne servent pas de denrées alimentaires autres que préemballées. Ce moyen a été accueilli par la Cour qui a jugé que les clients et les travailleurs des établissements visés par l'exception doivent « être protégés de la même manière contre les effets nocifs du tabagisme excessif, même si l'exposition aux substances cancérigènes n'est que minime ». La Cour prend la même décision à l'égard des dispositions de la loi prévoyant une exception

(102) C. const., arrêt n° 37/2011 du 30 juin 2011.

comparable pour les établissements de jeux de hasard de classe I. Toutefois, elle juge devoir maintenir les effets des normes annulées jusqu'au 30 juin 2011 « afin de donner aux débits de boissons et aux établissements de jeux de hasard concernés le temps de se conformer à l'interdiction générale de fumer ».

Ensuite, il peut advenir que l'inaction du législateur ne crée aucun vide juridique, mais ait pour effet d'opérer un retour à la situation juridique préexistant à l'entrée en vigueur de la loi annulée. Dans ce cas, il est possible d'interpréter l'abstention du législateur soit comme une négligence, soit comme la manifestation tacite de la volonté d'en revenir au pristin état du droit.

La situation susceptible de conduire à un tel cas de figure est, par exemple, la suivante. Le législateur met en place un nouvel avantage social. La Cour constitutionnelle annule la loi pour le motif que l'avantage est destiné à une catégorie de bénéficiaires alors qu'une autre catégorie, pourtant comparable, en est privée. Dans le même temps, la Cour maintient les effets de la loi annulée pendant un certain temps afin de permettre au législateur de prendre position. Normalement, celui-ci a le choix entre deux solutions : soit, il étend l'avantage à la catégorie discriminée ; soit, pour des raisons budgétaires par exemple, il renonce purement et simplement à octroyer l'avantage à qui que ce soit. Dans les deux cas, on attend logiquement du législateur qu'il prenne formellement position, en modifiant (première solution) ou en abrogeant (seconde solution) la loi. Cependant, il pourrait aussi ne rien faire. Dans la mesure où il est possible d'interpréter cette abstention comme traduisant la volonté implicite du législateur de renoncer à l'avantage prévu par la loi annulée et d'en revenir à la situation originale, il ne serait pas juridiquement fondé de mettre en cause sa responsabilité civile. Ce serait d'autant plus inadéquat que la loi est déjà annulée, donc anéantie avec effet rétroactif⁽¹⁰³⁾, de telle sorte que son abrogation peut apparaître comme inutile.

Sans préjuger des conséquences qu'il pourra éventuellement entraîner en termes de responsabilité civile, on cite un arrêt récent de la Cour constitutionnelle qui offre un exemple de situation pouvant

(103) Voy. M.-F. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée », *J.T.*, 1986, p. 590.

conduire au cas de figure examiné ici. L'article XI.3 du décret de la Communauté flamande du 13 juillet 2001 relatif à l'enseignement-XIII-Mosaïque prévoit que, pour les catégories de personnel visées, « les frais de déplacement et les allocations vélo portés par l'employeur sont remboursés par le Ministère de la Communauté flamande ». Le 27 mars 2013, la section du contentieux administratif du Conseil d'État interroge la Cour constitutionnelle si les dispositions en cause sont compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination dans la mesure où, conformément à l'article XI.3 en cause, le ministère de la Communauté flamande rembourse les frais de déplacement et les indemnités vélo supportés par les instituts supérieurs en tant qu'employeurs, alors qu'il n'en va pas de même pour les frais de déplacement et les indemnités vélo supportés par les universités. La Cour est ainsi invitée à comparer deux catégories d'employeurs : d'une part, les instituts supérieurs, auxquels le Ministère de la Communauté flamande rembourse les frais de déplacement et les indemnités vélo qu'ils sont tenus de payer aux membres de leur personnel et, d'autre part, les universités qui ne peuvent bénéficier de ce régime de remboursement. Dans son arrêt, rendu le 3 avril 2014⁽¹⁰⁴⁾, au terme d'un examen très méticuleux de la législation applicable, la Cour décide que la disposition querellée n'est pas compatible avec les articles 10, 11 et 24 de la Constitution, en ce que les frais de transport et les allocations vélo supportés par les instituts supérieurs sont remboursés par la Communauté flamande, tandis qu'un tel régime n'existe pas pour les universités. Cependant, elle maintient les effets de cette disposition jusqu'au 31 décembre 2014, afin de permettre au législateur décréteur d'adopter de nouvelles dispositions, compte tenu de « la complexité du processus de rapprochement entre les universités et les instituts supérieurs » et des « effets budgétaires qui ont été soulignés en B.9.4 »⁽¹⁰⁵⁾.

