

Faculté de droit et de criminologie

Le principe de séparation des pouvoirs dans les « affaires climat »

(Ré)interprétation du principe au service de l’Affaire Climat
belge

Auteurs : Gabrielle Amory et Marie Jongen

Promotrices : Céline Romainville et Alice Sinon

Année académique 2019-2020

Master en droit, à finalité justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

Nous remercions la clinique Rosa Parks des droits humains et le cabinet Equal Partners de nous avoir offert l'opportunité de collaborer à un cas pratique d'une telle actualité. Nous tenons à remercier particulièrement notre promotrice, Céline Romainville, pour ses idées, son enthousiasme et son accompagnement dans ce projet, ainsi qu'Alice Sinon pour ses conseils et sa disponibilité.

Gabrielle et Marie

A titre personnel, je remercie ma grand-mère, juriste de 93 ans, pour son intérêt, ses encouragements et sa relecture attentive et intéressée de mes textes. J'adresse également mes remerciements à ma maman, qui a courageusement tenu à lire et à comprendre ce travail, et à Alice qui a égayé mon quotidien et m'a tant soutenue.

Gabrielle

Je remercie mes parents pour leur relecture éclairée et intéressée ainsi que Papaya et mes amis pour leur inconditionnel soutien.

Marie

Table des matières

REMERCIEMENTS	5
INTRODUCTION.....	8
TITRE I : PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS ET LIMITES DU POUVOIR JUDICIAIRE	10
Chapitre 1 : Le principe de séparation des pouvoirs : origines et interprétations.....	10
Section 1 : Origines de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu	10
Section 2 : Evolution de la théorie dans le droit constitutionnel belge.....	13
Sous-section 1 : Depuis 1831.....	13
Sous-section 2 : Appréhension contemporaine du principe	14
Chapitre 2 : Les limites imposées au pouvoir judiciaire par la séparation des pouvoirs.....	16
Section 1: Quant à la recevabilité du recours devant le juge judiciaire.....	17
Section 2: Quant à la nature de la demande et les mesures prononcées par le juge	19
Sous-section 1 : Le juge ne peut pas rendre un jugement d'opportunité.....	20
§1 Contrôle de légalité et non d'opportunité.....	20
§2 Reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics ne viole pas la séparation des pouvoirs	21
Sous-section 2 : Le juge ne peut pas exercer le pouvoir discrétionnaire réservé aux autres pouvoirs.....	28
§1 Analyse de l'objet véritable du recours.....	29
§2 Pouvoir d'injonction du juge.....	32
Sous-section 3 : Le juge ne peut pas statuer par voies de disposition générale	38
Chapitre 3 : Remise en contexte du principe de séparation des pouvoirs et pistes de (ré)interprétation	39
Section 1 : Contexte politique et objectifs à l'origine	40
Sous-section 1 : Montesquieu et la démocratie.....	40
Sous-section 2 : Objectifs du principe	42
§1 La séparation pour éviter la confusion	42
§2 La séparation pour garantir la liberté.....	43
Section 2 : Evolution et interprétation actuelle du principe.....	44
Sous-section 1 : Évolution du contexte politique et vision nostalgique du principe.....	44
Sous-section 2 : Réinterprétation du principe dans un contexte démocratique	46
TITRE II : INTERPRETATION DU PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS DANS L'AFFAIRE CLIMAT BELGE.....	48
Chapitre 1 : Recevabilité du recours climatique.....	50
Chapitre 2 : Fondement de la demande : responsabilité des pouvoirs publics	53
Section 1 : Responsabilité pour non-respect des engagements internationaux	54
Section 2 : Responsabilité pour violation des droits fondamentaux	59
Sous-section 1 : Reconnaître un effet direct à une norme internationale pose une question de séparation des pouvoirs	60
Sous-section 2 : Les normes invoquées doivent-elles être pourvues d'effet direct ?	63
Chapitre 3 : Injonctions prononcées par le juge.....	65
Section 1 : Menace du gouvernement des juges.....	65
Section 2 : Initiative législative et pouvoir discrétionnaire des autorités publiques	68
Section 3 : Manque d'expertise du juge	70
TITRE III : CONSEQUENCES DE L'AFFAIRE CLIMAT	70
Chapitre 1 : Les conséquences positives du procès.....	74
Chapitre 2 : Le risque de conséquences négatives	75
Section 1 : Dans l'hypothèse où le juge déboute les demandeurs	75
Section 2 : Dans l'hypothèse où le juge fait droit à la demande	77
Chapitre 3 : Quel serait un jugement idéal ?.....	81
CONCLUSION	85
BIBLIOGRAPHIE	88

INTRODUCTION

De nos jours, les citoyens qui s'inquiètent du réchauffement climatique sont nombreux. Les différentes marches pour le climat, qui ont mobilisé une grande partie de la population belge, témoignent de cette inquiétude ambiante. Les recours à la justice pour se faire entendre sont également de plus en plus répandus. Nous assistons dans le monde à une judiciarisation de cette problématique par le biais d'« affaires climat » dans lesquelles des groupements citoyens entendent faire réagir les pouvoirs publics afin que ceux-ci durcissent leur politique climatique. L'Etat irlandais a, depuis peu, été condamné en raison de son plan climat jugé imprécis. Aux Pays-Bas, c'est en 2019 que la Cour Suprême a condamné l'Etat néerlandais à revoir ses objectifs en matière de lutte contre le réchauffement climatique. En France, l'« Affaire du Siècle » et en Belgique, « Klimaatzaak », sont actuellement en cours, s'inscrivant dans la même lignée. Si les citoyens néerlandais et irlandais ont réussi à se faire entendre, la question que nous nous posons tous est « les Belges seront-ils les prochains? ».

Cette nouvelle tendance à la judiciarisation des problèmes climatiques place le juge dans une position délicate. Parmi tous les obstacles que peuvent rencontrer ces demandes en justice, le principe de la séparation des pouvoirs occupe une place importante. La valeur presque sacrée qui lui est souvent conférée rend le juge hésitant dans l'interprétation du principe. Si les défenseurs dans les affaires climat se cachent derrière une interprétation stricte de la séparation des pouvoirs, seul un juge audacieux pourrait l'interpréter de manière plus souple afin de servir la cause climatique dont il est saisi. Il y a, dès lors, lieu de se demander si l'obstacle de la séparation des pouvoirs n'est pas dû à une interprétation désuète du principe, une interprétation qui n'est plus adéquate au regard des évolutions politiques. A travers ces quelques pages, nous verrons comment il est possible de réinterpréter le principe de la séparation des pouvoirs, sans pour autant le remettre en question, afin de mieux correspondre aux attentes légitimes d'un système démocratique.

Ce travail est divisé en 3 parties. Si la première se veut plus générale, les deux suivantes se concentreront particulièrement sur l'Affaire Climat, également appelée Klimaatzaak, actuellement en cours en Belgique. C'est en 2015 que cette affaire a débuté. L'A.S.B.L. Klimaatzaak a attaqué l'Etat belge ainsi que la région flamande, la région wallonne et la région de Bruxelles-Capitale afin de leur faire respecter leurs engagements de réduction de gaz à effet de serre. La procédure judiciaire ayant pris quelques détours en raison de problèmes d'emploi des langues, les échanges de conclusions n'ont débuté qu'en 2019. Les plaidoiries sont, en

principe, prévues pour la fin 2020¹.

Dans notre première partie (Titre I), Marie Jongen se concentrera brièvement sur une analyse du principe de séparation des pouvoirs, de ses origines et ses évolutions (chapitre 1). Ensuite, les limites que ce principe impose actuellement au pouvoir judiciaire seront énoncées par Gabrielle Amory. L'accent sera mis sur les cas de recours intentés contre les pouvoirs publics. Le but n'étant pas de passer en revue toutes les limites qu'impose le principe de séparation des pouvoirs, nous nous concentrerons sur celles qui sont susceptibles de survenir lors des affaires climatiques telle que Klimaatzaak (chapitre 2). Afin de conclure cette première partie, Marie Jongen soulèvera la question de la possibilité d'interpréter le principe et ses limites de manière plus souple, plus moderne et en meilleur accord avec le contexte démocratique actuel. Nous tenterons de l'approcher au regard de ses buts d'origine, tout en gardant à l'esprit que le contexte politique, dans lequel il est né, a évolué (chapitre 3).

Dans un second temps, dans le titre II, Gabrielle Amory passera en revue les arguments de séparation des pouvoirs invoqués par les défenseurs de l'Affaire Climat belge. Nous y discuterons les différentes interprétations que l'on peut donner au principe de séparation des pouvoirs et de l'impact de celles-ci dans les affaires climat. Nous étudierons alors la possibilité d'une interprétation plus dynamique de la séparation des pouvoirs, interprétation qui permettrait aux affaires climatiques, et plus particulièrement à Klimaatzaak de recevoir un meilleur accueil auprès des juridictions de l'ordre judiciaire.

Enfin, dans notre titre III, Marie Jongen abordera les hypothèses d'issue de ce procès. Nous y envisagerons les divers scénarios qui pourraient se produire dans le cas où le juge fait droit à la demande ou non et nous nous poserons la question de savoir s'il est vraiment opportun que le juge accepte de se prononcer sur une question aussi sensible que la question climatique.

Avant de se lancer dans la lecture de ce mémoire, il est bon de noter que ce travail s'inscrit dans la continuité d'un travail rédigé, un an plus tôt, au sein de la clinique juridique Rosa Parks². Certains passages en sont dès lors fortement inspirés.

¹ Voy. le site <https://affaire-climat.be/> pour les détails de la procédure.

² G. AMORY et M. JONGEN, *La séparation des pouvoirs dans l'affaire climat*, travail relu, corrigé et complété par Céline Romainville et Matthias Petel, 2019.

TITRE I : PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS ET LIMITES DU POUVOIR JUDICIAIRE

Chapitre 1 : Le principe de séparation des pouvoirs : origines et interprétations

La théorie de la séparation des pouvoirs, élaborée à l'époque de la philosophie des Lumières, n'aura cessé de se réinventer, d'évoluer au fil des siècles, et de prendre de nouvelles tournures. Nous allons dans un premier temps remonter à l'origine du principe. Ensuite, nous verrons la place et l'évolution que celui-ci a emprunté dans le droit belge depuis la Constitution de 1831 jusqu'à aujourd'hui.

Section 1 : Origines de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu

Bien que l'idée même de la séparation des pouvoirs ait déjà connu des formes d'antécédents remontant à l'époque classique de l'antiquité grecque, notamment avec Aristote³, puis ultérieurement, au début de l'époque moderne, avec les révolutionnaires anglais du XVII^e siècle⁴ ainsi que les théories de Hobbes⁵ ou encore de Locke⁶, c'est à Montesquieu que l'on reconnaît unanimement et définitivement l'établissement de la théorie selon laquelle, au sein de chaque Etat désireux d'éviter toute forme de despotisme, il est nécessaire d'établir trois « pouvoirs » confiés à des personnes ou entités distinctes⁷.

C'est en 1748 que Montesquieu rédige son œuvre *De l'esprit des lois* dans laquelle il reprend la théorie de Locke, parue un demi-siècle plus tôt, en la développant et lui donnant une toute nouvelle portée. Dans le contexte de monarchie absolue qui est le sien à l'époque de la philosophie des Lumières et dans lequel le pouvoir est menaçant pour les libertés individuelles, l'objectif que Montesquieu assigne à sa théorie en tant que penseur libéral est d'aboutir à l'équilibre des différents pouvoirs : « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁸. Et ce, afin de garantir les libertés

³ Voy. Le livre IV de *La Politique* d'Aristote : « Dans toute constitution, il y a trois parties. La première, c'est l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques, la deuxième c'est le corps des magistrats, la troisième c'est le corps judiciaire », 1297b-1298a 3°.

⁴ C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, 2002/3, p. 122.

⁵ C. BERHENDT et F. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État- Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 148 : En 1651, Hobbes établit déjà une distinction entre d'un côté les « ministres d'administration générale », dont la compétence recouvre toutes les matières mais peut être territorialement limitée et de l'autre les « ministres d'administration spéciale », qui sont compétents pour un certain nombre de matières identifiées.

⁶ J. LOCKE, *Two Treatises on Government*, 1690, Paris, Vrin, 1997 : John Locke distinguera déjà trois fonctions de l'État auxquelles correspondront, pour l'exercice de chacune d'entre elles un pouvoir : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif dans lequel il situe les cours et Tribunaux et le pouvoir fédératif, en charge des relations extérieures de l'État et à qui revient donc le pouvoir de faire la guerre ou la Paix.

⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.

⁸ *Ibid.*

individuelles face au risque d'arbitraire.⁹ Montesquieu est dans un refus total de la monarchie absolue, car, nous citons, « c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »¹⁰. Dès lors, il ne croit pas aux « sauveurs de la patrie », aux personnalités amenées par la Providence, car ils sont simplement la preuve que ce pouvoir absolu si dangereux pour la liberté politique, continue malheureusement de sévir.

Montesquieu s'est principalement penché sur une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs¹¹. Dans sa théorie, les trois pouvoirs doivent être à la fois spécialisés et indépendants. Il n'impose pas nécessairement que chacun des pouvoirs soit attribué à un organe précis, mais il exige simplement qu'un seul organe ne puisse être détenteur de l'intégralité de plusieurs pouvoirs. Il met toutefois le pouvoir judiciaire de côté, le considérant comme un pouvoir quasiment nul. Dès lors, ce n'est que pour le pouvoir judiciaire que l'idée d'indépendance et d'autonomie a réellement été développée. Il cherche surtout à construire un système dans lequel une concentration du pouvoir législatif et exécutif ne serait pas possible dans le chef d'une seule entité¹². Une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs est en réalité une séparation souple de ceux-ci puisqu'elle instaure, au niveau de la spécialisation, une collaboration entre les deux fonctions. Dans l'idée de Montesquieu selon laquelle chacun dispose aussi bien de la faculté de statuer que de celle d'empêcher, il y aura une dépendance entre les deux organes, un équilibre, une collaboration organique puisque chaque organe a un moyen d'action sur l'autre (faculté d'empêcher). Dans cette optique, la liberté sera protégée et préservée par cette nécessaire entente permanente entre les titulaires du pouvoir, chacun d'eux faisant en sorte que l'autre s'abstienne de prendre des mesures arbitraires¹³.

Montesquieu consacre l'existence d'un pouvoir judiciaire autonome (et non plus d'un pouvoir fédératif comme chez Locke) et marque ainsi une avancée capitale dans la théorie de la séparation des pouvoirs. Chez Montesquieu, l'exécutif évolue en un pouvoir auquel il n'est attribué qu'un rôle de gouvernant, il se voit dépouillé de sa fonction de juger et vidé de son

⁹ C. MOLLÈRS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015, p. 40.

¹⁰ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, chapitre IV.

¹¹ J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 424.

¹² C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et des idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 593.

¹³ *Ibid*, p. 590.

objectif de stabilité juridique que Locke et les révolutionnaires anglais lui avaient attribué¹⁴.

Selon Montesquieu, le pouvoir judiciaire doit être distingué des deux autres pouvoirs car ce premier est exercé de manière directe sur les particuliers. Le peuple est « immédiatement soumis à son emprise potentiellement violente¹⁵ »¹⁶. Ainsi, pour fuir tout risque d'arbitraire de la part du pouvoir judiciaire, il faut que les jugements de ce dernier « ne soient jamais qu'un texte précis de la loi »¹⁷. De là découle le fait que le juge doit toujours et seulement observer les faits concrets présentés devant lui, pour ensuite leur appliquer une norme de droit, et qu'il ne peut donc, en aucun cas, compléter la loi de son appréciation personnelle. « Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi »¹⁸. Cette phrase qui place les juges comme bouche de la loi reste sans aucun doute l'une des plus connues de Montesquieu aujourd'hui encore. Cependant, comme certains auteurs de doctrine le font remarquer, il convient de prendre des pincettes lorsque l'on aborde cette célèbre maxime car on lui fait souvent dire ce qu'elle ne voudrait pas réellement signifier. En effet, si nous regardons plus attentivement la place qu'occupent ces fameuses « bouches de la loi » dans le travail de Montesquieu, d'une part on remarque qu'elles n'apparaissent que lorsqu'il parle des jurys et non pas des tribunaux dans leur ensemble et, d'autre part, on pourrait dire que Montesquieu admet toutefois l'idée que les juges soient acteurs de la création du droit, aux côtés du législateur, car il ne manque pas de parler de la jurisprudence et de la place considérable qu'elle peut en effet prendre dans ce système¹⁹.

Montesquieu aborde en réalité la séparation des pouvoirs de manière dynamique, avec une interdépendance des pouvoirs. D'ailleurs, la doctrine fait souvent remarquer que Montesquieu lui-même n'utilise jamais le terme « séparation » des pouvoirs²⁰ en tant que tel dans ses écrits mais qu'il aborde le principe en parlant plutôt d'un « équilibre »²¹, voire d'une « collaboration » des pouvoirs²². Seulement, les théoriciens de la séparation des pouvoirs qui lui

¹⁴ C.-M. PIMENTEL, *op. cit.*, p. 128.

¹⁵ On trouve un indice de cette idée dans la phrase « la puissance de juger, si terrible parmi les hommes ... » (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*).

¹⁶ C. BERHENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 134.

¹⁷ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ J. VELU, *Droit public*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 294.

²¹ M. DELMAS-MARTY, « Mondialisation et montée en puissance des juges », *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 95 ; K. MUYLLE, « L'intérêt fonctionnel d'un parlementaire et le (dés)équilibre des pouvoirs », obs. sous C.E., 20 novembre 2002, n° 112.734, *C.D.P.K.*, 2003, p. 493.

²² D. BATSELE, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 209 ; F. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *Le rôle du juge dans la cité*, actes du colloque du 12 octobre 2001, organisé par l'Institut d'études sur la justice, en collaboration avec le Centre de droit judiciaire de

succèdent en arriveront, petit à petit, à fonder une théorie qui s'orientera, au fur et à mesure, vers ce que l'on pourrait appeler du légicentrisme. Nombreux sont ceux qui, en faisant évoluer la théorie dans un sens qui n'était pas le sien au départ, feront dire à Montesquieu ce qu'il n'a jamais dit. En partant de la théorie de Montesquieu qui mettait en place une approche dynamique et interdépendante des pouvoirs, certains finiront par l'amener vers un chemin qui ne lui était pas destiné, là où cette théorie prônera la compartimentalisation et la spécialisation des pouvoirs, menant au légicentrisme évoqué plus haut. En réalité, ces dérives de la théorie doivent être considérées comme des mythes juridiques, ne trouvant même pas de réelle traduction formelle dans le droit constitutionnel belge. La seule théorie qui puisse dès lors s'avérer légitime et applicable dans notre système démocratique est une théorie qui reste en accord avec la théorie de Montesquieu et les premières théories modernes du principe, à savoir celle qui prône « la mécanique des contrepouvoirs, de modération du pouvoir, de frein et contrepoids, d'interdépendance »²³. Nous reviendrons dans le chapitre 3 sur cette idée d'un besoin de réactualisation de la théorie au regard de ses buts d'origine.

Section 2 : Evolution de la théorie dans le droit constitutionnel belge

Nous allons à présent nous pencher sur la manière dont la séparation des pouvoirs a été abordée dans le droit constitutionnel belge, depuis son inscription dans la Constitution belge de 1831 jusqu'à aujourd'hui. Nous attacherons un intérêt tout particulier à la place occupée par le pouvoir judiciaire dans l'évolution de ce principe, ainsi qu'à son articulation vis-à-vis des deux autres pouvoirs.

Sous-section 1 : Depuis 1831

En 1831, les révolutionnaires belges désirent confier la mission de garantir les libertés à une autorité indépendante. Ils le feront avec l'article 25 de la Constitution (actuellement article 33) qui garantit l'égalité entre les trois pouvoirs : « tous émanent de la nation ». Les rédacteurs instaurent le pouvoir judiciaire « comme un pouvoir, à l'instar et sur le même pied que le législatif et que l'exécutif »²⁴. Les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire auront dès lors pour mission de préserver les droits civils et politiques par une bonne application de la loi à portée

l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15 ; J. DELVA, « Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 107 ; A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, p. 221.

²³ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, « La judiciarisation et l'humanisation de la lutte climatique posent-elles un problème de séparation des pouvoirs ? », *Forum francophone*, juin 2019, p. 28.

²⁴ F. MULLER, *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, Brugge, La Charte, 2011, p. 38.

générale lors des protestations amenées par les justiciables. Ainsi, il faudra un litige et l'invocation de droits civils et politiques²⁵ pour que le pouvoir judiciaire soit compétent.

Bien que le pouvoir Constituant ait tenté d'ancrer une conception égalitariste des trois pouvoirs constitués, la séparation des pouvoirs sera ensuite différemment abordée dans la doctrine publiciste et politiste du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle, où une vision plus compartimentalisée du principe s'imposera, instaurant donc un certain légicentrisme, lui-même sans doute inspiré par les travaux de Montesquieu et Rousseau. Dans cette optique, nous constaterons que le pouvoir judiciaire sera alors progressivement « mis de côté » et considéré comme le « troisième pouvoir »²⁶. En 1904, les *Pandectes Belges*, malgré que la Constitution mette bien sur un pied d'égalité les trois pouvoirs de la Nation, décrivent à cet égard le judiciaire comme un pouvoir qui n'a « ni force, ni volonté ».²⁷

Début du XX^{ème} siècle, nous assistons en Belgique à un important développement des partis politiques, à une démocratisation des régimes politiques et à une reprise d'importance de l'exécutif par rapport au Parlement. Quant au pouvoir judiciaire, il évoluera également en harmonie avec l'évolution de ce régime démocratique, reflétant le passage d'une démocratie « formelle » vers une démocratie « substantielle » dans laquelle les droits fondamentaux, par exemple, prendront une toute nouvelle importance. Nous constatons aussi une expansion de la fonction juridictionnelle qui se traduira par l'instauration d'institutions telles que le Conseil d'État et la Cour d'arbitrage ainsi que par une certaine évolution de la notion de droits civils et politiques.

Avec l'influence du droit européen, le principe de séparation des pouvoirs connaîtra également quelques reconfigurations²⁸.

Sous-section 2 : Appréhension contemporaine du principe

Actuellement en Belgique, le principe de séparation des pouvoirs est considéré comme un « principe général de droit de valeur constitutionnelle », découvert par les juges au travers de l'économie générale de la Constitution²⁹. Il est un principe primordial car le fonctionnement

²⁵ Le principe de séparation des pouvoirs implique, dès l'origine, la capacité pour le pouvoir judiciaire, fort de son pouvoir discrétionnaire, de définir la notion de droits civils et politiques.

²⁶ F. MULLER, *op. cit.*, p. 3.

²⁷ « Pouvoir judiciaire », *Pandectes Belges*, Bruxelles, t. LXXVIII, 1904, p. 607.

²⁸ M. LASSER, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

²⁹ Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 10 juin 1996, *R.C.J.B.*, 1997, p. 44 et s.

efficace de l'action de la puissance publique³⁰ et l'attribut démocratique de l'État³¹ sont dépendants de la bonne application de ce principe.

Comme nous l'indique Yves Lejeune dans son livre *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, il convient, afin de mieux appréhender encore le concept de séparation des pouvoirs, d'établir une distinction fondamentale entre d'une part les « pouvoirs étatiques », à savoir les fonctions et tâches confiées aux autorités étatiques et, d'autres part, ce que l'on appelle communément et par raccourci les « Pouvoirs », c'est à dire « les autorités publiques auxquelles sont dévolues collectivement des fonctions spécifiques »³². Dans une conception fonctionnelle du principe, la Constitution belge, dans ses articles 36, 37 et 40³³, distingue trois « pouvoirs », ou fonctions : la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction judiciaire. Ensuite, dans ces mêmes articles, elle identifie trois « Pouvoirs », ou encore entités : le pouvoir législatif (fédéral), le pouvoir exécutif (fédéral) et le pouvoir judiciaire, faisant alors référence à une conception institutionnelle du principe.

Bien qu'elle soit passée par différentes évolutions, la théorie est dorénavant abordée de manière « flexible » au sein du système juridique belge actuel. La séparation des pouvoirs est en effet désormais principalement définie par rapport à la nécessité d'équilibre, de contrepoids, de collaboration, d'interdépendance³⁴, d'indépendance des trois pouvoirs, et, comme prescrivant une relation de collaboration et de contrôle entre l'exécutif et le législatif³⁵. Trois grandes lignes encadrent actuellement le principe de séparation des pouvoirs. Premièrement, pour une bonne application de ce principe, il faut qu'aucun pouvoir ne puisse s'occuper à titre principal d'une fonction qui est confiée à un autre pouvoir. Deuxièmement, chaque pouvoir doit être bien indépendant³⁶. Le principe implique, troisièmement, la mise en place de freins et contrepoids. Les organes doivent alors être indépendants mais ils possèdent tout de même des moyens d'action les uns sur les autres. Cela atténue le principe de la stricte séparation des pouvoirs.

Le principe de séparation des pouvoirs implique, premièrement, un principe d'indépendance du pouvoir exécutif. Le pouvoir judiciaire ne peut alors s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire des diverses autorités qui relèvent du pouvoir exécutif ni empiéter sur la «

³⁰ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 64.

³¹ P. POPELIER et K. LEMMENS, *The Constitution of Belgium, A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, Hart, 2015, p. 58 et s. ; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 14-15.

³² Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2014, p. 340 et s.

³³ Const., art. 36 ; Const., art. 37 ; Const., art. 40.

³⁴ *Ibid.*, p. 348. ; MISONNE, D. *et al.*, « Climat, Constitution et répartition des compétences », *Rapport du premier séminaire académique du 23 avril 2018*, p. 7, disponible sur <https://cedre.hypotheses.org/324>.

³⁵ J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 185-212.

³⁶ Y. LEJEUNE, *op.cit.*, p. 334.

liberté de choix politique » qui appartient au pouvoir exécutif³⁷. L'idée est que le juge ne puisse substituer à l'appréciation de l'administration, ou d'autres autorités relevant du pouvoir exécutif, une appréciation personnelle.³⁸ Deuxièmement, quant à l'indépendance du pouvoir législatif, il faut rappeler que ce dernier jouit d'une certaine prééminence sur les autres pouvoirs. Il y a en effet une idée selon laquelle le Parlement est l'héritier de l'autonomie civique et qu'il est l'expression de la souveraineté populaire, la voie de l'expression de l'autodétermination collective. C'est pour toutes ces raisons que l'institution parlementaire jouit effectivement toujours d'une large indépendance.

Chapitre 2 : Les limites imposées au pouvoir judiciaire par la séparation des pouvoirs

Comme le dit le chapitre 1, le principe de séparation des pouvoirs, s'inscrivant dans une logique de frein et contrepoids, n'est pas absolu. Certaines incursions sont permises. Un contrôle judiciaire des autres pouvoirs peut donc être exercé³⁹. Cependant, ce contrôle est soumis à des limitations⁴⁰. Il est possible pour les tribunaux de l'ordre judiciaire d'intervenir et de réparer les atteintes portées par des autorités aux droits subjectifs des individus mais cela implique certaines limites. Ce chapitre se concentre sur les limites théoriques et jurisprudentielles du pouvoir judiciaire et plus particulièrement celles qui sont les plus susceptibles de poser problème dans le cadre des affaires climat. En vue d'annoncer notre titre 2 concernant les affaires climat, et plus précisément celle actuellement en cours en Belgique, nous mettrons l'accent sur les actions judiciaires exercées contre les pouvoirs publics. Par pouvoirs publics, ou autorités publiques, nous nous fions ici à la définition de Pierre Van Ommeslaghe, à savoir « les personnes juridiques exerçant une « parcelle » de l'autorité publique en vertu de la Constitution au sein de l'un des trois pouvoirs, que ce soit au niveau fédéral, dans les Communautés, les Régions, ou encore au sein des pouvoirs subordonnés »⁴¹.

Les limites imposées au pouvoir judiciaire par la séparation des pouvoirs sont essentiellement jurisprudentielles. Peu de dispositions législatives laissent apparaître une application du principe de séparation des pouvoirs. Dans le Code judiciaire, seul l'article 6 contient une application concrète du principe limitant le juge. Le reste est le fruit de la jurisprudence. Nous pouvons donc parler d'une autolimitation par le juge lui-même. Cela tient des origines du

³⁷ Y. LEJEUNE, *op.cit.*, p. 345, n°338.

³⁸ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374 ; T. BOMBOIS, « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique : vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *C.D.P.K.*, 2005, p. 24-49.

³⁹ Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870 ; Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983/2, p.173.

⁴⁰ M. JOASSART, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs », note sous Bruxelles, 21 février 2014 et Bruxelles, 12 septembre 2014, *A.P.T.*, 2016, p. 429 et 430.

⁴¹ P. VAN OMMEFLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *Actualités en droit public et administratif*, J. Sautois et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 8.

principe de séparation des pouvoirs où Montesquieu préférait la notion « d'équilibre » des pouvoirs à celle de séparation⁴². Comme nous l'avons vu dans le premier chapitre, c'est le pouvoir qui arrête le pouvoir.

Le principe de la séparation des pouvoirs, en tant que norme juridique, peut être invoqué devant le juge judiciaire. Etant d'ordre public, il peut même être employé comme moyen de défense pour la première fois en cassation⁴³. Le principe peut alors faire obstacle à l'aboutissement d'une demande en justice et ce à différents niveaux de la procédure. Le respect de la séparation des pouvoirs peut en effet être examiné à deux stades. Le premier concerne la recevabilité de la demande par les juridictions. Est-ce que le recours est dans les attributions du pouvoir judiciaire (section 1)? Ensuite, si le juge peut recevoir le recours, il faudra s'assurer que la nature de la demande et les mesures concrètes que le juge prononcera ne violent pas la séparation des pouvoirs (section 2)⁴⁴.

Section 1: Quant à la recevabilité du recours devant le juge judiciaire

La recevabilité détermine si un recours est dans les attributions du pouvoir judiciaire et peut être porté devant le juge judiciaire ou non. L'incidence de la séparation des pouvoirs sur la recevabilité est alors évidente car ce principe délimite notamment la saisine du juge judiciaire.

Le principe de séparation des pouvoirs peut alors intervenir au stade du déclinatoire de juridiction pour déterminer si un litige est dans les attributions du pouvoir judiciaire. Il est question ici du pouvoir juridictionnel, c'est à dire du pouvoir de statuer, qu'il faut distinguer de la compétence qui est déterminée par le législateur afin de savoir vers quel tribunal spécifique il faut se tourner⁴⁵. L'attribution concerne alors la question de savoir vers quel pouvoir la demande doit être introduite. Le déclinatoire de juridiction peut donc intervenir à ce stade en raison d'un problème de séparation des pouvoirs. Le juge devra décliner sa compétence dans le cas où la demande relève d'un autre pouvoir.

La Constitution belge prévoit un pouvoir judiciaire mais il faut noter que toutes les juridictions n'en font pas partie. C'est le principe de séparation des pouvoirs qui tranche cette question⁴⁶. Il faut alors distinguer les juridictions judiciaires et les juridictions contentieuses (Conseil d'Etat, juridictions administratives, etc). Départager les attributions des juridictions judiciaires et celles des contentieuses se fait sur base de la nature des droits en cause. Pour entrer dans le pouvoir de

⁴² M. JOASSART, *op. cit.*, p. 436.

⁴³ *Ibid.*, p. 435-436.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 474.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 86.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 435-436.

juridiction des tribunaux de l'ordre judiciaire, le litige doit porter sur un droit subjectif, à savoir un droit civil ou politique, comme nous l'avons déjà énoncé auparavant⁴⁷. Les droits civils sont exclusivement du ressort des juridictions judiciaires. Il en va de même pour les droits politiques à l'exception de ce que la loi peut prévoir. La difficulté réside dans l'absence de définition de ces deux types de droit⁴⁸. En effet, les articles 144 et 145 de la Constitution⁴⁹ prévoient que le pouvoir judiciaire est compétent, sauf exceptions, en ce qui concerne les droits civils et politiques mais aucune définition n'est donnée par la Constitution à ces deux notions⁵⁰. La détermination des critères du « droit subjectif » ainsi que la qualification des droits civils en droits subjectifs paraît alors résulter d'une préoccupation de séparation des pouvoirs. L'argument est communément admis, il est cependant, à y regarder de plus près, peu convaincant. Selon Bernard Bléro, « Certes, la Constitution ne se réfère pas expressément à la notion de 'droit subjectif'. Cela se comprend : l'expression n'a fait son apparition dans le langage juridique courant qu'à dater de la fin du XIXe siècle, vraisemblablement en vue de l'opposer à une autre notion dégagée à la même époque : celle de Droit Objectif. Cela dit, dès lors qu'en Belgique, une convention de langage veut qu'on qualifie les droits civils et politiques de droits subjectifs, il y a lieu, sauf à remettre en cause cette convention, de considérer que la notion de droit subjectif a été consacrée par la Constitution »⁵¹. Il faut cependant rester prudent car une convention de langage ne suffit pas à élever une norme au rang constitutionnel. Force est cependant de constater que cette « convention de langage » est aujourd'hui largement reçue dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation établit que :

« Attendu qu'en vertu de l'article 144 de la Constitution, le pouvoir judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil ; Attendu que, de même, le juge statuant en référé comme en l'espèce trouve dans les articles 584 et 1039 du Code judiciaire la compétence pour prendre au provisoire à l'égard de l'auteur d'une telle lésion les mesures nécessaires à la conservation des droits subjectifs si des apparences de droit le justifient ; »⁵²

Les juridictions judiciaires ont alors pour rôle de protéger les citoyens qui souffrent d'une atteinte à leurs droits subjectifs et ce notamment lorsque cette atteinte résulte d'un acte de l'autorité publique⁵³. Pour être titulaire d'un droit subjectif, le demandeur doit remplir deux

⁴⁷ B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202 et 203 et 208 et s.

⁴⁸ M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 89-92.

⁴⁹ Const., art. 144 ; Const., art. 145.

⁵⁰ Civ. fr. Bruxelles (réf), 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 473-475.

⁵¹ B. BLERO, « L'article 145 de la Constitution... », *op. cit.*, p. 202 et 203 et 208 et s.

⁵² Cass. (1re ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, n° 420.

⁵³ P.-P. VAN GEHUCHTEN et A. VERHOUSTRAETEN, « Le contentieux objectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire », *La distinction entre droit public et droit privé*, P.-O. de Broux et al. (dir.), Limal, Anthemis, 2019, p. 408-409.

conditions. Premièrement, il doit être en mesure d'exiger un comportement de la part d'un tiers, comportement qui résulte d'une règle de droit objectif. Le demandeur doit alors faire état d'une obligation juridique dont découlerait son droit d'exiger un comportement de la part d'un tiers. Deuxièmement, l'existence d'un droit subjectif est subordonnée à la présence d'un intérêt personnel à ce que ce comportement soit exécuté⁵⁴. En effet, il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de défendre l'intérêt général. C'est plutôt le rôle du législatif, voire de l'exécutif. Le pouvoir judiciaire, lui, ne peut se pencher que sur les intérêts individuels. Ces conditions sont à analyser au regard de l'objet véritable du recours⁵⁵. L'exigence de l'existence d'un droit subjectif relève en réalité du fondement de la demande et non de la recevabilité. Est alors recevable toute demande dans laquelle le demandeur se prétend titulaire d'un droit subjectif, peu importe si ce droit est contesté. Seul l'objet véritable de la demande permet alors de déterminer si on est en présence d'un droit subjectif. Lorsque le litige concerne la contestation d'un comportement des pouvoirs publics, le juge doit donc s'assurer que l'objet de la demande tend à obtenir la reconnaissance d'une atteinte à un droit subjectif. Si la demande concerne effectivement la défense d'un droit subjectif, les tribunaux de l'ordre judiciaire seront compétents. En revanche, s'il est constaté que la demande pousse le juge à empiéter sur la compétence discrétionnaire des pouvoirs publics, les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent prétendre à un pouvoir de juridiction⁵⁶. Le caractère lié ou discrétionnaire des pouvoirs publics a alors une incidence sur cette vérification. Nous reviendrons sur la question de l'analyse de l'objet véritable du recours et sur la distinction entre compétence liée ou non dans la section 2, sous-section 2, lorsque nous nous attarderons sur la nature de la demande faite au juge.

Au stade de la recevabilité, c'est donc l'intérêt à agir du demandeur qui pose surtout question et ce notamment dans les affaires climat où les actions sont d'intérêt collectif, comme nous le verrons dans le titre 2.

Section 2: Quant à la nature de la demande et les mesures prononcées par le juge

Comme nous venons de le voir dans la section précédente, le recours est dans les attributions du pouvoir judiciaire lorsqu'il a pour objet des droits subjectifs. Le juge peut donc recevoir des demandes au sujet d'atteinte, par les pouvoirs publics, aux droits subjectifs d'individus. Cependant, certaines limites subsistent quant à la nature de la demande et les mesures que le juge peut prononcer à l'égard de l'administration. Le pouvoir judiciaire doit rester dans les limites de ses compétences. Ces limitations principales du pouvoir judiciaire sont des

⁵⁴ Bruxelles (9^e ch.), 22 mai 2014, *D.A.O.R.*, 2015/2, p.66 ; Cass., 17 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 316.

⁵⁵ Civ. fr. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020/14, p. 631.

⁵⁶ Civ. fr. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020/14, p. 631 ; C. Trav. Mons (8^e ch.), 25 mai 2016, *Sem. soc.*, 2017/28 ; Cass., 8 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 601.

conséquences du principe de séparation des pouvoirs⁵⁷.

Sous-section 1 : Le juge ne peut pas rendre un jugement d'opportunité

§1 Contrôle de légalité et non d'opportunité

Le juge doit statuer en légalité. Il ne sera donc pas compétent en ce qui concerne les demandes qui le poussent à agir en opportunité⁵⁸. « À peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, les cours et tribunaux ne peuvent apprécier l'opportunité de l'action de l'administration lorsque celle-ci exerce un tel pouvoir »⁵⁹. La Cour de cassation a clarifié le fait que le pouvoir judiciaire ait un pouvoir de contrôle de la légalité des actes de l'administration. Le juge est donc en mesure de contrôler si un acte ou une abstention est légal mais il ne peut en aucun cas juger de l'opportunité d'un tel acte ou d'une telle abstention⁶⁰. Le pouvoir judiciaire reçoit alors les recours contre l'administration à condition que le juge constate une illégalité ou une faute. Il s'agit d'une condition de légalité. Il faut noter que le juge ne pourra évidemment pas « imputer à faute ce qui relève du pouvoir d'appréciation de l'administration »⁶¹. En effet, « il n'appartient pas au juge judiciaire, dans son examen de la faute éventuellement commise par le législateur, de porter un jugement d'opportunité sur le travail de celui-ci »⁶². Pour juger de la légalité des actes ou de l'omission des pouvoirs publics, le juge doit alors tenir compte du caractère lié ou discrétionnaire de la compétence de l'autorité. Si la compétence est liée, le juge pourra retenir la responsabilité dès qu'il constate la méconnaissance d'une règle. En revanche, si la compétence de l'autorité est discrétionnaire, le juge pourra seulement vérifier si celle-ci a commis une faute dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire⁶³. Le pouvoir judiciaire se contente de vérifier si les pouvoirs publics n'ont pas violé la loi ou commis une faute dans l'usage de leur pouvoir. En d'autres cas, le juge ne peut les condamner à agir sous peine d'exercer un contrôle d'opportunité⁶⁴. Le contrôle d'opportunité fait en effet plutôt partie des attributions des pouvoirs législatif et exécutif. Le juge, lui, applique le droit. Même son pouvoir de pleine juridiction ne lui permet pas de rendre un jugement d'opportunité. Si aucune norme n'impose un comportement déterminé à l'administration, cela signifie qu'elle jouit d'une liberté d'appréciation et doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt général. Le juge ne peut

⁵⁷ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 438.

⁵⁸ Cass., 27 novembre 1992, *Pas.*, 1992, p. 1315 ; Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 59.

⁵⁹ Bruxelles (9^e ch.), 22 mai 2014, *D.A.O.R.*, 2015/2, p. 77.

⁶⁰ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 444 ; Cass., 3 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1714 ; Cass. (1^{ère} ch.), 31 mai 2001, *Lar. Cass.*, 2001/7, p. 220.

⁶¹ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 178.

⁶² Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

⁶³ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁶⁴ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 444 ; Cass. (1^{ère} ch.), 31 mai 2001, *Lar. Cass.*, 2001/7, p. 220.

donc lui dicter comment exercer ce dit pouvoir⁶⁵.

En matière de responsabilité, c'est donc, s'il existe une faute dans le chef de l'autorité, que le pouvoir judiciaire est en mesure de constater cette faute et de condamner l'autorité à en réparer les conséquences. En effet, suite à une longue évolution jurisprudentielle, le pouvoir judiciaire peut aujourd'hui reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics sans pour autant violer le principe de la séparation des pouvoirs. Reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics ne constitue donc pas un jugement d'opportunité. Cette évolution fait l'objet de notre point suivant.

§2 Reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics ne viole pas la séparation des pouvoirs

Il est aujourd'hui admis que, lorsque le juge reconnaît la responsabilité des pouvoirs publics, il n'agit pas en opportunité et reste ainsi dans les limites des attributions du pouvoir judiciaire. La Cour de cassation, dans un arrêt de 1990 réaffirme ce principe :

« s'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire d'apprécier l'opportunité d'un acte de l'administration, il est en revanche compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil, quel que soit l'auteur de la lésion; qu'il en est ainsi pour toute atteinte portée fautivement par l'administration à un droit subjectif »⁶⁶.

Les pouvoirs publics, au même titre que tout citoyen, engagent leur responsabilité s'ils commettent une faute qui occasionne un dommage. Nous retraçons ici l'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité de l'Etat dans ses fonctions exécutive, judiciaire et législative. Cette évolution est essentiellement l'œuvre de la Cour de cassation. Nous analyserons alors les arrêts qui ont, à l'aide d'une interprétation plus nuancée du principe de séparation des pouvoirs, amorcé ce grand revirement de jurisprudence.

C'est en 1920 que la Cour de cassation a pour la première fois reconnu la responsabilité des pouvoirs publics dans leur fonction exécutive. Avant 1920, pour des motifs de séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire n'était pas compétent pour reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics lorsqu'ils commettaient une faute dans l'exercice de leur fonction⁶⁷. Dans son célèbre arrêt *La Flandria*⁶⁸, la Cour a décidé que l'Etat devait répondre des fautes causées par son pouvoir exécutif selon les règles de droit commun, à savoir les articles 1382 et 1383 du Code civil. Le pouvoir judiciaire étant compétent pour toute contestation de droit civil en vertu

⁶⁵ M. JOASSART, *op.cit.*, p. 438-439.

⁶⁶ Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 59.

⁶⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier... », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁸ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

de l'article 144 de la Constitution, il n'en est pas moins compétent lorsque c'est l'Etat qui est au cœur de la contestation. L'arrêt La Flandria a donc établi pour la première fois le principe de responsabilité des personnes de droit public dans leur fonction administrative. Ce régime de responsabilité étant soumis au droit commun, il doit donc répondre aux conditions habituelles de la faute, du dommage et du lien causal⁶⁹. Cet arrêt opère un revirement de jurisprudence exceptionnel. La Cour y redécouvre « la véritable nature de la « séparation des pouvoirs » telle que consacrée par la Constitution belge et en rompant définitivement avec la conception française de cette théorie »⁷⁰. Cette jurisprudence est aujourd'hui bien acceptée⁷¹.

Dans un deuxième temps, la responsabilité de l'Etat du fait du pouvoir judiciaire a été reconnue. L'arrêt Anca a consacré ce principe le 19 décembre 1991⁷². La Cour de cassation a, dans le prolongement de l'enseignement de l'arrêt La Flandria, reconnu l'Etat responsable pour une faute commise par les magistrats dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle⁷³. La jurisprudence avait longtemps accordé une immunité à l'Etat pour les fautes commises par les magistrats et ce dans le but de préserver l'indépendance des organes du pouvoir judiciaire. Cependant, suite à l'arrêt Anca, cet argument a fini par être rejeté. En effet, reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait de son pouvoir judiciaire ne portait pas atteinte à cette indépendance⁷⁴.

Enfin, la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat dans le cadre de sa fonction législative a mis plus de temps à voir le jour. Le pouvoir législatif fut le dernier à se voir reconnaître une responsabilité extracontractuelle. Longtemps rejetée à l'époque où le principe de séparation des pouvoirs était très strictement interprété, c'est en 2006 seulement que la Cour de cassation a reconnu cette responsabilité. Cette tardiveté peut être expliquée par les nombreuses critiques et controverses qui ont entouré ce sujet. Reconnaître la responsabilité de l'Etat dans le cadre de sa compétence législative met en cause la légitimité du Parlement qui est censé refléter le choix des électeurs. Cela remet donc en cause le choix des électeurs eux-mêmes⁷⁵. Une réelle primauté du pouvoir législatif était consacrée à cette époque, comme nous avons déjà pu le voir. Ce pouvoir était considéré comme souverain car fondé sur le choix des électeurs. Il était donc inconcevable que la loi puisse causer un préjudice. De plus, la crainte du « gouvernement des

⁶⁹ A.-L. DURVIAUX, *Principes de droit administratif - Tome 1 – L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 477 à 480.

⁷⁰ R. ANDERSEN, *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 10.

⁷¹ Cass., 27 mars 2003, R.G. n°C.02.0293.F, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 23 avril 1971, *J.T.*, 1972, p. 690.

⁷² Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42.

⁷³ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 492-494.

⁷⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics, et en particulier... », *op. cit.*, p. 12-13.

⁷⁵ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 506-507.

juges » était forte. De nombreux exemples témoignent du souci d'éviter un blocage du pouvoir législatif résultant d'une forme de gouvernement des juges. Le fait que le pouvoir judiciaire ne puisse pas contrôler la constitutionnalité des lois en est une illustration. Nous comprenons donc pourquoi il était difficile d'envisager de donner au juge judiciaire la possibilité de reconnaître la responsabilité du pouvoir législatif s'il ne se voyait même pas confier le contrôle constitutionnel. Finalement, la situation a commencé à évoluer et ces arguments ont fini par s'estomper suite à l'arrêt *Leski* qui a notamment participé à une désacralisation de la loi⁷⁶. En 1970, ce célèbre arrêt a reconnu que le juge pouvait exercer un contrôle sur la loi sur base du droit international ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne. Si la loi est contraire à des dispositions de droit international, le juge peut en écarter son application. Le pouvoir législatif doit en effet respecter les règles supérieures⁷⁷. Les arrêts *Francovitich*, *Factortame* et *Brasserie du Pêcheur* ont aussi joué un rôle dans cette évolution. La Cour de justice de l'Union européenne y a consacré l'obligation pour les Etats membres de prévoir un régime de responsabilité qui permettrait une réparation des préjudices subis en raison de la non conformité des lois aux règles communautaires. Cette obligation de réparation vaut également en cas d'abstention de légiférer⁷⁸. Dans une logique de non-discrimination, s'il faut retenir la responsabilité en cas de non conformité au droit de l'Union européenne, il faut en faire de même en cas de non respect de la Constitution ou du droit international⁷⁹. C'est dans cette lignée que l'arrêt Ferrara de 2006, dont nous résumons brièvement les faits, a été rendu.