(104) C. const., arrêt n° 60/2014 du 3 avril 2014.

(105) Le B.9.4. reprend la déclaration suivante du ministre flamand compétent devant le « *Vlaamse Interuniversitaire Raad* » : « Je suis d'accord avec vous que la différence de traitement entre les universités et les instituts supérieurs, certainement au sein de l'enseignement supérieur tel qu'il existe à l'heure actuelle, est de plus en plus difficile à justifier. Toutefois, vous faites vous-même référence, dans votre courrier à la marge financière étroite de l'autorité flamande. Cette marge financière limitée n'a pas permis de faire figurer la question du remboursement aux universités des déplacements domicile-lieu de travail dans les négociations de la CCT III Enseignement supérieur. Depuis le

Compte tenu de l'insécurité inhérente à une telle situation, spécialement quant à la détermination exacte de l'intention du législateur, la question mérite d'être posée d'une modification de la loi du 27 avril 2007 instaurant un Comité parlementaire chargé du suivi législatif⁽¹⁰⁶⁾. Selon l'article 9 de la loi, « [...] une fois par mois, le Comité prend en considération les arrêts de la Cour constitutionnelle qui ont une influence sur l'efficacité de l'ordonnancement juridique. Cette prise en considération fait l'objet d'un rapport auquel, le cas échéant, peut être annexée, par consensus, toute proposition d'initiative législative ». L'article 10 ajoute que « [...] le cas échéant, le rapporteur informe la Chambre des représentants, le Sénat ainsi que le ministre qui a la matière dans ses attributions de la nécessité de modifier, en tout ou en partie, la législation mise en cause par la Cour constitutionnelle ». Selon nous, le Comité devrait être habilité, chaque fois que la Cour constitutionnelle maintient provisoirement les effets d'une loi annulée, à contraindre la ou les assemblées compétentes à prendre position par la voie législative.

*

Revenons à l'année 1973. Rétrospectivement, l'avènement en Belgique de la justice constitutionnelle apparaît comme une des réalisations juridiques les plus remarquables de la seconde moitié du XX^e siècle. En substituant une justice fondée sur la Constitution à une justice fondée sur la loi, la création d'une Cour constitutionnelle a permis que l'ordre juridique puisse dorénavant être lavé d'inconstitutionnalités qui, jusqu'alors, étaient hors d'atteinte de tout contrôle juridictionnel. Doit-on se satisfaire d'un tel essor ? Loin s'en faut. La justice constitutionnelle existe dans l'intérêt des citoyens, dont elle a vocation à protéger les droits fondamentaux. Or, un citoyen ayant subi un préjudice du fait d'une inconstitutionnalité du législateur aspire légitimement, non seulement à voir constatée, voire éradiquée, cette inconstitutionnalité, mais au-delà à obtenir une réparation pour le préjudice généré par celle-ci.

début des négociations, il était en effet patent qu'il s'agirait d'une CCT neutre du point de vue budgétaire. Le problème du remboursement des déplacements domicile-lieu de travail aux universités peut être discuté au cours des concertations concernant la CCT IV Enseignement supérieur ».

(106) *Mon. b.*, 11 mai 2007, pp. 25777-25779.

Écarter toute possibilité d'indemnisation, c'est réduire la justice constitutionnelle à une fonction désincarnée des droits fondamentaux et donc des citoyens.

On objectera que le pouvoir législatif n'est pas un pouvoir comme les autres. Assurément. C'est la raison pour laquelle la responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution appelle un traitement spécifique, comme la présente contribution tente de le montrer. Mais la singularité constitutionnelle du pouvoir législatif ne justifie pas que celui-ci bénéficie d'une impunité civile. Est-il besoin de rappeler qu'en 1973, les contempteurs de la justice constitutionnelle fourbissaient leurs armes en se servant du même argument ?