Madame Ferrara Jung, se considérant victime d'une erreur médicale, intente une action pour obtenir réparation en 1987. Le jugement est prononcé en 1995 et un appel est intenté en 1996. La demande de fixation du dossier a lieu en 1997 et il est annoncé que l'affaire sera plaidée en 2004. En 2001, Madame Ferrara introduit alors une action contre l'Etat belge sur base de 1382 et 1383 du code civil en raison de la longueur démesurée de la procédure. Cette action met donc en cause les fonctions exécutive et législative de l'Etat. C'est en réalité l'omission de légiférer qui est visée⁸⁰. La Cour de cassation est saisie de cette affaire et conclut dans son arrêt du 28 septembre 2006 :

« En règle, la faute dommageable commise par l'un de ses organes engage la responsabilité directe de l'Etat sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsque l'organe a agi dans

⁷⁶ P. VAN OMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics, et en particulier... », *op. cit.*, p. 14 ; S. VAN DROOGHENBROEK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics – XXII journées d'études juridiques Jean Dabin*, D. Renders, (dir.), Bruylant, 2016, p. 335.

⁷⁷ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 502.

⁷⁸ P. VAN OMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics, et en particulier... », *op. cit.*, p. 15.

⁷⁹ S. VAN DROOGHENBROEK, « La responsabilité extracontractuelle... », *op. cit.*, p. 336.

⁸⁰ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 506-507.

les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme ayant agi dans ces limites par tout homme raisonnable et prudent.

Le principe de la séparation des pouvoirs, qui tend à réaliser un équilibre entre les différents pouvoirs de l'Etat, n'implique pas que celui-ci serait, de manière générale, soustrait à l'obligation de réparer le dommage causé à autrui par sa faute ou celle de ses organes dans l'exercice de la fonction législative.

Ni ce principe ni les articles 33, 36 et 42 de la Constitution ne s'opposent à ce qu'un tribunal de l'ordre judiciaire constate pareille faute pour condamner l'Etat à réparer les conséquences dommageables qui en sont résultées.

En appréciant le caractère fautif du comportement dommageable du pouvoir législatif, ce tribunal ne s'immisce pas dans la fonction législative et dans le processus politique de l'élaboration des lois mais se conforme à la mission du pouvoir judiciaire de protéger les droits civils »⁸¹.

Un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006⁸² avait déjà amorcé ce raisonnement mais, ne concernant pas la fonction législative à proprement parler, c'est l'arrêt du 26 septembre de la même année qui est retenu comme arrêt phare. En effet, ce premier arrêt concernait l'exercice du droit d'enquête par les Chambres et non l'exercice de la fonction législative au sens strict. La Cour de cassation y disait que le principe de séparation des pouvoirs et l'indépendance du pouvoir législatif ne pouvaient exempter l'Etat de réparer les dommages causés par une faute du pouvoir législatif. L'article 144 de la Constitution ne tient en effet pas compte de l'identité des parties mises en cause. Le pouvoir judiciaire a pour mission de protéger tous les droits civils et ce, peu importe les parties. Il ne s'agit pas d'une question d'identité des parties mais de nature du droit en cause. L'Etat est donc soumis aux mêmes règles que tout citoyen⁸³.

Suite à l'arrêt Ferrara de 2006, il est maintenant reconnu que l'Etat-législateur peut engager sa responsabilité en cas de violation d'une norme constitutionnelle ou d'une norme internationale. Concernant la violation d'une norme constitutionnelle, il faudra passer par la Cour constitutionnelle et nous ne nous attarderons donc pas sur ce sujet. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une violation d'une norme internationale, le juge judiciaire peut directement constater que la loi nationale n'est pas en accord avec le droit international⁸⁴.

En 2007, suite à ces jurisprudences de 2006, le pouvoir législatif a voulu réviser l'article 144 de

⁸¹ Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

⁸² Cass., 1^{er} juin 2006, R.G. n°C.05.0494.N, disponible sur www.juridat.be.

⁸³ A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, p. 505-506.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 508.

la Constitution. Trouvant la décision de l'arrêt Ferrara trop sévère, le Parlement voulait redresser cet excès en passant par une révision de l'article 144 concernant la responsabilité de l'Etat au regard du principe de séparation des pouvoirs. Ce projet a finalement été abandonné et on ne parle plus aujourd'hui d'une telle réforme. Certes, l'article 144 fut modifié en 2010 mais pour des raisons différentes sur lesquelles nous ne nous attardons pas ici. Les inquiétudes concernant les suites de l'arrêt Ferrara ont fini par s'apaiser. Cette jurisprudence n'a finalement pas occasionné le bouleversement qui inquiétait tant, à savoir une multitude d'arrêts reconnaissant la responsabilité du pouvoir législatif. Au contraire, sa responsabilité est peu retenue car les standards imposés à l'Etat semblent peu élevés⁸⁵.

Cependant, une question subsiste. Comment la notion de faute est-elle appréciée dans le régime de responsabilité du fait du pouvoir législatif ? L'arrêt Ferrara nous enseigne que l'action ou l'abstention législative peut créer une obligation de réparer mais dans quel cas ? Est-ce que la méconnaissance d'une règle supralégislative constitue toujours une faute ? Est-ce que le pouvoir législatif peut également commettre une faute indépendamment de la violation d'une norme supérieure ? La réponse est floue et les arrêts de 2006 ne donnent pas de définition claire de la faute. Dans l'arrêt Ferrara, par exemple, le non-respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est considéré comme une faute mais l'arrêt n'en fait pas un principe. L'arrêt Ferrara ne déclare pas que toute violation d'une règle supérieure constitue automatiquement une faute. La question de l'assimilation automatique ou non de toute illégalité à une faute fait alors débat. Deux tendances s'opposent à ce sujet. La première, suivie par la majorité de la jurisprudence, est celle de l'avocat général Leclercq dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt du 28 septembre 2006. Cette opinion considère que dès que la censure d'une loi/décret/ordonnance est prononcée, la responsabilité du législateur est engagée. La seconde opinion se base sur un arrêt de cassation du 25 octobre 2004. L'illégalité, selon cette tendance, n'est pas dans tous les cas constitutive de faute. La violation d'une règle supralégislative ne signifie pas automatiquement qu'une faute existe dans le chef du législateur sauf si cette règle imposait l'adoption d'un comportement déterminé. Dans le cas contraire, si aucun comportement déterminé n'est imposé, il faut démontrer que le législateur n'a pas été prudent et diligent dans l'exercice de sa fonction pour prouver l'existence de la faute⁸⁶.

Il faut attendre un arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 2010 pour y trouver quelques éclaircissements. Dans cette affaire, la Cour Constitutionnelle avait jugé une disposition du Code des Impôts inconstitutionnelle. Des contribuables ont, suite à cette décision, souhaité se

⁸⁵ S. VAN DROOGHENBROEK, « La responsabilité extracontractuelle... », *op. cit.*, p. 331-333.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 360-365.

faire rembourser les cotisations indûment payées en raison de cette disposition. Leur demande se basait sur le droit commun de la responsabilité. La question qui se posait était donc de savoir si le législateur, en adoptant cette disposition, avait commis une faute au regard de l'article 1382 du Code Civil. La Cour de cassation a alors rappelé, en 2010, que l'Etat pouvait être tenu responsable de l'intervention ou de l'omission fautive du pouvoir législatif. Cependant, la Cour ajoute que le juge est tenu de vérifier si le législateur a agi comme un législateur prudent et diligent placé dans les mêmes conditions. Le fait que la Cour Constitutionnelle déclare une disposition inconstitutionnelle n'emporte pas automatiquement l'existence d'une faute dans le chef du pouvoir législatif. Cette décision du 10 septembre 2010 rejette donc l'assimilation de la violation d'une règle constitutionnelle à la faute du législateur⁸⁷. Cet arrêt semble apporter des éclaircissements ; pourtant, la portée de son enseignement demeure floue. Premièrement, l'arrêt concerne l'inconstitutionnalité d'un acte ou d'une abstention, sans préciser si l'enseignement est valable pour d'autres types de règles supralégislatives qui pourraient être violées. D'un point de vue logique, le champ d'application devrait être étendu à tout type de sources de règles, étant donné que le fondement de la responsabilité reste le même, à savoir l'article 1382 du Code civil. Deuxièmement, cet arrêt de 2010 anéantit-il complètement la théorie de l'identité de la faute et de l'illégalité ou se contente-t-il de la relativiser ? Selon Sébastien van Drooghenbroeck, la seconde hypothèse est à préférer. L'anéantissement de la théorie impliquerait, dans le chef du demandeur en responsabilité, d'apporter la preuve du non respect du devoir général de prudence par le législateur. Il serait alors osé, selon S. van Drooghenbroeck, de donner une telle portée à l'arrêt de 2010. Si la Cour de cassation avait réellement voulu faire de l'analyse du devoir de prudence un principe, elle aurait été plus explicite. On ne peut présumer une telle chose de ce seul arrêt de cassation⁸⁸.

La question se pose alors de savoir si le second critère de la faute, à savoir le respect d'un comportement prudent et diligent, peut s'appliquer dans le cadre de la responsabilité du pouvoir législatif. Sans la consacrer pour autant, ni l'arrêt Ferrara ni l'arrêt du 10 septembre 2010, ne semble exclure la possibilité pour le législatif d'engager sa responsabilité sur base d'un manquement au devoir de prudence. L'arrêt de cassation du 28 septembre 2006 l'admet en effet sous une certaine forme. Le critère est, dans ce cas précis, utilisé afin de vérifier si le législateur a été prudent dans « le choix de moyens destinés à mettre en œuvre une norme supérieure de droit international s'imposant à lui »⁸⁹. Dans cette affaire, c'est l'article 6 de la Convention

⁸⁷ *Ibid.*, p. 365-366.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 365-370.

⁸⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics pour la fonction juridictionnelle et la fonction législative », *Actualité en droit de la responsabilité*, P. Van Ommeslaghe (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 139-140.

européenne des droits de l'homme qui est concerné et les dispositions de ce type laissent en général beaucoup de marge de manœuvre aux Etats dans le choix des moyens qu'ils mettent en œuvre pour atteindre l'objectif de la norme. Le premier critère de la faute, à savoir la violation d'une norme, est alors inappréciable. Dans le cadre d'une telle obligation, il est en effet impossible de juger si les moyens utilisés sont les bons. Seul le critère de prudence et diligence permet alors de contrôler si les moyens utilisés par les pouvoirs publics pour atteindre l'objectif sont adéquats. La Cour de cassation admet, dans son arrêt du 28 septembre 2006, que le manquement à l'obligation de prudence et diligence soit constitutif de faute. Le second critère de la faute est ici utilisé pour vérifier si le premier critère est respecté. Le juge a vérifié si le législateur avait agi de manière prudente et diligente dans la protection du droit inscrit à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁰. De plus, il a été admis que les pouvoirs exécutif et judiciaire pouvaient être tenus responsables pour un tel manquement. En effet, le régime de responsabilité des pouvoirs publics se base sur le droit commun de 1382 et 1383 qui autorise une telle chose. Il devrait, d'un point de vue logique, en être de même pour le pouvoir législatif⁹¹. Nous savons qu'une faute peut consister en une « violation d'une norme générale de conduite enjoignant d'agir comme le ferait une personne normalement soigneuse et prudente placée dans les mêmes conditions »⁹². Ceci est valable aussi bien pour le régime de responsabilité de droit commun que pour le régime de responsabilité des pouvoirs publics. Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 juillet 2018 confirme que le pouvoir exécutif peut être reconnu responsable pour la violation d'une norme générale de conduite. Le critère du bon père de famille peut donc être retenu. Nous ne nions cependant pas que l'autorité condamnée dispose toujours de son pouvoir discrétionnaire⁹³ ; la Cour de cassation rappelle, dans un arrêt du 27 octobre 2006, que le pouvoir judiciaire peut condamner le pouvoir exécutif à réparer un dommage qu'il a causé par sa négligence sans pour autant priver le pouvoir exécutif de sa liberté d'appréciation quant au choix des mesures à adopter pour le réparer⁹⁴. Dans le même sens, le pouvoir législatif pourrait alors être condamné par le juge sur les mêmes bases⁹⁵. Cependant, l'analyse du respect du devoir de prudence et diligence du législateur semble poser une question de séparation des pouvoirs plus délicate. Par une telle appréciation, le juge risquerait en effet de violer le principe de séparation des pouvoirs en se substituant à la fonction législative. Comme le disait l'avocat général Leclercq dans les conclusions précédant l'arrêt du

⁹⁰ *Ibid.*, p. 139-141.

⁹¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle... », *op. cit.*, p. 379-380.

⁹² C.C., 19 juillet 2018, n°106/2018, B.7.

⁹³ M. LAMBERT DE ROUVROIT et T. COPPEE, *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthémis, 2019, p. 307-312.

⁹⁴ Cass. (1re ch.), 27 octobre 2006, R.G. n° C.03.0584.N., disponible sur www.juridat.be.

⁹⁵ M. LAMBERT DE ROUVROIT et T. COPPEE, *op. cit.*, p. 316-319.

28 septembre 2006, il faut être prudent à ce sujet. Par ailleurs, il y écrit également :

« Néanmoins il me paraît qu'on peut dire que le législateur qui omet d'agir lorsqu'il y a péril, n'agit pas en bon père de famille. Je pense notamment à l'abstention d'agir lorsque le pays est menacé par des risques sur le plan de la sécurité, de la santé publique, de l'hygiène, de l'atteinte à l'environnement, etc.

J'irai plus loin et dirai, dans ce même ordre d'idées, que le législateur qui omet de prendre les mesures qui s'imposent afin de garantir à ses sujets les droits et libertés constitutionnels et les droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme ne se conduit pas comme on peut l'attendre d'un législateur agissant en bon père de famille.

Je me résume : j'incline à penser que sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, les cours et tribunaux du pouvoir judiciaire peuvent sanctionner le pouvoir législatif par une condamnation au paiement de dommages- intérêts quand ce législateur ne se conduit pas en bon père de famille, c'est-à-dire comme un législateur normalement prudent mis dans les circonstances concrètes identiques et disposant de la même marge d'action politique »⁹⁶

Cette hypothèse est néanmoins assez rare car, dans la majorité des cas, la responsabilité du pouvoir législatif sera mise en cause suite à la violation d'une règle supralégislative. L'analyse du respect du devoir de prudence reste donc rare. Même dans les cas d'abstention d'agir en matière de problèmes environnementaux graves, la question du devoir de prudence ne se pose pas automatiquement car il peut s'agir d'un manquement aux obligations contenues aux articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁷.

Sous-section 2 : Le juge ne peut pas exercer le pouvoir discrétionnaire réservé aux autres pouvoirs

Le juge ne peut pas exercer le pouvoir discrétionnaire qui appartient aux pouvoirs publics. Une demande en justice ne peut donc pousser le juge à empiéter sur les compétences des pouvoirs législatif et exécutif sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs. Le tribunal sera sans juridiction si la nature de la demande est contraire au principe⁹⁸.

La distinction entre la compétence liée ou discrétionnaire des pouvoirs publics semble avoir une importance à deux niveaux. Premièrement, elle peut avoir une utilité lors de l'analyse de l'objet véritable du recours dans le but de vérifier la présence d'un droit subjectif. Nous avons vu précédemment que le pouvoir judiciaire est compétent en cas d'atteinte à un droit subjectif et c'est au regard de la nature de la demande que la présence d'un tel droit doit être analysée. Nous verrons que la distinction entre compétence liée ou non a fait l'objet de discussions à ce

⁹⁶ Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599.

⁹⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle... », *op. cit.*, p. 380-381.

⁹⁸ Civ. fr. Bruxelles (réf), 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 475.

stade (§1). Deuxièmement, le juge devra être attentif au caractère lié ou discrétionnaire de la compétence des pouvoirs publics au moment de prononcer leur condamnation et les mesures concrètes qu'ils doivent suivre (§2).

§1 Analyse de l'objet véritable du recours

Nous avons annoncé, dans la première section du présent chapitre, que l'existence d'un droit subjectif, condition de la compétence du pouvoir judiciaire, s'analyse au regard de l'objet véritable du recours. A cet égard, le caractère lié ou discrétionnaire des pouvoirs publics a une incidence. En effet, lorsque le tiers ayant porté atteinte aux droits subjectifs d'un citoyen est une autorité publique, une exigence supplémentaire semble conditionner la compétence du juge. Il faut que l'autorité ait une compétence liée concernant le droit en cause⁹⁹. Cette exigence implique alors que le droit subjectif du demandeur corresponde à « une compétence liée de l'administration qui prend la forme d'une obligation de faire »¹⁰⁰. Le comportement demandé à l'administration est alors défini précisément par le droit objectif¹⁰¹. Cela vise donc uniquement les cas où l'autorité n'a aucun pouvoir de discrétion quant à l'application de ce droit¹⁰². Selon la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰³, il faut en effet que l'administration « se trouve dans une situation de compétence liée, caractérisée par l'absence de tout pouvoir discrétionnaire, et qu'elle soit tenue de reconnaître le droit invoqué par le demandeur dès que toutes les conditions, énumérées par la loi, sont remplies, sans pouvoir exercer un quelconque pouvoir d'appréciation »¹⁰⁴.

Il s'est ensuite avéré que la Cour de cassation admettait également la compétence du pouvoir judiciaire « tant pour prévenir que pour indemniser une atteinte irrégulière portée à un droit subjectif par l'administration dans l'exercice de sa compétence non liée mais qu'à ce propos il ne peut priver l'administration de sa liberté d'action et ni se substituer à celle-ci »¹⁰⁵. Le pouvoir judiciaire n'est, en effet, pas dépourvu de toute compétence lorsque l'administration jouit d'une compétence discrétionnaire. Selon les conclusions de l'avocat général Dubrulle précédant l'arrêt de cassation du 4 mars 2004, l'exigence selon laquelle « le pouvoir de contrôle du juge se limite aux actes d'administration accomplis en vertu d'une compétence liée » est incorrecte et « se fonde sur une lecture incomplète de la jurisprudence de la Cour ».

⁹⁹ Cass., 18 décembre 2008, R.G. n°C.05.0238.F, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391-393.

¹⁰⁰ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391-393.

¹⁰³ Cass., 24 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015/40, p. 1884 à 1895 ; Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391-393.

¹⁰⁴ Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391-393.

¹⁰⁵ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

Certes l'exigence du caractère lié de la compétence de l'administration est déterminante lors de la vérification de la présence d'un droit subjectif pour fonder la compétence du pouvoir judiciaire¹⁰⁶. Selon Bernard Bléro, seule une compétence liée de l'administration est synonyme de droit subjectif. Lorsque la compétence est discrétionnaire, nous ne sommes pas en présence d'un réel droit subjectif¹⁰⁷. Lorsque la compétence de l'administration est liée, il est évident que le législateur a voulu faire jouir l'administré d'un droit subjectif. La décision du juge est alors simplement déclarative d'un droit existant : le juge accorde le droit subjectif à tout administré qui entre dans les conditions. Dans le cadre d'une compétence discrétionnaire, au contraire, le juge n'est pas autorisé à exiger de l'administration de créer une nouvelle situation juridique sous peine d'empiéter sur sa liberté d'appréciation¹⁰⁸. Cependant, des nuances sont à apporter à cette vérité qui n'est pas absolue. En effet, Bernard Bléro ajoute que « certains contentieux sont considérés comme portant sur des droits subjectifs bien qu'il s'agisse de juger la légalité d'actes discrétionnaires »¹⁰⁹. Parmi ces « exceptions », l'on retrouve alors des droits subjectifs qui naissent de la non-conformité d'actes discrétionnaires au droit objectif privé¹¹⁰.

Les tribunaux de l'ordre judiciaire jouissent donc d'un certain pouvoir de contrôle envers les pouvoirs publics qui exercent une compétence discrétionnaire. Le pouvoir judiciaire est en effet « compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif, voire à un intérêt légitime, dans le cadre de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire »¹¹¹. En réalité, les tribunaux ont alors un pouvoir de juridiction et sont compétents peu importe si l'atteinte illicite au droit résulte d'une compétence liée ou d'une compétence discrétionnaire¹¹². Le caractère discrétionnaire de la compétence des autorités publiques ne les dispense pas de répondre de leurs fautes¹¹³. Dans ce cas, l'atteinte au droit subjectif ne découle pas directement de l'exercice erroné d'une compétence liée de l'administration mais elle n'en est pas moins existante. Le demandeur n'est pas en mesure d'exiger une prestation déterminée qui découlerait d'un droit objectif. Le droit subjectif « prend plutôt la forme d'un droit à une obligation de ne pas faire, d'une abstention qui s'impose à l'administration de porter atteinte à une situation qui devient un droit subjectif »¹¹⁴. L'atteinte au droit subjectif découle alors d'un

¹⁰⁶ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

¹⁰⁷ B. BLÉRO, « Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif: les nuances d'une double équation » *Actualité en droit public*, M. Leroy (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 43-52.

¹⁰⁸ C. Trav. Mons (8^e ch.), 25 mai 2016, *Sem. soc.*, 2017/28.

¹⁰⁹ B. BLÉRO, « Compétence liée et droit subjectif... », *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 64-68.

¹¹¹ C. Trav. Mons (8^e ch.), 25 mai 2016, *Sem. soc.*, 2017/28.

¹¹² Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

¹¹³ J. VERHOEVEN, « Privation de rémunération et 'traitement dégradant' », *R.C.J.B.*, 1993, p. 631.

¹¹⁴ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 126-127.

mauvais usage par l'administration de son pouvoir discrétionnaire. Protéger les atteintes aux droits subjectifs, commises par les autorités dans le cadre de leur compétence discrétionnaire, est donc également une prérogative du pouvoir judiciaire¹¹⁵. Dans un arrêt de 2008, la Cour de cassation rejette l'argument selon lequel le juge n'a pas de pouvoir juridictionnel lorsque l'administration a une compétence discrétionnaire. Le juge reprend un arrêt de cassation du 24 novembre 2005¹¹⁶ et rappelle qu' « il n'est pas pertinent de savoir si le comportement incriminé est le résultat de l'exercice d'une compétence totalement liée des autorités ou bien d'un pouvoir discrétionnaire »¹¹⁷. Cette affirmation semble aujourd'hui tout à fait admise par la jurisprudence¹¹⁸ :

« Dans le respect de la séparation des pouvoirs, le pouvoir judiciaire est compétent pour prévenir ou réparer toute atteinte portée fautivement à un droit subjectif par une autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et pour ordonner à l'administration d'accomplir un acte nécessaire à la réparation d'un dommage subi par un particulier »¹¹⁹.

De manière stricte, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef des pouvoirs publics aurait mené directement à la conclusion de l'absence de droit subjectif. Cependant, la jurisprudence est la preuve que le juge fait aujourd'hui une interprétation de plus en plus large de sa compétence et l'étiquette du droit subjectif est plus facilement accordée. Concernant le droit de la responsabilité civile, il est aujourd'hui tout à fait admis qu'une demande fondée sur l'article 1382 du code civil entre dans l'appellation de droit subjectif. Il existe un droit subjectif à obtenir réparation. Le juge judiciaire est donc automatiquement compétent pour toute demande fondée sur le droit de la responsabilité civile¹²⁰. Le juge peut alors reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics sans violer le principe de séparation des pouvoirs¹²¹. En statuant sur la faute commise par les pouvoirs publics, le juge ne s'immisce pas dans leur rôle. Le juge se contente de faire respecter les droits civils des citoyens sur base de l'article 144 de la Constitution¹²². Les tribunaux de l'ordre judiciaire ont un pouvoir de juridiction vis à vis des violations alléguées de droits subjectifs, et cela même si l'administration dispose d'une

¹¹⁵ Cass., 26 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 289.

¹¹⁶ Cass., 24 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 626.

¹¹⁷ Cass., 26 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 289 ; Cass., 3 janvier 2008, R.G. n°C.06.0322.N, disponible sur www.juridat.be.

¹¹⁸ Cass., 3 janvier 2008, R.G. n°C.06.0322.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 25 avril 1996, R.G. n°C.94.0013.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 14 janvier 1994, R.G. n°C.93.0255.N, disponible sur www.juridat.be ; Civ. fr. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020/14, p.631.

¹¹⁹ Cass., 24 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015/40, p. 1884-1895 ; Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/27, p. 1299.

¹²⁰ L. DONNAY et M. PAQUES, « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », *C.D.P.K.*, 2007/1, p. 86-87.

¹²¹ Voy. Section 2, Sous-section 1, §2.

¹²² M. JOASSART, *op. cit.*, p. 445.

compétence discrétionnaire à l'égard du dit droit subjectif¹²³. Il est en effet possible pour le pouvoir judiciaire de condamner les pouvoirs publics à réparer le dommage causé par leur faute et ce peu importe si les pouvoirs publics jouissent d'une compétence liée ou discrétionnaire en la matière.

En résumé, le caractère discrétionnaire ou lié de la compétence des pouvoirs publics ne pose alors plus de problème quant à la compétence du juge face à une demande en responsabilité. Seules les mesures que le juge peut prononcer seront influencées par ce caractère lié ou non¹²⁴. Elles font l'objet du point suivant.

§2 Pouvoir d'injonction du juge

Le pouvoir judiciaire étant finalement compétent pour condamner les pouvoirs publics sans avoir égard au caractère lié ou non de leur compétence, il doit cependant rester prudent dans cette pratique pour éviter de violer le principe de la séparation des pouvoirs lors de la condamnation qu'il prononce à leur égard. La question de la réparation du dommage pose en effet un nouveau problème quant à la séparation des pouvoirs. Lorsqu'un droit subjectif est en jeu, le pouvoir judiciaire peut en effet « sanctionner la responsabilité de l'administration en ordonnant la réparation des dommages causés dans l'exercice de sa fonction »¹²⁵. Cet enseignement est tiré d'un arrêt de cassation de juin 1980¹²⁶. Quelles mesures le pouvoir judiciaire peut-il alors ordonner pour réparer le dommage ? Comment peut-il statuer sans violer le principe de la séparation des pouvoirs ?

Une fois la faute constatée, le pouvoir du juge lui permet de prononcer une condamnation. Cependant, le juge ne peut se substituer à la liberté d'action de l'administration en la prononçant. Même le juge des référés ne peut passer outre cette limite. Si condamner à une réparation en argent ou à une injonction de « ne pas faire » ne semble pas poser de problème au regard du principe de séparation des pouvoirs, il en va autrement concernant l'annulation, l'injonction, la réformation ou la réparation en nature¹²⁷. Dans l'arrêt précité de la Cour de cassation de juin 1980, deux principes ont vu le jour. Premièrement, le juge peut ordonner la cessation d'une illégalité dommageable en demandant la suppression de la cause du dommage (injonction négative) et, deuxièmement, le juge peut également ordonner les mesures qui feront

¹²³ Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/27, p. 1299.

¹²⁴ L. DONNAY et M. PAQUES, *op. cit.*, p. 87.

¹²⁵ M. PÂQUES, *op.cit.*, p. 123.

¹²⁶ F. DELPEREE, « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », note sous Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983/2, p. 188.

¹²⁷ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 179.

cesser concrètement l'illégalité et répareront le dommage (injonction positive).¹²⁸ Dans le cadre d'une injonction négative, le juge constate un fait illicite et le condamne. Ensuite, si nécessaire, il pourra ordonner une réparation. Il s'agit donc plutôt de prévention que de réparation. Le but est d'empêcher que le dommage ne se reproduise. Cela ne sert à rien de se contenter de réparer, il faut aussi éviter qu'un tel dommage se reproduise¹²⁹. A côté, l'injonction positive permet au juge d'ordonner aux pouvoirs publics de prendre des mesures pour mettre fin à une illégalité dommageable. Elle consiste à ordonner à agir. Cette injonction pose plus question en terme de séparation des pouvoirs. Lorsque la compétence de l'autorité est liée, le juge peut prononcer une injonction ou une réparation en nature sans que cela semble poser de problème¹³⁰. Si l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, cette prérogative est alors plus nuancée. Le pouvoir judiciaire peut prononcer des mesures de prévention ou de réparation mais sans priver l'autorité de son pouvoir d'appréciation¹³¹. Si on est en présence d'un droit subjectif qui fait l'objet d'une compétence discrétionnaire de l'administration, « le juge peut ordonner à l'administration d'agir, mais pas fixer le sens de la décision à prendre »¹³². En effet, le juge peut prononcer des mesures à l'encontre des pouvoirs publics mais sans pour autant leur indiquer la tournure que doit prendre la décision de l'administration si celle-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière. Le juge ne peut en aucun cas se substituer à leur pouvoir de discrétion¹³³.

Comme nous venons de le voir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, « le principe de la séparation des pouvoirs, empêche le tribunal non pas de prononcer une injonction (positive ou négative) envers l'autorité administrative agissant dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire mais de 'faire œuvre d'administrateur et de substituer (son) pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité' »¹³⁴. Le pouvoir judiciaire est autorisé à prononcer une injonction à l'égard des pouvoirs publics tant que cette injonction n'empiète pas sur la liberté d'appréciation de ceux-ci. Le juge doit alors être prudent quant aux mesures qu'il ordonne car il ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire des autorités sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs. C'est dans ce but qu'il faut s'interroger sur la nature de la compétence de l'autorité publique qui fait l'objet de l'injonction car le caractère lié ou discrétionnaire de sa compétence conditionne

¹²⁸ F. DELPÉRÉE, « La prévention et la réparation... », *op. cit.*, p. 188.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 188-190.

¹³⁰ Civ. Liège, 29 novembre 2005, *R.D.E.*, 2006, p. 540.

¹³¹ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 178-198.

¹³² *Ibid.*, p. 187.

¹³³ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 443.

¹³⁴ Civ. fr. Bruxelles, 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 473.

le champ d'action du juge¹³⁵. Si les pouvoirs publics disposent d'une compétence liée, le droit d'injonction du juge est peu questionnable. Un arrêt de cassation de 2006 nous en fournit un exemple. Un droit au séjour étant acquis, l'administration n'a pas de pouvoir de discrétion en raison de sa compétence liée en la matière :

« si l'administration se trouve dans une situation de compétence liée et doit lui délivrer un titre de séjour parce que (la défenderesse) se trouve dans les conditions légales pour séjourner en Belgique et dispose donc d'un droit subjectif au séjour, il y a voie de fait à ne pas s'exécuter et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents pour la faire cesser »¹³⁶

En revanche, si l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le juge ne pourra prononcer une condamnation qu'en respectant cette liberté d'appréciation. C'est une application du principe de séparation des pouvoirs. Plus précisément, c'est une application de la séparation des fonctions d'administrer et de juger¹³⁷.

Lorsque l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire dans une matière, elle jouit en effet d'une liberté d'appréciation à laquelle le pouvoir judiciaire ne peut pas se substituer. C'est à l'administration que revient le droit « de décider elle-même de la manière dont elle exerce son pouvoir et de choisir la solution la plus convenable dans les limites fixées par la loi »¹³⁸. Les modalités d'exercice de sa compétence discrétionnaire sont soumises à sa libre appréciation. C'est à l'administration de choisir les moyens les plus appropriés, tout en respectant bien évidemment les limites de la loi¹³⁹. Ses choix doivent de ce fait reposer sur des motifs légaux et non être le résultat de décisions totalement arbitraires¹⁴⁰. Le droit de prononcer une injonction contre les pouvoirs publics n'est pas remis en question par la Cour de cassation mais cette dernière casse généralement les décisions en raison de l'immixtion du juge dans ce pouvoir d'appréciation de l'administration¹⁴¹. Ce sont les limites du pouvoir d'appréciation conféré au juge qui posent problème. La frontière entre le rôle du juge et la liberté des autorités est parfois floue.

Selon la jurisprudence, ce qui viole le principe de la séparation des pouvoirs est d'exiger des autres pouvoirs de prendre certaines mesures en précisant de quel type de mesures il s'agit et

¹³⁵ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 123-132.

¹³⁶ Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391-393.

¹³⁷ M. PÂQUES, *op.cit.*, p. 178.

¹³⁸ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

¹³⁹ Cass., 1 octobre 2007, R.G. n°C.06.0682.N, disponible sur www.juridat.be ; Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

¹⁴⁰ D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015/10, p 575.

¹⁴¹ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

quel doit être leur contenu. L'idée est, dans pareilles situations, qu'on empièterait de manière disproportionnée sur la liberté politique des pouvoirs publics. Plusieurs jurisprudences concluent en effet à une violation de la séparation des pouvoirs due à la précision avec laquelle le pouvoir judiciaire décrit le mode d'intervention que le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif doit adopter.

La matière des nuisances sonores causées par l'aéroport de Bruxelles-National a engendré beaucoup de jurisprudence dont le problème récurrent concerne le principe de séparation des pouvoirs. Les principaux enjeux concernent la légalité des plans de vols établis par le gouvernement fédéral. Ceux-ci sont de la compétence exclusive de l'Etat fédéral et sont élaborés selon une série de critères dont l'un concerne la problématique du bruit causé par les vols d'avion. Le gouvernement a souvent modifié ses plans en choisissant tantôt de concentrer les décollages et atterrissages sur les lieux où la population est moins dense, tantôt d'établir une répartition plus équitable ou encore d'élaborer un plan de dispersion. Ces changements sont notamment le résultat de décisions de justice et des interprétations qui en sont faites par les autorités. En cette matière, le principe de séparation des pouvoirs est souvent malmené et les recours sont fréquents. Les autorités jouissant d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, il est alors parfois difficile d'établir quelles sont les limites dans lesquelles les cours et tribunaux peuvent les sanctionner dans l'élaboration des plans¹⁴².

Ainsi, dans une jurisprudence du 4 mars 2004, la Cour de cassation justifie la violation du principe de la séparation des pouvoirs par la précision et les détails avec lesquels le juge condamne les pouvoirs publics à agir. La Cour de cassation a en effet cassé la décision de la cour d'appel de Bruxelles concernant des mesures imposées par le juge dans le cadre du problème des nuisances causées par les décollages et atterrissages d'avions à l'aéroport de Zaventem. Suite à la décision du gouvernement de concentrer ceux-ci sur une zone de Bruxelles, les habitants de cette zone ont cité l'Etat belge, l'entreprise publique autonome Belgocontrol et la S.A. Brussels International Airport Company devant le Tribunal de première instance de Bruxelles. Les demandeurs réclamaient, en référé, une « répartition équilibrée des vols au-dessus de toutes les communes situées autour de l'aéroport de sorte que le nombre de vols de jour et de nuit actuels soit réduit à maximum 10 pct du nombre total de vols par zone et ce, jusqu'à ce que la décision soit rendue sur le fond ». La cour d'appel a reconnu que la concentration des vols au-dessus de la zone concernée soumettait les habitants à une surcharge sonore nuisible. De même, elle a jugé que, malgré leur pouvoir discrétionnaire, l'autorité n'est

¹⁴² T. HAUZEUR, « Les nuisances sonores générées par l'aéroport de Bruxelles-National: Chronique de jurisprudence », *Amén.*, 2008, p. 73-95.

pas exemptée « de l'obligation de respecter dans ses choix et dans la réalisation de ces choix les limites imposées par le respect des droits fondamentaux des citoyens »¹⁴³. La cour d'appel a alors ordonné aux autorités d'étaler les vols sur différents territoires pour éviter de concentrer ceux-ci en un lieu. Elle a substitué à la logique de concentration celle de la dispersion. C'est en ce dernier point que la Cour de cassation est en désaccord. Elle rappelle que les pouvoirs publics qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire ont la liberté de choisir quelles solutions adopter pour se conformer à la loi. Le juge ne peut pas se substituer aux pouvoirs publics. C'est pour les raisons ci-dessous que la cour d'appel a violé le principe de séparation des pouvoirs :

« Qu'ils n'ont pas exclu qu'il peut être légal de limiter la surcharge sonore au plus petit nombre d'habitants possible; qu'ils ont toutefois constaté qu'il est sans pertinence de poser la question de savoir si les nuisances sonores sont supportées par de nombreuses personnes ou par peu de personnes; qu'ils ont rejeté le degré de concentration de la population comme point de référence; qu'ils y substituent le critère «du degré d'exposition qui est imposé » et qu'ils imposent des trajets de dispersion maximale pour ce qu'ils considèrent être une utilisation optimale des itinéraires de vol »¹⁴⁴.

Dans cette affaire, la Cour de cassation ne remet pas en cause le fait que les demandeurs en cassation aient violé les droits subjectifs des défendeurs. Ce qui est contesté c'est la précision avec laquelle le juge les condamne à prendre des mesures. Ce qui est reproché au juge c'est d'avoir précisé les moyens par lesquels ces autorités devaient réduire la pollution sonore causée par les vols d'avion.

La Cour de cassation va dans le même sens dans un arrêt du 3 janvier 2008 concernant à nouveau le problème des vols d'avion. Dans cette affaire, la demande est similaire ; les demandeurs veulent obtenir une injonction contre les pouvoirs publics. En cassation, il est à nouveau reproché à la cour d'appel de Bruxelles d'ordonner les mesures par lesquelles les pouvoirs publics doivent régler la situation :

« Le pouvoir judiciaire n'a pas à s'immiscer dans l'appréciation de l'opportunité de la décision administrative relative à la dispersion des vols d'avions, ni à substituer sa propre décision à celle des autorités.

En ordonnant en l'espèce le mode d'intervention des autorités ainsi qu'en fixant les critères sur la base desquels cette intervention devra avoir lieu, les juges d'appel ont illégalement substitué leur appréciation à celle du demandeur.

¹⁴³ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

¹⁴⁴ Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

En déterminant le mode d'intervention des autorités pour déterminer la politique relative à l'aéroport national, l'arrêt attaqué viole le principe général du droit de la séparation des pouvoirs et toutes les dispositions invoquées au moyen. »¹⁴⁵

La Cour de cassation casse alors l'arrêt de la cour d'appel en raison de la violation, par sa décision, du principe de séparation des pouvoirs. En effet, le fait que « l'arrêt oblige le demandeur à appliquer une dispersion stricte des vols des avions qui décollent et atterrissent à l'aéroport de Bruxelles-National de manière à ce que tous les résidents des six zones concernées soient exposés aux mêmes nuisance et surcharge sonores causées par les avions atterrissant sur ou décollant de l'aéroport précité » prive les autorités compétentes de leur liberté d'appréciation¹⁴⁶.

A coté de ces affaires de vols d'avion, un arrêt de cassation du 1^{er} octobre 2007, concernant également la violation de droits subjectifs par l'Etat belge, connaît une issue différente. Une société fait valoir la violation de ses droits subjectifs suite à la modification des conditions de remboursement du médicament qu'elle produit. La demanderesse exige alors une modification des dites conditions afin de faire cesser le préjudice qu'elle subit. Les juges d'appel ont conclu, à raison, à une violation de la réglementation applicable en cette matière par le ministre des Affaires sociales et de la Santé publique. Ensuite, les juges d'appel lui ont ordonné d'appliquer la modification nécessaire pour rétablir la société dans ses droits. La Cour de cassation n'y a vu aucune violation du principe de séparation des pouvoirs et a rejeté le pourvoi¹⁴⁷.

Ordonner de prendre des mesures pour faire cesser une atteinte aux droits subjectifs d'individus n'est donc pas toujours synonyme d'immixtion dans la compétence discrétionnaire des pouvoirs publics¹⁴⁸. Le principe de séparation des pouvoirs n'empêche pas le juge de prononcer une injonction envers les autres pouvoirs même si ceux-ci disposent d'une compétence discrétionnaire en la matière mais il empêche le juge de se substituer à eux en agissant comme un administrateur¹⁴⁹. Dans le cadre de son injonction, le juge doit simplement être attentif à ne pas priver les autorités de leur liberté politique en empiétant sur leur liberté d'appréciation. Ce n'est pas au juge d'exiger de quelle manière les pouvoirs publics doivent exercer leur compétence.

¹⁴⁵ Cass., 3 janvier 2008, R.G. n°C.06.0322.N, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴⁶ Cass., 3 janvier 2008, R.G. n°C.06.0322.N, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴⁷ Cass., 1 octobre 2007, R.G. n°C.06.0682.N, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴⁸ Cass., 1 octobre 2007, R.G. n°C.06.0682.N, disponible sur www.juridat.be.

¹⁴⁹ Civ. fr. Bruxelles (réf), 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 474.

Sous-section 3 : Le juge ne peut pas statuer par voies de disposition générale

L'article 6 du Code judiciaire, qui indique que « les juges ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »¹⁵⁰, est l'une des rares dispositions légales qui fait état d'une application de la séparation des pouvoirs à l'égard du juge. Cette règle a plusieurs effets. Premièrement, l'article 6 a une influence sur la motivation des jugements. Le juge ne peut fonder ses décisions sur la jurisprudence sans motiver les raisons pour lesquelles il se rallie à cette jurisprudence¹⁵¹. La jurisprudence ne peut avoir un effet de précédent. Deuxièmement, le juge ne peut énoncer des règles auxquelles il donne une portée générale. Troisièmement, le juge ne peut rendre des décisions qui ont des effets dans le chef de personnes qui ne sont pas parties au litige¹⁵².

Créer des règles à portée générale appartient au pouvoir législatif, voire au pouvoir exécutif. Le juge, lui, ne peut que se prononcer par voie de dispositions particulières qui visent les parties au litige. Cette règle a alors une incidence sur la portée des mesures qui peuvent être demandées au juge et prononcées par le juge¹⁵³. Sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs, une demande ne peut alors pousser le juge à se prononcer par voie de disposition générale ou réglementaire. Certes, le juge ne peut empiéter sur le pouvoir discrétionnaire des pouvoirs publics dans les mesures qu'il ordonne, mais il doit aussi veiller à ne pas être large au point d'ordonner des mesures trop générales¹⁵⁴.

Dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics, la décision que le juge prononce à leur rencontre ne peut donc avoir une portée générale. Cela signifie qu'elle ne peut pas avoir une influence directe sur les droits des citoyens qui ne sont pas partie au litige¹⁵⁵. Si le juge constate qu'un acte du pouvoir législatif est illégal, par exemple, il ne peut l'annuler. Le pouvoir judiciaire peut seulement décider que l'acte ne s'appliquera pas aux parties au litige mais il ne peut pas l'annuler pour tous. L'acte va donc continuer à exister et à produire ses effets envers les citoyens non partie au litige¹⁵⁶. De la même façon, la demande qui tend à « interdire au pouvoir exécutif d'adopter et de publier un arrêté à portée générale » ne peut aboutir car cette

¹⁵⁰ C. jud., art. 6.

¹⁵¹ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 439-440.

¹⁵² G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 147-148.

¹⁵³ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 438.

¹⁵⁴ C. DUBOIS et T. BOMBOIS, « "La chenille et le référé". Quelques observations sur le contrôle de la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004/4, p. 313.

¹⁵⁵ C. Trav. Mons (8^e ch.), 25 mai 2016, *Sem. soc.*, 2017/28.

¹⁵⁶ J.P. Fléron, 28 mai 2015, *J.J.P.*, 2017, n°3-4, p. 99-105.

décision aurait un impact sur les personnes liées par cet arrêté mais non partie au litige¹⁵⁷. Cela violerait alors l'article 6 du Code judiciaire et le principe de séparation des pouvoirs. Nous verrons, dans le titre 2, que cette exigence pose des difficultés dans les affaires climat où les demandes tendent plutôt à obtenir des actions qui auront une influence sur tous les citoyens et pas seulement ceux parties au litige.

Chapitre 3 : Remise en contexte du principe de séparation des pouvoirs et pistes de (ré)interprétation

Comme exposé dans le chapitre 2, il existe un grand nombre de points sensibles via lesquels le juge peut être accusé de violer le principe de séparation des pouvoirs. Les justiciables peuvent alors invoquer ce grand principe de la séparation des pouvoirs comme argument de leur défense pour faire échouer un recours ou limiter les injonctions que le juge pourra ordonner. Le principe de séparation des pouvoirs sera examiné autant, au stade de la recevabilité de la demande, dans un premier temps, qu'au moment où le juge prononcera des mesures concrètes, dans un second temps. La doctrine et la jurisprudence sont parfois strictes quant à son interprétation et l'invocation de la séparation des pouvoirs peut alors être la cause du non-aboutissement de certaines affaires introduites devant le juge judiciaire. Nous le comprenons, ce principe est une sorte d'immense pare-feu contre lequel beaucoup de demande en justice viendront buter. Nous pouvons alors nous interroger sur la vertu de ce principe qui annihile pourtant tant de demandes. Ne serait-il pas temps de revoir le fonctionnement du principe et la place qu'il laisse au pouvoir judiciaire, afin que celui-ci s'inscrive davantage dans une optique de protection de la démocratie plutôt que, simplement, dans l'application mécanique d'un principe entré par voie historique dans l'ordre juridique lors de l'élaboration de la Constitution belge. Il faut en effet se rappeler que ce principe est lui-même basé sur des idéaux datant de l'époque de Montesquieu dont le contexte politique n'était, pour le moins, pas du tout similaire à celui que nous connaissons aujourd'hui.

Si nous nous penchons sur le cas des affaires climatiques et, plus particulièrement, sur l'affaire *Klimaatzaak*, où l'A.S.B.L. *Klimaatzaak* ainsi que 63.161 citoyens belges ont agi en justice, à titre individuel¹⁵⁸, dans une optique d'amélioration de la qualité de vie de tout le pays, voire même, à plus grande échelle, de toute la planète, il semble frustrant et aberrant qu'une demande, qui a pour projet de faire entendre la voix du peuple, se heurte alors aussi

¹⁵⁷ Cass., 11 septembre 2015, R.G. n°14.0365.F, disponible sur www.juridat.be.

¹⁵⁸ V. LEFEBVE, « Urgence climatique, quel rôle pour les juges et la justice ? », *Les @nalyzes du CRISP en ligne*, 21 décembre 2019, p. 2 et 8, disponible sur www.crisp.be.

arbitrairement et artificiellement à un principe tel que celui de la séparation des pouvoirs, pour être finalement jetée à la trappe... Ne conviendrait-il pas de revoir l'application du principe et la place qu'il donne au pouvoir judiciaire, afin que celle-ci se fasse dans une optique de contribution, réellement constructive, à la démocratie ? Certains auteurs en arrivent même à considérer que l'expression de la séparation des pouvoirs ne couvrirait plus aucune utilité objective et en appellent dès lors à sa mise au rebut juridique¹⁵⁹.

Nous pensons qu'il serait plus judicieux d'appliquer le principe en gardant à l'esprit le but qui lui était assigné à l'origine, mais sans oublier que le contexte politique a également évolué entre temps. Ainsi, nous verrons d'abord dans quel contexte et dans quel but la théorie fut élaborée et érigée à l'origine (section 1). Ensuite, nous observerons comment le principe est aujourd'hui interprété suite à l'évolution du contexte politique. Nous tenterons également d'exprimer ce qui pourrait être une utilisation efficiente de la séparation des pouvoirs dans notre démocratie actuelle (section 2). La séparation des pouvoirs est en effet un principe à valeur constitutionnelle¹⁶⁰ de nature instrumentale, c'est pourquoi les évolutions et usages de ce dernier doivent être évalués à l'aune des objectifs qu'il poursuit¹⁶¹. Sans doute conviendrait-il de laisser un rôle plus grand au pouvoir judiciaire, de ne plus le reléguer au rôle de « troisième » pouvoir, mais de plutôt lui rendre son lustre et sa légitimité. À final, ce pouvoir est bel et bien ancré dans la Constitution belge depuis l'origine, et ce au strict et même titre que les deux autres pouvoirs.

Section 1 : Contexte politique et objectifs à l'origine

Sous-section 1 : Montesquieu et la démocratie

Dans ses travaux, Montesquieu met en place une typologie tripartite des régimes politiques, distinguant république, monarchie et Etats despotiques. Précisons que, dans cette classification, la démocratie apparaît comme une des deux sous-catégories du système de gouvernement sous la république, à côté de l'aristocratie¹⁶². « Lorsque dans la république le peuple en corps a la

¹⁵⁹ M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2011, p. 181.

¹⁶⁰ G. VAN DER MEERSCH, « À propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, p. 423-426 : « [l]a séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel. Son sens et sa portée ne peuvent donc se déduire que de la Constitution elle-même et non des décisions nouvelles que prendrait le Pouvoir législatif. Ce principe constitutionnel signifie, nécessairement, à peine de le vider de sa substance, que le Pouvoir législatif ne possède par une 'suprématie' (...) à l'égard du Pouvoir judiciaire qui lui permettrait de 'contrôler celui-ci' ».

¹⁶¹ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 29.

¹⁶² D.W. CARRITHERS, « Montesquieu, Jefferson, and the Fundamentals of Republican Theory », *The French American Review*, 1982, p. 160.

souveraine puissance, c'est une démocratie. Lorsque la souveraine puissance est entre les mains d'une partie du peuple, cela s'appelle une aristocratie »¹⁶³.

Cependant, bien que certains auteurs vouent une immense admiration aux régimes démocratiques antiques, ils concluent souvent que Montesquieu ne semble absolument pas être partisan de la démocratie comme système politique pour les États modernes¹⁶⁴. En effet, c'est avec nostalgie et admiration que ce dernier évoque les « vertus héroïques que nous trouvons dans les anciens, et dont nous avons seulement entendu parler »¹⁶⁵. Une véritable démocratie, pour Montesquieu, est donc bien différente de celle que l'on entend aujourd'hui. Ce n'est que parce que nous avons détourné la véritable définition donnée au terme que les États modernes se voient actuellement désignés comme des démocraties. Mais c'est un leurre, selon Montesquieu. D.W. Carrithers nous enseigne que « Montesquieu utilisait le terme démocratie pour désigner un régime donnant le pouvoir à tous les hommes adultes élevés au rang de citoyens, les autorisant à participer directement à l'élaboration des lois, à la sélection des magistrats et à l'activité des tribunaux, alors que désormais, nous utilisons ce terme d'une manière beaucoup plus souple pour parler de gouvernements où les citoyens ont le droit de vote et sont dotés de libertés fondamentales, mais où ils ne participent pas directement à l'élaboration des lois »¹⁶⁶.

Nous l'aurons compris, Montesquieu ne peut être considéré comme un fervent défenseur de la démocratie en tant que système politique idéal. Le principe de la séparation des pouvoirs ne peut dès lors être décrit comme ayant été élaboré afin de servir un système démocratique. Or, il semble que le principe que nous appliquons dans notre société actuelle se revendique précisément d'une filiation directe avec celui élaboré par Montesquieu sous Louis XV¹⁶⁷, au temps de la monarchie absolue. Partout, l'influence de Montesquieu est présente. Cette théorie de la séparation des pouvoirs que Montesquieu développe dans son ouvrage, *De l'esprit des lois*, fera dire de lui qu'il est le père fondateur du constitutionnalisme des Lumières¹⁶⁸. Sa théorie aura en effet une puissante influence sur les constituants de la fin du XVIIIe siècle ; le principe de la séparation des pouvoirs sera utilisé plus que jamais dans le « régime

¹⁶³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, II, 2.

¹⁶⁴ R. SHACKLETON, *Montesquieu. A Critical Biography*, London, Oxford University Press, 1961, p. 277 ; P.A. RAHE, « Forms of Government: Structure, Principle, Object, and Aim », *Montesquieu's Science of Politics. Essays on The spirit of Laws*, D.W. Carrithers, M.A. Mosher et P.A. Rahe (dir.), Oxford, Rowman and Littlefield, 2002, p. 73.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, III, 5.

¹⁶⁶ D.W. CARRITHERS, *op.cit.*, p. 150.

¹⁶⁷ C. BERHENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 149-189.

¹⁶⁸ J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 83, no. 3, 2010, p. 483.

présidentiel » américain et sera ancré de manière sacrale dans la *Déclaration des droits de l'homme* de 1789 des révolutionnaires français¹⁶⁹.

En continuant d'appliquer aujourd'hui les théories de la séparation des pouvoirs telles qu'elles ont été érigées à l'époque, nous pouvons considérer engendrer et alimenter un anachronisme : il convient en effet de se rappeler qu'elles ont été élaborées à une époque et dans un système non-démocratiques. Enfin, ne l'oublions jamais, l'objectif de Montesquieu était « de rechercher les conditions qui permettent d'éviter un gouvernement tyrannique, arbitraire et violent »¹⁷⁰. Il faudrait dès lors et sans nul doute repenser la théorie de la séparation des pouvoirs à l'aune des exigences démocratiques actuelles. Nous en reparlerons dans la section suivante.

Sous-section 2 : Objectifs du principe

Étant un principe de nature instrumentale, il est important de comprendre les objectifs poursuivis par la séparation des pouvoirs au moment de sa création, notamment afin de pouvoir continuer à l'appliquer selon une approche téléologique. Il est un outil de lutte contre l'arbitraire et de promotion de la sécurité juridique. Comme Michel Troper l'explique, la mission du principe est de garantir la liberté politique, et les libertés de manière plus générale¹⁷¹.

§1 La séparation pour éviter la confusion

« Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »¹⁷². Voilà quelques mots, extraits de *De l'esprit des lois* qui, par la force de la négative, arrivent à mettre positivement en lumière ce qu'il s'agit impérativement de mettre en place: refuser la confusion des pouvoirs et l'arbitraire ; éviter que toutes les fonction de l'État se concentrent dans les mains d'un seul organe, car c'est cette concentration qui engendre la tyrannie.¹⁷³

C'est dans cette optique négative, ou encore défensive, consistant à éviter l'accaparement de tous les pouvoirs dans les mains d'un seul organe, que la théorie de la séparation des pouvoirs est née. En effet, le but était d'utiliser la séparation des pouvoirs comme arme de guerre contre le pouvoir omnipotent, à savoir la monarchie absolue du siècle des Lumières, en place à

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ J. SHKLAR, *Montesquieu*, Oxford University Press, 1987, p. 700.

¹⁷¹ M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 2015, p. 714.

¹⁷² MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre XI.

¹⁷³ C. MÖLLERS, *op. cit.*, p. 44.

l'époque de Montesquieu¹⁷⁴. La séparation était mise en place afin de protéger les droits fondamentaux et les libertés politiques. Elle était à considérer davantage comme un refus (de type défensif), plutôt que comme une sorte d'injonction¹⁷⁵. Certains en parlent d'ailleurs comme « une condition *sine qua non* de la liberté »¹⁷⁶. C'est parce qu'il était convaincu que les normes simplement écrites ne seraient pas suffisantes pour garantir d'éviter la concentration des trois pouvoirs dans les mains d'une seule entité, d'un seul corps, que Montesquieu prôna la création de réels contre-pouvoirs efficaces. Il était convaincu que seul « le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁷⁷ et que la division des pouvoirs était alors nécessaire.

Ce n'est que plus tard que les notions de séparation fonctionnelle et séparation organique firent leur apparition. Montesquieu et Rousseau¹⁷⁸, en France, ou encore Locke¹⁷⁹, en Angleterre, eurent-ils tous recours au même principe dans le cadre de leurs révolutions respectives, afin de lutter, chaque fois, contre un pouvoir absolu ? Aucune certitude, bien sûr, quant aux termes précis utilisés à l'époque. Ce qui est certain, par contre, c'est qu'aujourd'hui, particulièrement en Europe et dans nos démocraties occidentales en général, la séparation des pouvoirs n'évoque plus que très rarement l'idée d'une lutte contre l'arbitraire d'un pouvoir absolu. « Désormais, la séparation s'impose à nous naturellement alors que, précisément, elle n'est pas naturelle : elle est le fruit d'une démarche sociétale volontaire. Elle est le fruit de combats »¹⁸⁰. Conservons donc toujours à l'esprit qu'historiquement, c'est l'idée même de lutte contre l'arbitraire qui se trouve au creuset du principe de séparation, en particulier lorsque nous tentons de l'appliquer concrètement aujourd'hui encore.

§2 La séparation pour garantir la liberté

Dans l'imaginaire collectif, la liberté peut faire penser à une absence d'interdits. Dans cette optique, les lois paraissent alors comme des entraves à la liberté. Cependant, les lois sont en réalité la condition *sine qua non* pour que les libertés soient précisément possibles au sein d'une

¹⁷⁴ J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, p. 484.

¹⁷⁵ M. TOUZEIL-DIVINA, « Printemps & révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, vol. 143, no. 4, 2012, p. 29-45.

¹⁷⁶ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Paris, Presses de Paris X, 2008, p. 19.

¹⁷⁷ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, livre XI.

¹⁷⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762, livre III, chap. iv : « Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers »

¹⁷⁹ J. LOCKE, *Second Traité du gouvernement civil*, 1690, chapitre XII : « La tentation de porter la main sur le pouvoir serait trop grande si les mêmes personnes qui ont le pouvoir de faire les lois avaient aussi entre les mains le pouvoir de les faire exécuter, car elles pourraient se dispenser d'obéir aux lois qu'elles font ».

¹⁸⁰ M. TOUZEIL-DIVINA, *op. cit.*, p. 32.

société. Personne ne pourrait être libre si chacun avait la faculté de désobéir à la loi. Cela engendrerait un retour à une sorte d'état de nature, dans lequel chacun ferait ce qui lui plait sans suivre aucune règle. Ainsi, pour Montesquieu, « la liberté c'est le droit de faire tout ce que les lois permettent »¹⁸¹.

Section 2 : Evolution et interprétation actuelle du principe

Sous-section 1 : Évolution du contexte politique et vision nostalgique du principe

Tous les régimes politiques libéraux de notre époque contemporaine se réclament de la théorie de la séparation des pouvoirs. Cette théorie constitutionnelle, à laquelle le nom de Montesquieu reste attaché, demeure la plus célèbre de toutes actuellement, étant méritante des appellations d'exécutif, de législatif et de judiciaire utilisée pour désigner chaque organe de l'État. La séparation des pouvoirs est devenue la marque de fabrique des régimes authentiquement démocratiques. Pourtant, on l'a abondamment vu, cette théorie reste fortement liée au temps de la Philosophie des Lumières et la manière dont elle a été élaborée ne permet plus de rendre compte de la façon dont le pouvoir est présentement exercé. Comme nous l'avons déjà souligné, nous vivons actuellement dans une démocratie qui diffère du système politique en place à l'époque des origines du principe de séparation des pouvoirs. Actuellement, nous constatons que le principe est très souvent interprété par les cours et tribunaux d'une manière que l'on pourrait qualifier de nostalgique, voire même de fantasmée. Le principe se trouve dès lors bien loin de remplir la vertu originelle et les concrétisations institutionnelles que nous serions pourtant en droit d'attendre de son application¹⁸². Ainsi, Christophe Möllers a mis en lumière les problèmes que pose l'utilisation d'une théorie au contenu incertain et non renouvelé. Utiliser ce principe pour décrire, expliquer et évaluer la réalité du fonctionnement des institutions et en particulier des régimes parlementaires contemporains peut, en effet, être risqué. Il en déduit la nécessité de réactualiser et de refonder la notion de séparation des pouvoirs¹⁸³.

Nous pouvons constater que la pureté, la cohérence et les objectifs originaux du système classique du principe de séparation des pouvoirs, ont été progressivement corrompus, au fil du temps et de l'émergence d'États-nations munis de véritables constitutions. Les évolutions institutionnelles, rattachées à l'apparition de ces nouvelles sortes d'État constitutionnalisés, chamboulèrent en effet l'agencement des Pouvoirs ainsi que leurs « pouvoirs » réels. Dans nos

¹⁸¹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*.

¹⁸² M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 40.

¹⁸³ C. MÖLLERS, *op.cit.*, p. 40.

démocraties européennes, nous avons assisté jusque tout récemment, à la prédominance de l'exécutif, au déclin du parlementarisme¹⁸⁴, à la fusion entre l'exécutif et le législatif, au développement des contrôles de constitutionnalité, à la judiciarisation de la politique avec le risque de « gouvernement des juges » que cela entraîne, ou encore à l'internationalisation des ordres juridiques.

De manière plus radicale encore, Bruce Ackerman insiste sur le fait que le principe de la séparation des pouvoirs ne serait désormais plus capable de remplir l'objectif qui lui fut initialement assigné, à savoir limiter le pouvoir pour préserver le pouvoir. Le pouvoir exécutif ayant pris trop d'importance par rapport aux autres pouvoirs, c'est l'objectif même de préservation et conservation de la liberté qui s'en est dès lors trouvé négligé, voire oublié¹⁸⁵.

En définitive, la prudence est de mise face à l'invocation de ce principe sacré. D'une part, il faut être conscient du changement de contexte politique par rapport à l'époque de son adoption et, d'autre part, il est bon de garder à l'esprit les motivations pour lesquelles ce principe fut érigé : la préservation de la liberté.

Nous observons pourtant une tendance, chez les défenseurs des affaires climat, à se réfugier derrière une conception désuète du principe de séparation des pouvoirs. En Belgique, notamment, les défenseurs prétendent que « Le juge doit faire preuve de retenue pour ne pas franchir la frontière de la séparation des pouvoirs et ne pas s'immiscer dans les arbitrages qui président aux interventions du législateur »¹⁸⁶. Il disent également qu'« il y aurait violation de la séparation des pouvoirs car les parties demandereses demandent à Votre Tribunal de s'immiscer dans la marge de manœuvre des pouvoirs publics en sollicitant une condamnation à 'prendre des mesures' »¹⁸⁷. Ces exemples d'arguments utilisés par les autorités publiques, dans le cadre de l'Affaire Climat belge, reposent sur une interprétation du principe de la séparation des pouvoirs que nous pourrions qualifier de (faussement) « nostalgique ». Les défenseurs font référence à une conception séparatiste des pouvoirs¹⁸⁸, dans laquelle nul empiètement d'un pouvoir sur l'autre n'est possible. Selon eux, le juge, en faisant droit à la demande, empièterait sur la liberté politique de l'exécutif et du législatif. Or, nous devrions nous efforcer d'envisager la séparation des pouvoirs dans le contexte actuel. Nous pourrions, dès lors, envisager le juge

¹⁸⁴ C. CROUCH, *Post-Democracy*, Cambridge, Polity Press, 2004.

¹⁸⁵ B. ACKERMAN, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, vol. 113, n°3, 2000, p. 633-729.

¹⁸⁶ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 215.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 228.

¹⁸⁸ O. BEAUD, « Le conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus politicum*, n°9, 2013, p. 1-42.

comme un outil de la démocratie et considérer que ce que Klimaatzaak demande au juge c'est de s'assurer que les politiques, jouissant d'une légitimité démocratique, respectent tout les engagements qu'il ont eux-mêmes pris. Nous y reviendrons dans le titre II, lorsque nous verrons plus en détails l'Affaire Climat.

Sous-section 2 : Réinterprétation du principe dans un contexte démocratique

Bien que le contexte politique des origines du principe de séparation des pouvoirs ait changé, il ne faut pas en oublier pour autant les buts initiaux de l'élaboration de ce principe. Comme nous l'avons dit précédemment, nous pensons que le principe doit faire l'objet d'une réactualisation. Le principe doit aujourd'hui s'inscrire dans un contexte démocratique mais il ne faut cependant pas perdre de vue les objectifs fondamentaux qui lui étaient assignés à son origine. Pour rappel, le principe avait pour buts principaux, d'une part, de lutter contre l'arbitraire en évitant la confusion de tous les pouvoirs dans une même main et, d'autre part, de préserver la liberté¹⁸⁹.

Premièrement, nous attendons de la séparation qu'elle soit suffisamment forte pour éviter la confusion de plusieurs pouvoirs dans une seule main, sans pour autant être trop stricte. Les interprétations restrictives de certains théoriciens, qui prétendent confiner le juge dans le seul rôle de « bouche de la loi », doivent alors être nuancées. En plus d'être trop souvent sortie de son contexte, faisant finalement dire à Montesquieu ce qu'il ne voulait pas signifier¹⁹⁰, la fameuse expression « juge bouche de la loi » ne semble pas servir adéquatement le bon fonctionnement d'une démocratie contemporaine telle que nous voudrions l'envisager aujourd'hui. A cet égard, Marie Messiaen et Dominique Rousseau développent une idée de « *démocratie continue* dont les acteurs judiciaires seraient un rouage »¹⁹¹. Dans cette idée, le droit de vote n'est pas la seule caractéristique de la démocratie¹⁹². Le vote n'est pas le seul facteur de légitimité et le juge n'est donc pas dépourvu de toute légitimité démocratique. Reprocher au juge de manquer de légitimité démocratique « découle d'une compréhension très étroite de ce qu'est vraiment la démocratie et de l'hypothèse qu'il n'y a pas de légitimité en dehors de celle d'un parlement élu »¹⁹³. Certes, dans un litige, il y aura toujours une partie mécontente suite à la décision du juge mais il ne faut blâmer la légitimité du pouvoir judiciaire

¹⁸⁹ Voy. Section 1, Sous-section 2.

¹⁹⁰ Comme nous l'avons expliqué dans le chapitre 1. Lorsqu'il parle des *juges bouches de la loi* Montesquieu fait en réalité référence aux jurys populaires et non aux juges civils en général. Ces mots sont trop souvent sortis de leur contexte.

¹⁹¹ D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2017 ; M. MESSIAEN, *À qui profite le droit ? Le droit, bien commun*, Limal, Anthemis, 2020, p. 171.

¹⁹² M. MESSIAEN, *op. cit.*, p. 171.

¹⁹³ G. RAVARANI, « Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, p. 294.

pour autant¹⁹⁴. D'une façon ou d'une autre, la démocratie devrait être davantage permanente et ne pas se cantonner à des élections ponctuelles¹⁹⁵. Le juge pourrait alors être vu, selon les mots d'A. Garapon, comme un « gardien des promesses ».¹⁹⁶ Dans cette conception de la démocratie, rien ne justifierait que le pouvoir judiciaire soit relégué au rang de « troisième » pouvoir, lui qui, nous l'avons dit, devrait se voir gratifier de la même légitimité que l'exécutif et le législatif, et dès lors être rehaussé à hauteur de ces deux derniers. La légitimité du juge lui vient de la Constitution, à laquelle il a solennellement fait son serment de fidélité. De plus, par le caractère inamovible et indépendant de sa fonction, le juge est considéré comme un personnage totalement impartial. C'est de cette indépendance qu'il tire sa légitimité¹⁹⁷. N'ayant pas à connaître les échéances contraignantes des élections, qui enferment généralement le pouvoir politique dans une pensée à court terme, le juge pourra lui « s'inscrire dans le *temps long* des droits humains »¹⁹⁸. Il est important de rappeler que le constituant avait, dès 1831, veillé à établir une réelle indépendance et une grande considération pour le pouvoir judiciaire.

Deuxièmement, garantir l'effectivité des droits et libertés des individus est également une mission que la séparation des pouvoirs doit remplir depuis son apparition, bien que cet objectif semble avoir souvent été perdu de vue comme Bruce Ackerman le prétend¹⁹⁹. Christophe Möllers l'a rappelé, la séparation des pouvoirs doit entre autres être abordée comme une « garantie procédurale de l'adoption de décisions qui sont démocratiques »²⁰⁰. Le principe doit garantir les conditions de l'autodétermination collective²⁰¹.

Les juges sont aujourd'hui de plus en plus souvent sollicités concernant des questions sociétales, éthiques ou politiques, qui sont à la base de grands débats et clivages sociétaux²⁰². Nous assistons à une expansion du rôle du juge au sein des démocraties contemporaines²⁰³. Bien que cette tendance à faire participer les juges à la création des normes juridiques soit souvent critiquée et décrite comme donnant au juge un pouvoir « politique »²⁰⁴ exagéré, elle

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ M. MESSIAEN, *op. cit.*, p. 171.

¹⁹⁶ A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1995.

¹⁹⁷ J. DE CODT, « L'exercice des fonctions régaliennes en Belgique », *Ann. dr.*, vol. 78, 2018, p. 6.

¹⁹⁸ M. MESSIAEN, *op.cit.*, p.172.

¹⁹⁹ B. ACKERMAN, *op.cit.*, p. 633-729.

²⁰⁰ M. PETEL, C. ROMAINVILLE, *op.cit.*, p. 39.

²⁰¹ C. MÖLLERS, *op.cit.*, p. 51-109.

²⁰² F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 522-555 ; P. MARTENS, « Le temps de la distance, de l'allégeance et du respect », *Les juges : décideurs politiques ?*, G. Grandjean et J. Wildermeersch (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 9-15.

²⁰³ M. SHAPIRO et A. STONE SWEET, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; J. COMMAILLE et L. DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année Sociologique*, 2009, vol. 59, n°1, p. 63.

²⁰⁴ G. GRANDJEAN, *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, Bruxelles,

peut également se défendre. En effet, réduire la démocratie au simple vote ne peut être suffisant pour assurer à celle-ci de bien remplir ses objectifs en matière de respect des principes, tels que, par exemple, le principe d'égalité²⁰⁵. Étant essentiels au bon fonctionnement de la démocratie, le contrôle de leur bonne application par le pouvoir judiciaire en est rendu indispensable. Le pouvoir judiciaire, dans cette optique, paraît également primordial pour, continuellement, redéfinir les normes constitutionnelles²⁰⁶.

Le fait qu'une action en justice puisse engendrer des répercussions politiques ne doit en rien ôter, aux citoyens et aux O.N.G., l'assurance de voir leurs droits pris en compte et respectés²⁰⁷. Il serait incorrect d'aller jusqu'à dire que les juges sont amenés à gouverner. D'une part, le juge a seulement recours aux procédures et mécanismes que la loi aura elle-même instaurée. Il ne prend donc pas le pouvoir. D'autre part, il est saisi d'une demande à propos de laquelle on lui demande de se prononcer. Ces deux éléments encadrent considérablement le pouvoir politique du juge, comme l'explique Geoffrey Grandjean :

« Les juges sont tenus par les actes de procédure qui leur sont adressés. Ils ne peuvent pas traiter des cas qu'ils souhaitent, à la différence des représentants politiques qui jouissent d'une pleine latitude pour mettre à l'agenda politique n'importe quel problème de société. De ce point de vue, l'étendue du pouvoir politique du juge est bel et bien circonscrite »²⁰⁸.

Le fait, pour une décision prononcée par le juge, d'avoir des effets politiques, n'implique pas nécessairement que le juge sorte des ses pouvoirs²⁰⁹.

TITRE II : INTERPRETATION DU PRINCIPE DE SEPARATION DES POUVOIRS DANS L'AFFAIRE CLIMAT BELGE

Ces dernières années, nous assistons à une judiciarisation des problèmes climatiques dans le monde. Pour en citer des exemples, l'« Affaire du siècle » en France, « Urgenda » aux Pays-Bas, « Klimaatzaak » en Belgique ou encore l'action de « Friends of the Irish environment » en Irlande sont des affaires dans lesquelles les demandeurs veulent que la responsabilité de l'Etat soit reconnue pour son inaction en matière climatique. Ces actions témoignent également d'une humanisation des recours. Les demandeurs tentent de défendre la cause environnementale par le biais des droits humains. Cette tendance à la judiciarisation et à l'humanisation de la cause

Bruylant, 2018, p. 87.

²⁰⁵ R. DWORKIN, *Freedom's law*, Harvard, Harvard University Press, 1996.

²⁰⁶ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

²⁰⁷ Trib. La Haye, 24 juin 2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396, *T.M.R.*, 2015.

²⁰⁸ G. GRANDJEAN, *op.cit.*, p. 269.

²⁰⁹ M. MESSIAEN, *op.cit.*, p. 173.

climatique pose alors des questions de séparation des pouvoirs²¹⁰. En effet, le passage par le juge pour faire réagir l'Etat joue dangereusement avec les limites du pouvoir judiciaire instaurées par la séparation des pouvoirs, telles que nous les avons énoncées dans le titre I. C'est pourquoi l'argument de la violation de la séparation des pouvoirs est un argument fort utilisé par les défenseurs dans les affaires climat et notamment dans celle qui est en cours en Belgique.

Dans ce titre II, nous reviendrons alors sur les limites du pouvoir judiciaire liées à la séparation des pouvoirs et plus précisément sur les limites qui pourraient empêcher de faire aboutir les affaires climatiques. Nous nous concentrerons plus spécifiquement sur Klimaatzaak tout en regardant ce qu'il se passe dans les autres pays dans lesquels de telles affaires ont eu lieu (ou sont en cours) ; nous éviterons cependant de faire des rapprochements trop hâtifs avec des systèmes constitutionnels différents. Nous aborderons donc comment l'argument de la séparation des pouvoirs est invoqué par les défenseurs pour faire obstacle aux affaires climatiques. Les reproches adressés aux affaires climat, et notamment à Klimaatzaak, se basent sur une approche stricte et restrictive de la séparation des pouvoirs. Nous verrons comment une interprétation plus dynamique et recontextualisée pourrait aider de telles demandes à aboutir. L'enjeu est d'éviter que l'Etat ne se cache derrière le principe « sacré » de la séparation des pouvoirs pour ne pas prendre ses responsabilités. C'est pourquoi, dans ce titre, nous prônerons une interprétation plus souple et évolutive du principe de séparation des pouvoirs. Nous privilégierons une approche qui soit plus au service de la démocratie. Nous ne remettons pas en question le principe en lui-même mais l'interprétation trop stricte qui en est généralement faite.

Nous nous concentrons alors sur les reproches principaux en lien avec le principe de séparation des pouvoirs qui surgissent dans l'Affaire Climat belge. Premièrement, le principe de séparation des pouvoirs pose question quant à la recevabilité du recours climatique. C'est plus précisément l'intérêt à agir de l'A.S.B.L. Klimaatzaak qui pose problème (chapitre 1). Deuxièmement, le fondement de la demande, les normes invoquées ainsi que leur effet direct sont également remis en question (chapitre 2). Troisièmement, si la demande est recevable, le juge doit rester prudent quant aux mesures qu'il prononcera à l'égard des pouvoirs publics. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs limite son champ d'action quant aux injonctions qu'il peut prononcer à l'égard des pouvoirs publics (chapitre 3).

²¹⁰ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 2.

Chapitre 1 : Recevabilité du recours climatique

Le premier reproche qui peut être adressé aux recours climatiques est leur recevabilité. Dans l’Affaire Climat belge, le problème concerne particulièrement l’intérêt à agir de l’association. Pour que le juge judiciaire ait un pouvoir de juridiction, le demandeur doit se prétendre titulaire d’un droit subjectif. Comme nous l’avons vu précédemment, nous sommes en présence d’un droit subjectif dans les cas où le demandeur a un intérêt personnel à ce qu’un comportement soit exécuté²¹¹. Les demandes dans lesquelles les demandeurs se prétendent titulaire d’un droit subjectif sont donc, en théorie, recevables, mais l’intérêt à agir de ceux-ci pose souvent un problème de recevabilité pour les recours climatiques qui défendent un intérêt plus grand que le simple intérêt individuel.

La question climatique ayant un intérêt global, l’intérêt à agir de l’A.S.B.L. Klimaatzaak est contesté par les défendeurs. Ces derniers considèrent l’action de Klimaatzaak irrecevable car il s’agirait d’une action populaire et non d’une action tendant à protéger des intérêts individuels²¹². Si le pouvoir judiciaire admettait une action d’intérêt général, le principe de séparation des pouvoirs serait alors mis en danger. En effet, les questions d’intérêt général relèvent plutôt du pouvoir législatif qui, lui, a une légitimité démocratique que le pouvoir judiciaire n’a pas²¹³. Les intérêts individuels peuvent être invoqués devant le juge mais la question de l’intérêt général est laissée à la compétence des pouvoirs législatif et exécutif. La voie de l’intérêt collectif, qui se situe à mi-chemin entre l’intérêt individuel et l’intérêt général, semble alors être la solution à privilégier pour que les recours climatiques soient admis devant les tribunaux²¹⁴. Cependant, les actions d’intérêt collectif sont, nous le verrons, exclues des tribunaux sauf si le législateur les admet expressément²¹⁵.

Si dans l’affaire similaire dont les Pays-Bas ont été les témoins, l’intérêt à agir était peu contesté en raison de leur Code civil qui permet d’invoquer l’intérêt collectif, la question est plus complexe dans le système belge où nous n’avons pas de norme équivalente²¹⁶. Selon la

²¹¹ Voy. Titre I, Chapitre 2, Section 1.

²¹² Conclusions de la région de Bruxelles-Capitale devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 10 ; Conclusions de la région flamande devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 40-44 ; Conclusions de la région wallonne devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 29-31 ; Conclusions principales de l’ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 182.

²¹³ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 19.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 37.

²¹⁵ O. DE SCHUTTER, « Action d’intérêt collectif, remède collectif, cause significative », note sous Cass., 19 septembre 1996, *R.C.B.J.*, 1997, p. 123.

²¹⁶ A.-S. TABAU et C. CURNIL, « Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *Rev. jur. environ.*, 2015/4, p. 678.

Constitution, le droit d'agir pour l'intérêt collectif doit passer par une intervention du législateur. Le juge n'est pas en mesure d'interpréter l'intérêt à agir, c'est au législateur d'intervenir pour que l'intérêt collectif soit recevable devant les cours et tribunaux²¹⁷. Les litiges d'intérêt collectif semblent alors être recevables dans de nombreux systèmes sans poser de problème de séparation des pouvoirs. Le législateur a en effet le droit d'étendre les conditions de l'intérêt à agir et d'offrir l'accès aux tribunaux aux actions d'intérêt collectif. La situation devient alors plus problématique lorsque c'est le juge qui interprète largement cet intérêt à agir afin de recevoir de tels recours. Une telle interprétation du juge ne serait pas démocratique²¹⁸. Les recours climatiques ont alors sans cesse trébuché sur cette interdiction de recours en intérêt collectif. La situation a finalement évolué suite à la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement²¹⁹. Les associations environnementales sont aujourd'hui autorisées à défendre l'intérêt collectif. Refusant autrefois les actions d'intérêt collectif, la Cour de cassation a finalement reconnu cette pratique par sa jurisprudence du 11 juin 2013 en admettant que les actions d'intérêt collectif menées par les associations environnementales sont recevables. Fondée sur la convention d'Aarhus, cette jurisprudence de 2013 est un réel revirement qui permet alors aux associations de protection de l'environnement de se faire entendre devant les juridictions judiciaires²²⁰. La Cour de cassation y a admis la recevabilité de l'action intentée par une association environnementale car l'Etat belge s'était engagé, par la Convention d'Aarhus, à garantir un accès à la justice aux associations ayant pour but de protéger l'environnement²²¹ :

« Il résulte de ces dispositions que la Belgique s'est engagée à garantir aux associations qui ont pour objectif la protection de l'environnement l'accès à la justice dans le cas où elles désirent contester les agissements contraires aux dispositions du droit de l'environnement national et les négligences de personnes privées et d'instances publiques, pour autant qu'elles satisfassent aux critères établis par le droit national. Ces critères ne peuvent être décrits ou interprétés en ce sens qu'en pareille occurrence, ces associations n'auraient pas accès à la justice. Le juge peut interpréter les critères établis par le droit

²¹⁷ C.-H. BORN, « L'accès à la justice en matière d'environnement en Belgique : la révolution d'Aarhus enfin en marche », *Droits fondamentaux et environnement*, A. Braën (dir.), Actes du colloque « Regards croisés sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'environnement: Perspectives de la Belgique, du Canada et de la France », tenu à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, le 25 janvier 2013, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 335.

²¹⁸ C. MOLLÈRS, *op. cit.*, p. 145-146.

²¹⁹ C.-H. BORN, *op. cit.*, p. 335 ; Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998, approuvée par la loi du 17 décembre 2002, *M.B.*, 24 avril 2003, éd. 3, p. 22128.

²²⁰ C.-H. BORN, *op. cit.*, p. 304-308.

²²¹ C. DE BOE, « Vers une action d'intérêt collectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire ? », *A.P.T.*, 2014/3, p. 389-390.

Cette jurisprudence vaut alors en matière environnementale mais ne consacre pas pour autant un principe général par lequel toutes les actions d'associations protégeant un intérêt collectif seraient recevables²²³. Concernant la protection d'autres libertés fondamentales, il semblerait que l'intervention du législateur soit encore nécessaire²²⁴. Cette jurisprudence est cependant la preuve qu'un assouplissement des conditions de recevabilité est possible. Malgré l'absence d'effet direct de la Convention d'Aarhus, la Cour de cassation s'en est servie pour admettre la recevabilité d'une action d'intérêt collectif²²⁵. Si le juge, dans l'Affaire Climat, s'appuie à nouveau sur la Convention d'Aarhus, nous assisterions à une réelle consécration jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif des associations de protection de l'environnement²²⁶.

Comme nous l'avons vu, le juge n'est normalement pas habilité à interpréter de manière extensive l'intérêt à agir et seul le législateur peut permettre des actions d'intérêt collectif. Cependant, en matière d'environnement, l'Etat a pris l'engagement, via la Convention d'Aarhus, de garantir l'accès à la justice des actions environnementales²²⁷. Certes, cette dernière est dépourvue d'effet direct mais en assurer son respect est une façon, pour le juge, de jouer un rôle de garant de la démocratie. Nous voyons l'utilisation que le juge pourrait en faire comme un rappel à l'ordre des engagements pris par l'Etat. Reconnaître la recevabilité de ce type d'action d'intérêt collectif serait finalement une façon de servir la démocratie. Le principe de séparation, qui empêche le juge d'apprécier largement l'intérêt à agir, a été pensé, nous le savons, dans un cadre non-démocratique qui diffère du contexte actuel. Admettre les actions d'intérêt collectif est une façon d'assouplir le principe strict de séparation des pouvoirs afin qu'il permette de mieux servir la démocratie²²⁸. Il est admis que le juge ne peut exercer d'action en opportunité car agir de la sorte fait partie des prérogatives du pouvoir législatif ou exécutif mais non du pouvoir judiciaire. En effet, dans une logique démocratique, il est normal que les actions d'opportunité appartiennent aux pouvoirs qui sont élus démocratiquement. Cependant, si les élus ne respectent pas les engagements pris envers la collectivité, la voie judiciaire devrait

²²² Cass., 11 juin 2013, R.G. n°P.12.1389.N/1, disponible sur www.juridat.be.

²²³ C. DE BOE, *op. cit.*, p. 389-390.

²²⁴ D. RENDERS, « L'intérêt collectif commande-t-il de légiférer davantage pour améliorer la protection juridictionnelle de l'administré ? » *D'urbanisme et d'environnement – Liber Amicorum Francis Haumont*, C.-H. Born et F. Jongen (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1067-1080.

²²⁵ F. CATTEAU, *Le droit à la protection d'un environnement sain devant le juge*, sous la direction de M. Verdussen, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017, p. 14.

²²⁶ F. CATTEAU, *op. cit.*, p. 34-35.

²²⁷ Convention d'Aarhus, art. 9.3.

²²⁸ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 38.

pouvoir permettre aux citoyens d'agir pour les rappeler à l'ordre.

Il ne faut pas oublier que le principe de séparation des pouvoirs a été conçu pour « garantir l'effectivité des droits et libertés des individus »²²⁹. Seule la voie de l'intérêt collectif permettrait alors aux citoyens soucieux des problèmes environnementaux de faire entendre leurs droits devant un juge.

Chapitre 2 : Fondement de la demande : responsabilité des pouvoirs publics

Si le problème de l'intérêt à agir peut être contourné par le biais de l'intérêt collectif, la séparation des pouvoirs pose un second problème au niveau du fondement de la demande. Klimaatzaak fonde sa demande sur la responsabilité des pouvoirs publics²³⁰. Les défenseurs reprochent alors aux demandeurs de pousser le juge à agir en opportunité, ce qui n'est pas permis dans le respect de la séparation des pouvoirs. Cependant, juger de la responsabilité des pouvoirs publics pour faute ne revient pas à statuer en opportunité. Nous avons vu, dans notre titre 1²³¹, que les pouvoirs publics peuvent engager leur responsabilité sur base de 1382 et 1383 du code civil. Si le juge statue sur la faute, il ne viole pas le principe de séparation des pouvoirs. En effet, après avoir reconnu que le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à ce que le pouvoir exécutif soit reconnu responsable au regard des articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour de cassation, depuis son arrêt *Ferrara* du 28 septembre 2006, a également établi que le principe de séparation des pouvoirs n'immunise pas l'Etat lorsqu'il commet une faute dans l'exercice de son pouvoir législatif²³². Cela vaut également pour les cas d'abstention fautive. Il n'y a donc pas de problème d'interprétation du principe de séparation des pouvoirs dans ce cas étant donné que la jurisprudence s'est déjà chargée d'assouplir le principe en admettant que les trois pouvoirs puissent engager leur responsabilité devant le juge²³³. En revanche, il est important de faire une distinction entre déclarer les autorités responsables en exigeant réparation, ce qui nous venons de le voir ne peut plus être remis en doute, et accompagner cette condamnation d'une injonction de prendre des mesures déterminées²³⁴. Nous reviendrons sur l'examen des injonctions, qui pose plus question du point de vue de la séparation des pouvoirs, dans le chapitre 3.

²²⁹ *Ibid.*, p. 36.

²³⁰ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A., p. 201 et s.

²³¹ Voy. Titre I, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, §2.

²³² Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

²³³ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193 ; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870 ; Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42.

²³⁴ F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 185.

La possibilité de mettre en cause la responsabilité des pouvoirs publics n'est donc pas remise en cause en tant que telle dans le cadre de l'Affaire Climat. Cependant, les défendeurs contestent leur responsabilité car, selon eux, les conditions de la responsabilité ne sont pas remplies²³⁵. Si la possibilité pour les pouvoirs publics d'engager leur responsabilité ne peut plus être remise en question, ses conditions d'enclenchement peuvent encore être discutées. Pour rappel, les conditions de la responsabilité sont l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien causal. C'est la condition de la faute qui nous intéressera particulièrement ici. En effet, le problème, dans Klimaatzaak, se situe en la nature des normes dont la violation est invoquée. La violation d'une norme supralégislative peut être considérée comme une faute dans le chef du pouvoir législatif ou exécutif mais qu'en est-il en cas de violation du devoir de prudence et de diligence ? Dans le cadre de l'Affaire Climat, quelle est la norme violée ?

En droit commun, la faute peut prendre deux formes. Soit elle résulte de la violation d'une règle de droit, soit de la violation du devoir général de prudence et diligence. C'est sur ces deux définitions de la faute que se base Klimaatzaak pour faire reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics. Les demandeurs invoquent en effet deux types de faute. La première concerne le non-respect de l'obligation de prudence et diligence. L'Etat n'agit pas de manière adéquate afin de se conformer aux engagements qu'il a pris au niveau international et il viole ainsi le devoir général de prudence (Section 1). La seconde, à titre plus subsidiaire, se porte sur la violation, par les pouvoirs publics, de droits fondamentaux (Section 2)²³⁶.

Section 1 : Responsabilité pour non-respect des engagements internationaux

La faute principalement reprochée à l'Etat belge est de ne pas se conformer à ses engagements internationaux. La Belgique a pris, via l'Accord de Paris sur le climat²³⁷, l'engagement de protéger les citoyens contre les dommages qui pourraient découler du réchauffement climatique. Le non-respect de ces engagements est, selon Klimaatzaak, constitutif de faute. Constatant en effet que les objectifs fixés dans l'Accord de Paris ne seront pas atteints, la demande entend faire réagir l'Etat belge avant qu'il ne soit trop tard²³⁸. L'omission de mettre en œuvre les mesures qui permettraient d'atteindre l'obligation de résultat fixée par l'Accord de Paris est en réalité une violation du comportement prudent et diligent que l'Etat devrait adopter.

²³⁵ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 202 et s.

²³⁶ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A., p. 241 et s.

²³⁷ Accord de Paris sur le climat, signé à New York le 22 avril 2016.

²³⁸ Les objectifs étant de contenir « la température moyenne de la planète nettement en-dessous de 2°C par rapport aux niveaux préindustriels » et de poursuivre « l'action menée pour limiter l'élévation de la température à 1,5°C par rapport aux niveaux préindustriels » (Accord de Paris sur le climat, art. 2).

Les demandeurs définissent ce comportement prudent comme consistant à « mettre en œuvre les mesures juridiques et matérielles qui permettront à la Belgique d'éviter un réchauffement dangereux (...) et/ou de respecter les engagements pris »²³⁹.

En droit commun, la faute peut notamment prendre la forme d'une violation de l'obligation de prudence²⁴⁰. Les défendeurs soutiennent pourtant qu'il n'appartient pas au juge de vérifier le respect du devoir de prudence par le législateur. Cela reviendrait à se demander si le législateur a agi en bon père de famille, ce qui pourrait poser un problème de séparation des pouvoirs²⁴¹. Nous en revenons donc à la question de savoir si le devoir de prudence et diligence peut être analysé dans le cadre de la responsabilité des pouvoirs publics, et plus précisément du pouvoir législatif.

Nous avons vu précédemment que cette question n'était pas vraiment réglée par la jurisprudence²⁴². Si la possibilité de retenir la violation du devoir de prudence par le pouvoir exécutif a été confirmée par la Cour constitutionnelle²⁴³, celle d'appliquer le critère de prudence et diligence dans le cadre de la responsabilité du pouvoir législatif demeure floue. Dans l'arrêt de cassation du 28 septembre 2006²⁴⁴, le critère est apparemment utilisé sous une certaine forme, afin de vérifier si le législateur a été prudent dans les choix qu'il a posés dans le but de mettre en œuvre une norme supérieure. Lorsque le législateur est soumis à une obligation, il est en effet difficile de juger si les moyens qu'il met en œuvre pour atteindre le résultat sont adéquats. Seul le critère du respect du devoir de prudence et diligence semble pouvoir permettre au juge de les évaluer²⁴⁵.

Dans le cas de l'Affaire Climat, le reproche adressé à l'Etat est le non-respect de ses engagements sur la scène internationale. C'est en ce sens que l'Etat n'adopte pas un comportement prudent et diligent. Il convient alors, avant d'aller plus loin, d'écarter immédiatement la question de l'effet direct qui peut être soulevée par les défendeurs. Selon eux, la faute ne peut que résulter de la violation d'une norme ayant effet direct. En l'absence de norme imposant des actions claires, le juge ne pourrait, selon l'Etat belge, apprécier si le législateur a été prudent. Il s'agirait d'un contrôle d'opportunité et cela violerait le principe de

²³⁹ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 215.

²⁴⁰ M. LAMBERT DE ROUVROIT et T. COPPEE, *op. cit.*, p. 310.

²⁴¹ Conclusions de la région de Bruxelles-Capitale devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 28.

²⁴² Voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 1, §2.

²⁴³ C.C., 19 juillet 2018, n°106/2018, B.7.

²⁴⁴ Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

²⁴⁵ P. VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des pouvoirs publics pour la fonction juridictionnelle... », *op. cit.*, p. 139-141.

séparation des pouvoirs. Les défendeurs ne contestent pas le fait que le juge puisse vérifier si le législateur s'est comporté prudemment mais ils pointent du doigt le fait que le juge se penche sur ce critère alors qu'aucune norme supérieure n'est violée. En l'absence de norme supérieure, le juge ne peut pas apprécier le comportement prudent des pouvoirs publics car il s'agirait d'un contrôle d'opportunité et la séparation des pouvoirs serait menacée²⁴⁶. Il est important de clarifier, comme le font les demandeurs dans leurs conclusions, que la faute invoquée dans un premier temps par les demandeurs concerne la violation du devoir de prudence dans le sens où l'Etat n'a pas agi prudemment afin de se conformer à ses engagements internationaux. C'est seulement à titre plus subsidiaire que Klimaatzaak invoquera la violation des droits fondamentaux comme faute enclenchant la responsabilité. A ce stade-ci, la violation des droits fondamentaux est la conséquence du manquement à l'obligation de prudence et leur effet direct n'a pas besoin d'être vérifié²⁴⁷. Nous aborderons la faute fondée sur la violation des droits fondamentaux dans la section 2. Bien que la question soit écartée dans ce cas-ci, il faut noter que la Cour de cassation ne s'est cependant jamais prononcée sur cette exigence d'effet direct de la norme dont la violation constituerait un manquement à l'obligation générale de prudence²⁴⁸. De toute façon, cette question est sans intérêt ici car, dans un premier temps, il est demandé à l'Etat de se conformer à ses engagements et non à des normes internationales. L'Etat a librement pris des engagements via l'Accord de Paris et son inaction à s'y conformer est alors constitutive de faute. Il n'est pas question de vérifier l'effet direct de normes de droit international. Il est également inutile de se demander si l'Accord de Paris a un effet direct. Sa force obligatoire vient de l'engagement pris par la Belgique à travers lui et non de la nature de l'Accord. Les juridictions peuvent alors juger de l'omission d'agir sans que l'on puisse leur reprocher d'empiéter sur les autres pouvoirs car c'est l'Etat qui s'est lui-même fixé des objectifs. Un engagement par volonté unilatérale fait naître une obligation à l'égard de la personne qui s'engage et c'est pourquoi l'Etat belge est tenu par les engagements qu'il prend²⁴⁹. L'engagement par volonté unilatérale est, depuis longtemps, reconnu comme une source d'obligation²⁵⁰ ; c'est également valable pour les pouvoirs publics²⁵¹. L'engagement unilatéral

²⁴⁶ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 203.

²⁴⁷ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 217-218.

²⁴⁸ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 23.

²⁴⁹ A. FOURREZ, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté comme source autonome d'obligation », *Les Pages n°41*, 2018, p. 1 ; P. WERY, « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *J.T.*, 2018, p. 577 et s.

²⁵⁰ Cass., 18 décembre 1974, *Pas.*, 1975, p. 425.

²⁵¹ A. CATALDO et F. GEORGE, *Actualités du contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2020, p. 186-187 ; E. DE SAINT MOULIN, « L'engagement unilatéral de volonté à la rescousse des victimes du Softenon. Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018 », *A.P.T.*, 2019/4, p. 438.

crée immédiatement une obligation dans le chef de celui qui s'engage²⁵². La responsabilité peut donc découler d'engagements pris par volonté unilatérale. Nous expliquons ici les grandes lignes de deux jurisprudences récentes qui illustrent cette possibilité.

La première a été prise en 2018 dans le cadre de l'affaire du *Softenon*²⁵³. Dans cette affaire, l'Etat belge s'était engagé à créer une Fondation à laquelle un montant serait versé afin de compenser les dommages subis par les victimes du *Softenon*. La cour d'appel de Bruxelles a, dans son arrêt du 22 février 2018, fondé la condamnation de l'Etat sur son omission à se conformer à ses engagements. Cela fait preuve du caractère obligatoire d'un engagement par volonté unilatérale²⁵⁴. Suite à cela, la Belgique a donc été condamnée à présenter un avant-projet de loi pour se conformer à ses engagements. Il s'agit simplement d'une réparation en nature. Il s'agit d'un rappel à l'ordre de la Belgique quant à ses engagements et ce n'est donc en aucun cas une violation de la séparation des pouvoirs. En effet, imposer aux autorités publiques le respect de leurs engagements ne viole pas la séparation des pouvoirs. Cependant, exiger les moyens par lesquels la Belgique doit atteindre ses objectifs violerait le principe de la séparation des pouvoirs ; nous en parlerons dans le chapitre 3.

La seconde jurisprudence, l'arrêt du 9 janvier 2019²⁵⁵, illustre également la force obligatoire des engagements unilatéraux. Le tribunal de première instance francophone de Bruxelles y constate l'existence d'une faute des pouvoirs législatif et exécutif en raison de l'omission de ces pouvoirs d'agir face à la situation de surpopulation carcérale. Or, cette surpopulation implique de multiples violations des droits consacrés dans la Convention européenne des droits de l'homme. Le tribunal rappelle l'interdiction de substituer son appréciation à celle du législateur, constate la faute, le dommage et le lien causal, « dit pour droit qu'en vertu de l'article 1382 du Code civil, l'Etat belge est responsable de la surpopulation existant ou ayant existé » dans deux prisons bruxelloises et « condamne l'Etat belge à ramener le nombre de personnes détenues au sein de ces deux établissements au nombre de places correspondant à la capacité maximale autorisée »²⁵⁶. Bien que la Belgique n'ait pas de définition de la capacité maximale autorisée, il est ici considéré qu'elle dépasse ce seuil maximal au regard des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme telle que l'interdiction de la torture ainsi que des traitements inhumains et dégradants consacrée à l'article 3. En effet, les rapports du C.P.T. (Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains et

²⁵² A. CATALDO et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 163-164.

²⁵³ E. DE SAINT MOULIN, *op. cit.*, p. 418 et s.

²⁵⁴ A. FOURREZ, *op. cit.*, p. 1 ; P. WERY, *op. cit.*, p. 577 et s.

²⁵⁵ Civ. fr. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019/9, p. 414.

²⁵⁶ Civ. fr. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019/9, p. 427.

dégradants), suite à ses visites dans les établissements pénitentiaires belges, concluent que les conditions d'enfermement sont des traitements inhumains et dégradants. Suite à ces rapports que la Belgique ne conteste pas, l'Etat belge s'était engagé à respecter un certain seuil. Cet engagement de l'Etat belge via les réponses données aux rapports du C.P.T. peut être rapproché des engagements que la Belgique a pris au niveau international concernant la question climatique. De ce fait, condamner l'Etat belge à respecter ses engagements climatiques s'apparente à la décision du juge, dans l'arrêt du 9 janvier 2019, de condamner l'Etat belge à respecter ses engagements concernant la capacité maximale des prisons. Le juge peut condamner l'Etat à se conformer à ses engagements unilatéraux sans qu'il puisse lui être reproché de violer la séparation des pouvoirs.

Certes, les pouvoirs publics disposent d'une compétence discrétionnaire afin de choisir par quels moyens ils se conformeront à leurs engagements. Cela ne signifie pas pour autant que le juge n'est pas compétent s'il constate que les moyens mis en œuvre jusqu'ici ne permettront pas d'atteindre les objectifs fixés dans l'Accord de Paris. Il est aujourd'hui admis, comme nous l'avons vu²⁵⁷, qu'il est possible de reconnaître l'existence d'un droit subjectif, condition de la compétence des juridictions judiciaires, alors que l'administration jouit d'une compétence discrétionnaire. Le droit subjectif prend alors plutôt la forme d'une obligation « de ne pas faire ». La jurisprudence a reconnu plusieurs situations qui, malgré la compétence discrétionnaire des pouvoirs publics, pouvaient entraîner la violation de droits subjectifs. Par exemple, il est possible de réclamer en justice le droit de ne pas subir une atteinte à la vie privée en raison de l'exercice de la compétence discrétionnaire des autorités²⁵⁸. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 2009²⁵⁹, la Cour dit que « l'absence de droit subjectif à l'autorisation de séjour n'exclut pas l'existence d'un autre droit subjectif susceptible d'être lésé et qu'il convient de protéger contre les actes irréguliers de l'administration »²⁶⁰. Dans cette affaire, il s'agissait d'une violation du droit à la vie privée et familiale. Ce n'est donc pas le droit à l'autorisation de séjour qui constituait le droit subjectif violé mais c'était le droit à la vie privée et familiale. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre des autorisations de séjour, les autorités ont violé le droit subjectif qui protège la vie privée et familiale²⁶¹. Si nous rapprochons cette situation à celle des affaires climat, nous pouvons dire que l'absence d'un droit subjectif à l'environnement n'empêche pas que l'inaction de l'Etat entraîne la violation de réels droits subjectifs comme le droit à la vie ou le droit au respect de la

²⁵⁷ Voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, §1.

²⁵⁸ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 125-126.

²⁵⁹ Cass., 26 mars 2009, *J.T.*, 2019, p. 289.

²⁶⁰ M. PÂQUES, *op. cit.*, p. 127.

²⁶¹ *Ibid.*

vie privée et familiale. Ce n'est pas parce que les engagements internationaux pris par la Belgique ne donnent pas un droit subjectif aux citoyens qu'il est impossible de saisir le juge pour les faire respecter si leur non-respect entraîne la violation d'autres droits subjectifs.

Enfin, il est bon de se souvenir des objectifs que le principe de séparation des pouvoirs se voit confier dans une démocratie. Le principe doit notamment garantir les conditions de l'autodétermination collective. Nous avons vu précédemment que le juge peut jouer un rôle au sein de la démocratie. Le but de la séparation des pouvoirs est de garantir que la procédure de prise de décision soit démocratique. L'autodétermination est vue comme une source de la séparation des pouvoirs car elle justifie l'existence des pouvoirs publics. Les pouvoirs publics sont en effet acceptés parce qu'ils sont fondés sur les choix du peuple. C'est l'autodétermination qui leur donne une légitimité²⁶². Si l'Etat a pris des engagements en vertu de sa légitimité démocratique, il est normal que les citoyens qui ont placé leur confiance en leurs représentants, soient en mesure de pouvoir les rappeler à l'ordre si ceux-ci ne tiennent pas leur promesse. Le contrôle juridictionnel semble être le seul moyen d'exercer un contrôle de la démocratie. Dans les démocraties actuelles, les juges ne devraient plus être les bouches de la loi mais devraient pouvoir assurer un « contrôle populaire effectif de la mise en œuvre des politiques publiques »²⁶³. Nous imaginons ici le rôle du juge comme un rôle de garant de la démocratie.

De plus, il serait paradoxal de faire une différence de traitement, au nom de la séparation des pouvoirs, lorsque les pouvoirs publics ne se comportent pas en bon père de famille. Leur responsabilité étant reconnue sur base du droit commun des articles 1382 et 1383 du Code civil, le critère du devoir de prudence et diligence devrait pouvoir leur être appliqué comme il est d'ailleurs appliqué au pouvoir exécutif²⁶⁴.

Section 2 : Responsabilité pour violation des droits fondamentaux

Les demandeurs invoquent également la violation de droits fondamentaux afin de fonder la responsabilité des pouvoirs publics. Ils invoquent notamment les articles 2 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir le droit à la vie²⁶⁵ et le droit au respect

²⁶² C. MOLLÈRS, *op. cit.*, p. 51-52.

²⁶³ S. GANDOLFI DALLARI, « Démocratie participative : le rôle du pouvoir judiciaire », *Rev. dr. h.*, 2013/3, p. 7-8.

²⁶⁴ C.C., 19 juillet 2018, n°106/2018, B.7.

²⁶⁵ Conv. E.D.H., art. 2 : « 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

de la vie privée et familiale²⁶⁶. Les défendeurs contestent alors l'effet direct de ces normes de droit international. Ces normes laissent en effet une grande marge d'appréciation à celui qui doit les appliquer. Le juge ne serait alors pas habilité à apprécier si l'Etat prend les moyens nécessaires afin d'assurer le respect de ces normes et les invoquer le pousserait à outrepasser ses pouvoirs. Les défendeurs contestent le fait que ces normes créent des droits subjectifs²⁶⁷.

Invoquer la violation fautive de droits fondamentaux pose alors une question d'effet direct. Ces normes doivent-elles avoir un effet direct en droit interne pour que le juge puisse en apprécier leur respect ? Si nous définissons l'effet direct comme « le fait pour des particuliers de pouvoir directement se prévaloir en justice des dispositions internationales leur conférant des droits subjectifs »²⁶⁸, l'effet direct de ces normes de droits fondamentaux permettrait alors de les invoquer facilement devant le juge judiciaire. Cependant, reconnaître un effet direct à une norme de droit international pourrait poser un problème de séparation des pouvoirs. En effet, l'appréciation de l'effet direct des traités internationaux pose une question de séparation des pouvoirs, comme l'atteste la jurisprudence de la Cour de cassation²⁶⁹.

Nous nous concentrons ici sur deux questions. La première concerne le risque de violation du principe de séparation des pouvoirs dans l'appréciation de l'existence de l'effet direct (sous-section 1). Ensuite, il y a également lieu de se demander si l'effet direct est réellement exigé pour invoquer la norme devant le juge (sous-section 2).

Sous-section 1 : Reconnaître un effet direct à une norme internationale pose une question de séparation des pouvoirs

Premièrement, le principe de séparation est mis en péril en raison du rôle important du juge dans l'analyse de l'effet direct. C'est à lui que revient la décision de conférer un effet direct à une norme ou non. Si nous revenons sur les buts de cette théorie, nous constatons que cet effet direct a une fonction de protection juridique des individus. Si la norme a un effet direct,

b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

²⁶⁶ Conv. E.D.H., art. 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

²⁶⁷ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 244-245.

²⁶⁸ I. HACHEZ, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 178.

²⁶⁹ I. HACHEZ, *Le régime juridique de l'obligation de standstill*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 273.

l'individu pourra alors l'invoquer directement afin d'en obtenir la protection, et ce même si la règle internationale n'a pas été transposée en droit interne. Le juge est alors tiraillé entre deux tendances. D'un côté, reconnaître un effet direct pour protéger l'individu et, de l'autre, émettre des réserves et limiter la protection juridique en ne reconnaissant pas d'effet direct. Cette approche fonctionnelle de l'effet direct donne un rôle important au juge et le risque d'un activisme du juge est pesant. Le juge pourrait en effet se servir de cette liberté d'appréciation pour concurrencer le pouvoir législatif et ainsi adopter un rôle plus politique, un rôle que sa légitimité démocratique ne semble pas être en mesure de lui octroyer. De ce fait, le principe de séparation des pouvoirs est mis en danger²⁷⁰. Cependant, cette appréciation de l'effet direct se fait sur base de critères définis et laisse donc peu de place à l'activisme du juge. Le juge sera en réalité plus un observateur passif et objectif qui se contente de constater l'existence ou l'absence d'effet direct sur base de critères objectifs²⁷¹.

La doctrine connaît en réalité deux approches pour apprécier l'effet direct : l'approche classique et l'approche contextualisée. Chacune a une incidence différente sur la violation alléguée de la séparation des pouvoirs dans le cadre d'un recours climatique fondé sur les droits humains.

Selon l'approche classique, l'effet direct est apprécié au regard de deux critères. Le premier, le critère subjectif, concerne l'intention des parties de créer un droit subjectif via la règle de droit. Cependant, il est assez rare que cette volonté soit explicitement énoncée et ce premier critère laisse alors une plus grande place au second²⁷². Le second est un critère objectif qui consiste en une analyse de la clarté et de la précision avec laquelle la norme est rédigée. C'est cette clarté qui fera alors preuve de l'existence d'un droit subjectif et, de ce fait, preuve de l'effet direct. Selon cette approche traditionnelle, une norme a un effet direct lorsqu'elle est claire et précise au point de ne laisser aucun pouvoir de discrétion à celui qui l'appliquera²⁷³. C'est au juge national d'apprécier ce critère. Il doit alors interpréter la disposition et constater si elle donne un droit subjectif à celui qui l'invoque dans sa demande²⁷⁴. Apprécier cette clarté afin d'attester de l'existence d'un effet direct pose alors une question de séparation des pouvoirs²⁷⁵. De manière générale, selon cette approche, quand la norme prescrit une obligation positive, une obligation de faire, elle n'aura pas d'effet direct car elle laisse une grande marge de manœuvre quant aux

²⁷⁰ A. VANDAELE et E. CLAES, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *Institut de droit international - Working paper n°15*, 2001, p. 10-11.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 27-28.

²⁷² *Ibid.*, p. 6.

²⁷³ I. HACHEZ, « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : focus sur la notion polysémique d'effet direct », *Rev. dr. h.*, 2015, p. 3.

²⁷⁴ A. VANDAELE et E. CLAES, *op. cit.*, p. 7-8.

²⁷⁵ I. HACHEZ, « Précision et droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 3.

moyens de la respecter et le juge n'est pas en mesure de les imposer sous peine de violer le principe de séparation des pouvoirs. La tendance majoritaire est alors de ne pas conférer la possibilité d'invoquer en justice les normes de droits fondamentaux qui, en raison de leur caractère imprécis, n'ont pas d'effet direct²⁷⁶. Cela évite au juge de se substituer aux autres pouvoirs et de violer la séparation des pouvoirs. C'est d'ailleurs ce qu'argumentent les défenseurs dans l'Affaire Climat. Ils se basent sur cette approche classique pour dire que dès qu'une norme impose une obligation positive, elle n'a pas d'effet direct et le juge ne peut donc l'appliquer directement²⁷⁷. Les droits fondamentaux, tels le droit à la vie²⁷⁸ et le droit au respect de la vie privée et familiale²⁷⁹, rédigés de manière large et laissant une grande liberté dans les moyens de les garantir, sembleraient alors dépourvus d'effet direct. Si le juge leur reconnaît un effet direct en recevant la violation de ces droits fondamentaux comme faute pour enclencher la responsabilité des pouvoirs publics, il violerait donc la séparation des pouvoirs. Pour avoir un effet direct, la norme doit alors être claire et précise à tel point que le juge, qui est amené à l'appliquer, ne doive pas avoir besoin de normes internes pour en préciser sa portée. Le but est d'éviter que le juge soit amené à se substituer au législateur. Dans le cas où le juge doit empiéter sur le rôle du pouvoir législatif afin d'appliquer la norme, il faudra conclure à l'absence d'effet direct pour éviter de violer le principe de séparation des pouvoirs²⁸⁰.

L'approche plus contextualisée analyse l'existence de l'effet direct de manière moins restrictive. Elle prône une analyse contextualisée du caractère de clarté et de précision de la norme. L'analyse doit se faire par une mise en contexte de la norme parmi les autres règles de droit en vigueur dans le même ordre juridique²⁸¹. Cette approche permettrait alors au juge de reconnaître un effet direct aux normes qui prescrivent une obligation positive. Au moyen des autres normes existantes, le juge pourrait apprécier la norme sans sortir du rôle que lui confère le principe de séparation des pouvoirs. En retenant cette approche plus dynamique, le juge peut conférer un effet direct aux droits de la Convention européenne des droits de l'homme sans violer pour autant la séparation des pouvoirs.

Si nous mettons de côté l'approche traditionnelle de l'effet direct et que nous prôtons

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ I. HACHEZ, « Morceaux choisis sur l'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. van Drooghenbroeck (dir.) Bruxelles, Larcier, 2014, p. 213 ; Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 246.

²⁷⁸ Conv. E.D.H., art. 2.

²⁷⁹ Conv E.D.H., art. 8.

²⁸⁰ F. AUVRAY, « La violation d'un traité est-elle une faute? Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'Etat », *J.T.*, 2019/2, p. 23-24.

²⁸¹ I. HACHEZ, « Précision et droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 4.

l'approche contextualisée, la violation de la séparation des pouvoirs n'a alors pas lieu d'être. Nous prôtons donc une approche plus dynamique de l'appréciation de l'effet direct permettant au juge de l'apprécier au regard des autres normes existantes sans que cela soit vu comme une œuvre législative.

Sous-section 2 : Les normes invoquées doivent-elles être pourvues d'effet direct ?

La deuxième question que nous nous posons est de savoir si l'effet direct est réellement exigé pour qu'une norme puisse être invoquée devant le juge. Selon un arrêt de cassation du 9 février 2017²⁸², seule la violation de normes qui ont effet direct peut être constitutive de faute entraînant la responsabilité des pouvoirs publics²⁸³. Pour que la violation d'une norme soit constitutive de faute, il faut alors que la norme violée ait un effet direct dans l'ordre interne²⁸⁴.

Selon M. Petel et C. Romainville, cette décision est cependant critiquable car elle se fonde sur une confusion entre les termes « effet direct » et « effet dans l'ordre interne »²⁸⁵. En effet, d'après S. van Drooghenbroek, le fait générateur de la responsabilité peut être une violation d'une règle qui produit des effets dans l'ordre juridique belge. Il ne s'agit donc pas d'une exigence d'effet direct²⁸⁶. Plusieurs jurisprudences s'accordent sur ce principe²⁸⁷. La Cour de cassation y dit à plusieurs reprises :

« La faute de l'autorité administrative, pouvant sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil engager sa responsabilité, consiste en un comportement qui, soit s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'autorité normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes conditions, soit, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou un traité international ayant des effets dans l'ordre juridique interne, imposant à cette autorité de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée »²⁸⁸ (nous soulignons)

La Cour parle de normes « ayant des effets dans l'ordre juridique interne » et non de normes qui ont un effet direct. Certes, ces jurisprudences précèdent celle de 2017 mais il n'est pas certain de pouvoir considérer l'arrêt du 9 février 2017 comme un revirement pour autant. En effet, seul cet arrêt du 9 février 2017 s'en écarte et parle explicitement d'une exigence d'effet direct. Cependant, cette décision est critiquée, notamment par Françoise Auvray, car les raisons de

²⁸² Cass., 9 février 2017, *Pas.*, 2017, p. 249.

²⁸³ F. AUVRAY, *op. cit.*, p. 21.

²⁸⁴ B. GOFFAUX, *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 11 ; C. DELFORGE *et al.* « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016) - La responsabilité aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) », *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 469.

²⁸⁵ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 24.

²⁸⁶ S. VAN DROOGHENBROEK, « La responsabilité extracontractuelle... », p. 347.

²⁸⁷ Cass 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 892 ; Cass., 27 juin 2008., *R.C.J.B.*, 2010/2, p. 183 ; Cass 21 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2491.

²⁸⁸ Cass., 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 892 ; Cass 21 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2491.

cette exigence ne sont pas claires²⁸⁹. Le critère de l'effet direct semble sans pertinence lorsque l'action des demandeurs est une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil. Le droit à la réparation découle du régime de responsabilité extracontractuelle et non de la norme internationale²⁹⁰. Comme nous l'avons vu précédemment, c'est la demande en responsabilité qui atteste d'un droit subjectif, droit subjectif à obtenir une réparation. Le droit subjectif ne doit pas découler du traité violé, qui est simplement évoqué pour faire état d'une faute²⁹¹.

La notion de réception en droit interne suffirait alors pour que la violation d'une norme internationale puisse être invoquée comme une faute enclenchant la responsabilité. La réception en droit interne qui, par le simple assentiment de l'assemblée législative, donne des effets au traité dans le droit interne belge, suffirait pour fonder la responsabilité des pouvoirs publics²⁹². Au regard de ce critère, exiger l'effet direct des normes invoquées devant le juge paraît excessif.

« Le critère de l'effet direct (dans son sens traditionnel) est crucial pour apprécier si une norme internationale impose un comportement à un particulier. L'exigence de l'effet direct n'est en revanche pas déterminante pour établir si un État se voit imposer une norme de comportement par les dispositions du Traité auquel il est partie.

Par contre, pour déterminer si la norme de comportement imposée par le Traité à l'État fait partie de l'ordre interne et peut donc entraîner en cas de violation la faute civile extracontractuelle en droit interne, c'est, comme précédemment indiqué, l'exigence de réception en droit Belge qui semble la plus pertinente »²⁹³.

En définitive, la jurisprudence du 9 février 2017 et les critiques qui lui sont adressées ne sont pas encore très claires. Ce sujet divise encore et, par précaution, dans le cadre de l'Affaire Climat, il vaudrait mieux argumenter la présence d'un effet direct des normes invoquées, ce qui, nous l'avons vu, peut être fait par la voie de l'approche contextualisée de l'effet direct.

Il faut également noter que, selon l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, un recours effectif devant les juridictions nationales doit être prévu pour « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés »²⁹⁴. Invoquer les droits fondamentaux inscrits aux articles 2 et 8 de la même Convention ne devrait

²⁸⁹ F. AUVRAY, *op. cit.*, p. 28.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ L. DONNAY et M. PAQUES, *op. cit.*, p. 87.

²⁹² F. AUVRAY, *op. cit.*, p. 22 et 27.

²⁹³ *Ibid.*, p. 27.

²⁹⁴ Conv. E.D.H., art. 13.

donc pas poser problème.

Chapitre 3 : Injonctions prononcées par le juge

Le principe de la séparation des pouvoirs pose également problème à un troisième niveau. Si le juge retient la responsabilité des pouvoirs publics, le temps sera alors venu de prononcer des mesures à l'égard des autorités responsables. C'est ici que les affaires climatiques sont vivement critiquées. Comme nous l'avons vu précédemment²⁹⁵, il est interdit au juge de se substituer aux autres pouvoirs lorsqu'il leur ordonne de réparer les dommages causés par leurs fautes, au risque de violer la séparation des pouvoirs.

Dans le cadre de son pouvoir d'injonction, le juge s'expose en effet à plusieurs critiques. Le premier risque est qu'il se voit reprocher de jouer un rôle politique. Le juge ne peut se vanter de la même légitimité démocratique dont dispose les pouvoirs exécutif et législatif. Par conséquent, il se doit de rester indépendant et impartial et de ne pas prendre position sur le plan politique (section 1). La seconde critique qui peut lui être adressée est de faire œuvre législative. Le juge qui imposerait aux pouvoirs publics de prendre des mesures précises empièterait d'une part, sur le pouvoir d'initiative législative et, d'autre part, sur le pouvoir discrétionnaire dont jouissent les pouvoirs publics (section 2). Enfin, il faut également noter qu'un troisième reproche, que nous aborderons brièvement, pourrait être adressé au juge. Ce dernier ayant peu d'expertise en matière environnementale, n'est pas en mesure d'imposer les moyens à mettre en œuvre afin de faire cesser les dommages dont l'Etat est responsable (section 3)²⁹⁶.

Section 1 : Menace du gouvernement des juges

Les défenseurs dans l'affaire Klimaatzaak prétendent que « l'imposition d'objectifs de réduction de gaz à effet de serre relève du noyau dur de la décision politique et relève donc de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir public »²⁹⁷. Dans l'affaire Urgenda, qui, nous le rappelons, a abouti aux Pays-Bas, la question du rôle politique du juge a, bien évidemment, également été soulevée. Sébastien van Drooghenbroeck parle de cette affaire comme un exemple de « floutage entre le droit et la politique »²⁹⁸. Malgré l'argument de séparation des

²⁹⁵ Voy. Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Sous-section 2, §2.

²⁹⁶ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 20.

²⁹⁷ Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A, p. 267.

²⁹⁸ S. VAN DROOGHENBROECK, « En guise de Conclusion – Le juge, sujet gouvernant ou objet gouverné ? », *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, M. Cadelli et J. Englebert (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 211.

pouvoirs, il a été admis que faire droit à une telle demande, fondée sur la responsabilité des pouvoirs publics et les droits fondamentaux, entrerait dans les compétences du juge néerlandais. Certes, la décision du juge aura des conséquences politiques mais se prononcer sur une telle demande fait partie de son rôle dans un Etat de droit²⁹⁹.

Malgré leur légitimité démocratique, les pouvoirs exécutif et législatif ne peuvent agir en toute impunité et les minorités doivent se voir garantir les moyens de contrer les excès de pouvoir. L'argument du gouvernement des juges ne peut alors être soulevé dès que le juge condamne les pouvoirs publics³⁰⁰. Selon la théorie inclusive de C. Mollers, l'autodétermination n'est pas la seule source de justification des pouvoirs publics. Une décision, bien que démocratiquement prise, ne peut aller à l'encontre de certains buts fondamentaux tels que la paix ou la protection de l'environnement³⁰¹. Même si les autorités disposent d'une marge de manœuvre dans les moyens mis en place pour respecter les normes internationales, ils ne peuvent pas pour autant violer les droits fondamentaux³⁰². « Dans un Etat de droit, et même dans le cadre des décisions prises par la majorité, les droits fondamentaux de toutes et tous doivent être respectés : ils ne peuvent pas être 'weggestemd', c'est à dire, littéralement, rejetés par un vote »³⁰³.

Dans un Etat de droit, selon Jean de Coudt, le juge participe à la politique. Le juge n'est plus la simple bouche de la loi³⁰⁴. Une société n'est démocratique que lorsque la justice y joue un rôle important. Sans elle, il y aurait une grande place pour la violence. Certes le pouvoir judiciaire n'est pas élu démocratiquement mais sa légitimité tient en son indépendance. Cette indépendance « sert également à maintenir un espace de liberté, à constituer un contre-pouvoir, à élever un barrage aux velléités tyranniques de la puissance politique, à lutter contre l'éternelle tentation de la corruption inhérente à la possession du pouvoir et à la volonté de le conserver. Cela sert à combattre l'utilisation du mensonge et de la dissimulation comme instrument de gouvernement. En ce sens, et encore une fois, l'existence d'un Pouvoir judiciaire indépendant est un marqueur de la démocratie »³⁰⁵.

Nous ne pouvons alors pas nier une certaine forme de gouvernement des juges mais nous pouvons nous demander s'il faut réellement la craindre. En réalité, les cas où le juge flirte avec

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 211-212.

³⁰⁰ J. ENGLEBERT, « Introduction », *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, M. Cadelli et J. Englebert (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 12.

³⁰¹ C. MOLLERS, *op. cit.*, p. 51-52.

³⁰² N. DE SADELEER, « Intensité du contrôle juridictionnel assuré par les juridictions nationales concernant l'évaluation de la qualité de l'air – Commentaire de l'arrêt Craeynest », *R.E.D.C.*, 2020, p. 348.

³⁰³ S. VAN DROOGHENBROECK, « En guise de Conclusion... », *op. cit.*, p. 213.

³⁰⁴ J. DE CODT, *op. cit.*, p. 4.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 6.

les limites restent rares³⁰⁶. Les cours et tribunaux violeraient le principe de séparation des pouvoirs seulement s'ils commettent de réelles erreurs de procédure, c'est à dire s'ils décident, sans qu'on leur demande, sur des questions qui concernent les pouvoirs exécutif ou législatif. La différence entre légiférer et juger est une question de procédure³⁰⁷. Le juge doit être saisi de problèmes pour pouvoir les traiter alors que les politiques peuvent s'en saisir quand ils veulent³⁰⁸. Nul doute donc qu'il est interdit au juge de statuer en opportunité ni de se substituer aux pouvoirs publics lorsqu'il est amené à prononcer une injonction. Pourtant, nous pensons que le juge peut jouer un rôle se rapprochant d'un rôle politique lorsque celui-ci est exercé dans le but de servir la démocratie. Le juge peut, en effet, participer d'une certaine manière au processus démocratique³⁰⁹. C'est l'autodétermination qui donne une légitimité aux pouvoirs publics. Cependant, si ces pouvoirs prennent des engagements au nom de cette légitimité et ne les respectent pas, ils ne se montrent pas dignes de la confiance des électeurs. Le juge devrait alors avoir pour rôle de rappeler les autres pouvoirs à l'ordre afin de servir la démocratie. Par la condamnation des pouvoirs publics, le juge ne fait que rouvrir le débat politique sans y participer. Il initie un nouveau débat sans y prendre part car y participer concrètement le mettrait dans une position où la séparation des pouvoirs serait violée. Comme le dit G. Grandjean, le juge a aujourd'hui un rôle plus dynamique et il collabore « à la mise en œuvre de finalités sociales et politiques »³¹⁰. Le juge revêt un rôle d'entraîneur qui travaille de manière plus active pour obtenir une « victoire collective »³¹¹. Le juge ne serait que l'impulsion qui permettrait aux politiques de se pencher sur la question climatique afin d'être en accord avec les engagements qu'ils ont pris. Les moyens par lesquels les pouvoirs publics répondront de leurs engagements sont laissés à leur entière discrétion. Nous pourrions dire que le but de l'action du juge est de réordonner « les trois pouvoirs de sorte que chacun fasse son travail de manière effective ».³¹² Il faut interpréter le principe de séparation des pouvoirs comme un équilibre entre les trois pouvoirs, équilibre dans lequel les pouvoirs législatif et exécutif sont soumis au droit et dans lequel le pouvoir judiciaire peut alors servir de contrepoids³¹³.

³⁰⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « En guise de Conclusion... », *op. cit.*, p. 215.

³⁰⁷ C. MOLLÈRS, *op. cit.*, p. 94-95.

³⁰⁸ L. FRANÇOIS et N. THIRION, « Les juges dans la politique », *Les juges : décideurs politiques ?*, G. Grandjean et J. Wildermeersch (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 53.

³⁰⁹ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 39-40.

³¹⁰ G. GRANDJEAN, *op. cit.*, p. 102.

³¹¹ F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 45.

³¹² M. TORRE-SCHAUB, « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », *Revue québécoise de droit international*, 2016.

³¹³ R. VANDERBECK, « Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, C/09/ 456689 / HA ZA 13-1396, Urgenda Foundation et al. c. État néerlandais », *Amén.*, 2016/4, p. 256.

Section 2 : Initiative législative et pouvoir discrétionnaire des autorités publiques

Comme nous venons de le dire, le juge peut prendre le rôle d'un initiateur. Il a la possibilité d'initier le débat en condamnant les pouvoirs publics à se pencher sur la question climatique afin de se conformer à leurs engagements. Il a le pouvoir de les condamner à respecter leurs engagements³¹⁴. Cependant, il ne peut être reproché au juge de jouer un rôle d'initiative législative dans le cadre de la demande de Klimaatak. Le juge n'agit pas en opportunité mais se fonde sur les engagements pris par l'Etat pour le rappeler à l'ordre.

Ne pas faire droit à la demande sous prétexte que le juge ne peut, en raison de la séparation des pouvoirs, ordonner au pouvoir législatif d'agir, sous-entend alors que l'omission fautive du législateur reste toujours impunie³¹⁵. Or, nous savons que le juge peut se prononcer aussi bien sur l'action que sur l'omission fautive des pouvoirs publics³¹⁶. « Saisie d'une demande tendant à la réparation d'un dommage causé par une atteinte fautive à un droit consacré par une norme supérieure imposant une obligation à l'État, une juridiction de l'ordre judiciaire a le pouvoir de contrôler si le pouvoir législatif a légiféré de manière adéquate ou suffisante pour permettre à l'État de respecter cette obligation, même si la norme qui la prescrit laisse au législateur un pouvoir d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour en assurer le respect »³¹⁷.

De plus, il faut savoir que la demande n'a pas nécessairement pour but d'ordonner à l'Etat de prendre une loi à titre de réparation. Les pouvoirs publics sont libres de décider par quels moyens ils se conformeront à leurs engagements. En effet, « lorsque plusieurs solutions légales sont possibles pour réaliser la réparation en nature, le juge ne peut décider à la place de cette autorité quelle est celle des solutions qui doit être adoptée »³¹⁸. Il ne fait en effet aucun doute que le juge ne peut se substituer aux pouvoirs publics qui disposent de plusieurs moyens licites pour atteindre un même objectif³¹⁹.

Dans l'affaire Urgenda, par exemple, il a été considéré que le juge judiciaire, en condamnant l'Etat pour inaction face à la situation climatique, n'obligeait pas ce dernier à prendre des lois, mais uniquement à se conformer aux objectifs qu'il s'était engagé à atteindre, peu importe la manière utilisée. Adopter une loi n'est donc pas ce à quoi la Cour condamne l'Etat des Pays-Bas, elle l'oblige seulement à prendre des mesures nécessaires pour se conformer à ses

³¹⁴ A. CATALDO et F. GEORGE, *op. cit.*, p. 204.

³¹⁵ M. PETEL et C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, p. 20.

³¹⁶ Q. PEIFFER, « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *J.L.M.B.*, 2014/22, p. 1059-1067 ; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

³¹⁷ M. JOASSART, *op. cit.*, p. 444-445.

³¹⁸ Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1731.

³¹⁹ Mons (2^e ch.), 20 septembre 2016, *J.T.*, 2018, p. 961.

objectifs. L'Etat garde donc une liberté et dispose de différents moyens pour mettre en place la réduction des émissions de gaz à effet de serre³²⁰.

Pour en revenir à la jurisprudence concernant l'affaire du *Softenon* dont nous avons parlé plus tôt, il était reproché à l'Etat de ne pas avoir respecté ses engagements. Le juge l'a alors condamné à faire un avant-projet de loi pour s'y conformer. Il s'agissait, comme nous l'avons vu, d'un rappel à l'ordre et en aucun cas le juge n'a exigé ce que devait contenir cet avant-projet. L'Etat conservait sa liberté d'appréciation quant aux moyens à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs qu'il s'était fixé³²¹. Or, la demande de *Klimaatzaak*, comme dans cet arrêt du 22 février 2018, vise à rappeler la Belgique à l'ordre quant aux objectifs qu'elle s'est fixée à elle-même. Il lui est demandé d'atteindre ces objectifs sans pour autant lui imposer les moyens d'y arriver.

Dans l'Affaire Climat, l'Etat, dans le cadre de sa liberté politique, a fait usage de son pouvoir discrétionnaire en signant et ratifiant un ensemble de conventions internationales en matière de droits et libertés fondamentales et en prenant un ensemble d'engagements européens et internationaux en matière environnementale et climatique. Les objectifs à atteindre ont été fixés par la Belgique elle-même, plus précisément par son pouvoir exécutif, qui dispose d'une grande marge de manœuvre au titre de l'article 167 de la Constitution, et par son pouvoir législatif, qui dispose de la compétence de donner assentiment aux traités internationaux sur base de la même disposition³²². Ce n'est pas au juge d'inventer les objectifs, ils existent déjà et ont été pris par la Belgique elle-même. Le rôle du juge consiste en un simple rappel à l'ordre. Comme dans l'affaire du *Softenon*, le juge doit simplement rappeler à l'Etat les engagements qu'il a pris. Cela ne peut donc pas constituer une atteinte à la liberté politique du pouvoir législatif.

A cet égard, il ne peut également pas être reproché au juge de statuer par voie de disposition générale. Certes, enjoindre à l'Etat de prendre des mesures pour diminuer le réchauffement climatique aura une incidence sur les citoyens non parties aux litiges, mais le juge ne statue pas par voie de disposition générale pour autant. Ce n'est pas le juge qui décide des mesures à utiliser pour atteindre le but. Le juge se base sur les engagements pris par l'Etat et les objectifs imposés sont donc précis. Il s'agit d'objectifs particuliers que l'Etat s'est engagé à atteindre en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Ce n'est pas le juge qui impose des objectifs, ceux-ci existent déjà. Pour cette raison, ce n'est pas la décision du juge en tant que telle qui créera des

³²⁰ H. SCHOUKENS et A. SOETE, « Climate change litigation against states after 'urgenda': the times they are a-changing ? » *Amén.*, 2018/4, p. 148.

³²¹ E. DE SAINT MOULIN, *op. cit.*, p. 418 et s.

³²² Const., art. 167.

effets dans le chef de personnes non parties au litige, mais ce sont les engagements de l'Etat.

Section 3 : Manque d'expertise du juge

Il peut également être reproché au juge de ne pas avoir l'expérience scientifique suffisante pour pouvoir prononcer des injonctions concernant les enjeux climatiques. Nous ne nous attarderons que très peu sur ce dernier reproche.

Nous avons vu précédemment³²³, dans une jurisprudence du 9 janvier 2019³²⁴, que l'Etat belge qui s'était engagé à respecter un certain seuil pour éviter une surpopulation carcérale, avait été condamné pour le non-respect de ses engagements. Cependant, un arrêt similaire à celui-ci a tranché de manière différente car il a subordonné l'injonction faite à l'Etat à la désignation d'un expert dont la mission serait de déterminer s'il faut supprimer toute surpopulation carcérale pour garantir aux détenus le respect de leurs droits fondamentaux³²⁵. Dans l'Affaire Climat, il serait superflu de faire appel à un expert avant de faire droit à la demande étant donné que nous disposons déjà de rapports d'experts à savoir les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (G.I.E.C.). Le juge n'a pas besoin d'une expérience scientifique afin d'apprécier si les objectifs que l'Etat s'est fixé seront remplis. Les preuves scientifiques sont déjà largement présentes.

Il n'est également pas utile de désigner un expert afin de déterminer quelles sont les injonctions efficaces à adresser à l'Etat belge pour garantir le respect des droits fondamentaux des citoyens et des engagements de la Belgique envers ceux-ci. En effet, le G.I.E.C. se charge déjà de définir les impacts et les moyens d'atténuer les problèmes climatiques et, de ce fait, comment l'Etat doit agir pour respecter ses engagements. De plus, le juge ne décidera pas lui-même des moyens à mettre en place pour atteindre les objectifs. Il ne doit donc pas disposer de compétences scientifiques.

TITRE III : CONSEQUENCES DE L'AFFAIRE CLIMAT

Les recours en justice entamés par des associations afin d'appuyer une cause concernant leur objet social, comme le recours de Klimaatzaak, se voient souvent qualifiés de « contentieux stratégique », du terme américain « strategic litigation » qui n'est en réalité que partiellement en accord avec la réalité de notre système juridique belge. C'est pourquoi, comme l'ont proposé

³²³ Voy. Titre I, Chapitre 2, Section 1.

³²⁴ Civ. fr. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019/9, p. 414.

³²⁵ Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018/40, p. 1917.

Julie Ringelheim et Véronique van der Plancke³²⁶, il semble plus juste d'emprunter le terme plus large de « mobilisation judiciaire ». L'Affaire Climat est sans aucun doute une « mobilisation judiciaire ». Dans nos démocraties contemporaines, on ne cesse de souligner l'accroissement toujours plus grand du rôle du juge³²⁷. Ces derniers sont de plus en plus souvent sollicités pour se prononcer au sujet de questions clivantes au sein de la société, aussi bien politiques, qu'éthiques ou sociologiques³²⁸. Comme nous avons déjà pu le voir précédemment, une partie de la doctrine critique cette expansion de puissance du juge et considère que ce pouvoir est un pouvoir « politique »³²⁹, que le juge n'a pas la légitimité pour s'occuper de la défense des libertés et régler des questions concernant des droits fondamentaux. Selon eux, toutes ces questions qui prennent place dans notre démocratie devraient être résolues à travers les institutions qui représentent directement les citoyens, à savoir les assemblées législatives³³⁰.

Une autre partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions ici, défend une telle vision du rôle endossé par le juge en soutenant que la volonté de la majorité ne peut être la seule expression de la démocratie et que dès lors un contrôle judiciaire est indispensable pour que les principes et l'essence de la démocratie tiennent bon³³¹. De plus, le pouvoir du juge permet de contrebalancer la tendance du pouvoir législatif à porter son attention sur des objectifs politiques plus généraux tout en manquant de regarder les effets que les décisions prises peuvent engendrer sur certains, et souvent sur « les plus faibles électoralement et les plus mal représentés politiquement »³³²³³³. C'est en lui demandant de jouer un tel rôle que l'A.S.B.L. Klimaatzaak vient saisir le juge. Pour tous les membres de l'A.S.B.L., ce recours est construit et vécu comme une forme de participation politique. Ils espèrent pouvoir participer à « la transformation et à la mise en œuvre des normes et principes qui régissent les rapports entre individus et entre groupes au sein

³²⁶ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Contentieux stratégique et mobilisations judiciaires. L'action en justice comme forme de participation politique ? », *Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences, Working paper*, UCLouvain, 2020.

³²⁷ C. NEAL TATE et T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1999 ; M. SHAPIRO et A. STONE SWEET, *op.cit.* ; R. A. CICHOWSKI, *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008 ; J. COMMAILLE et L. DUMOULIN, *op.cit.*, p. 63 ; R. D. KELEMAN, *Eurolegalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2011.

³²⁸ J. WALDRON, « The Core of the Case against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 2006, vol. 155, p. 1346-1406 ; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

³²⁹ G. GRANDJEAN, *op.cit.*, p.87.

³³⁰ J. WALDRON, *op.cit.* ; R. BELLAMY, *op.cit.*

³³¹ R. DWORKIN, *op.cit.*

³³² J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p.5.

³³³ T. HICKEY, « The Republican Core of the Case for Judicial Review », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n°1, p. 288-316 ; P. MARTENS, « Les juges, ennemis du peuple ? » et M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle dans l'espace politique : tiers pouvoir et contre-pouvoir », *Gouvernement des juges. Une accusation, une vertu et une analyse critique*, Actes du colloque par l'ASM à l'ULB le 10 octobre 2019.

d'une collectivité politique »³³⁴. Ce recours est donc pour eux une mobilisation politique³³⁵. Toutes ces affaires climatiques rappellent que le droit et les diverses instances juridiques peuvent être utilisés comme des outils³³⁶, voire comme des armes³³⁷, en vue d'atteindre des objectifs politiques. Nous sommes ici dans le cas d'une action à visée transformatrice³³⁸. Le recours vise à l'évidence à engendrer une certaine transformation du droit. Les requérants veulent promouvoir un changement de politique en contraignant les autorités à prendre des mesures plus efficaces en matière de climat.

Selon Christopher Thornhill³³⁹, il devient courant à notre époque que de telles mobilisations judiciaires, rendues plus évidentes par l'émission transnationale des droits fondamentaux, permettent aux collectifs de citoyens d'apparaître comme sujets politiques et d'ainsi participer à la mise en œuvre et à la production du droit³⁴⁰. De tels citoyens, appelés « citoyens-plaideurs » (Citizen-litigant) comme le suggère Thornhill³⁴¹, illustrent, selon lui, les démocraties contemporaines. Au sein des « mobilisations judiciaires », nous assistons plus particulièrement à l'émergence d'un contentieux global en matière climatique³⁴², à une « vague d'activisme judiciaire, novatrice, voire audacieuse »³⁴³ comme l'explique Delphine Misonne. Dans le cas de notre Affaire Climat, celle-ci est directement inspirée de l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas mais c'est en réalité partout dans le monde que des affaires ont eu lieu, ou sont encore en cours, afin de remettre en cause la responsabilité d'opérateurs privés ou encore, comme c'est le cas de *Klimaatzaak*, celle des pouvoirs publics pour inaction climatique³⁴⁴.

Plusieurs chercheurs³⁴⁵ ont pu se rendre compte que, souvent, lorsqu'un mouvement en arrive à saisir la justice afin de faire entendre ses revendications c'est la conséquence d'un manque d'écoute de la part des arènes politiques classiques. Après avoir été ignorés par les parlementaires et autres élus politiques, les organisations voient alors les tribunaux comme un

³³⁴ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p. 5.

³³⁵ S. SCHEINGOLD, *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2e éd., 2004.

³³⁶ J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.

³³⁷ L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Science-po, 2009.

³³⁸ J. RINGELHEIM, V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p.10.

³³⁹ C. THORNHILL, *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² V. LEFEBVE, *op.cit.*

³⁴³ D. MISONNE, « Renforcer l'ambition climatique de l'État global dans un régime fédéral ? "Klimaatzaak" : la Belgique a aussi son affaire climat », *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, C. Cournil (dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 149.

³⁴⁴ C. HUGLO, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 175.

³⁴⁵ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p.17.

dernier recours³⁴⁶. Nous pouvons donc constater un réel déficit d'opportunités politiques pour les ONGs qui tentent alors d'assouvir leurs protestations par d'autres moyens. Le recours au droit ne va pas spécialement de soi. Il est, en effet, un répertoire de l'action collective parmi d'autres³⁴⁷. C'est le plus souvent après avoir essuyé plusieurs échecs avec les moyens d'actions classiques comme des manifestations, des pétitions, des actions médiatiques, des actions de désobéissance civile, ou encore du lobbying politique que les associations et autres requérants finissent par se tourner vers le juge. Le recours en justice peut être perçu comme un dernier espoir d'être entendu par la société et par les corps décisionnels³⁴⁸. Les citoyens, face à un système qu'ils jugent trop peu démocratique, sont contraints de recourir à la justice³⁴⁹.

Particulièrement pour les questions climatiques, nous remarquons que les organes de l'État ne peuvent pas, ou surtout ne prennent pas la peine, de s'assurer du respect des droits de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui rend l'intervention du juge encore plus légitime puisqu'elle apparaît alors comme une solution face au déficit des pouvoirs publics³⁵⁰. Nous pouvons actuellement observer une forte tendance, dans le domaine environnemental, à poursuivre les États en justice³⁵¹. En effet, le climat est une des questions par excellence pour laquelle les dispositifs politiques habituels sont mal équipés. Selon O. de Schutter, « les impacts de l'accumulation de gaz à effet de serre dans l'atmosphère sont pour l'essentiel lointains, dans le temps et dans l'espace ; en raison du temps considérable de latence, de plusieurs dizaines d'années, entre les émissions et ses impacts, le système politique, qui opère souvent sur le temps court en fonction des préoccupations immédiates de l'électorat, n'est pas en mesure de répondre adéquatement au défi ; enfin, des acteurs économiques puissants et bien organisés, capables de bloquer la décision politique, tendent à s'opposer à tout changement significatif permettant d'opérer le changement de cap que la situation appelle et qui figurent en outre parmi les principales sources de financement des « semeurs de doute », ces pseudo-scientifiques qui propagent les thèses du négationnisme climatique »³⁵².

Les requérants climatiques, lorsqu'ils saisissent le juge dans le cadre d'une situation tellement révolutionnaire, inédite et exceptionnelle, placent toute leur confiance en lui. Ils donnent une

³⁴⁶ T.M. KECK, « Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights », *Law & Society Review*, 2009, Vol. 43, No. 1, p. 151-186.

³⁴⁷ M. OFFERLE, « Retour critique sur les répertoires de l'action collective (XVIIIe-XXIe siècles) », *Politix*, 2008, p. 81.

³⁴⁸ RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p. 15.

³⁴⁹ S. HOREL, *Lobbytisme*, Paris, La Découverte, 2018, p. 306 ; M. MESSIAEN, *op.cit.*, p. 169-170.

³⁵⁰ J. HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

³⁵¹ H.SCHOUKENS et A.SOETE, *op.cit.*, p. 153.

³⁵² O. DE SCHUTTER, « Changements climatiques et droits humains : l'affaire « Urgenda » », *Rev. Trim. Dr. h.*, 2020/123, p. 604-605.

autorité particulière au juge pour faire face à ces situations qui outrepassent le champ d'action des États³⁵³. Ils attendent du juge qu'il considère la question climatique d'un point de vue très global, autant au niveau spatial que temporel et personnel. Ils attendent de lui qu'il prenne en compte les intérêts des générations futures.

Nous pouvons constater que les requérants de Klimaatzaak placent un espoir immense dans l'aboutissement positif de cette affaire, qui semble être leur dernier recours. Seulement, nous allons voir que, aussi bien dans le cas d'un jugement qui ne ferait pas droit à leur demande que dans le cas d'un jugement en leur faveur, le risque d'une grande déception est présent. Nous allons ici analyser les différentes hypothèses d'issue du procès. Nous évoquerons d'abord rapidement les indéniables conséquences positives du procès, ce peu importe son issue. Ensuite, nous mettrons en évidence les risques négatifs qui pourraient survenir en fonction des différentes hypothèses d'issue du procès. Finalement, nous tenterons, avec modestie, de réfléchir à une solution d'un « jugement idéal » que le juge devrait rendre afin que ce jugement n'engendre que du positif et ce, surtout en étant un outil pour la démocratie.

Chapitre 1 : Les conséquences positives du procès

Peu importe la forme que prendra l'issue du procès de l'Affaire Climat, cette dernière pourra dans tous les cas se targuer d'avoir utilisé l'arène judiciaire comme une caisse de résonance pour toutes les revendications climatiques qui méritent d'être entendues haut et fort³⁵⁴. Par sa simple existence et sa médiatisation, le procès atteindra tout de même un objectif et ce peu importe si les demandeurs en sortent gagnants : « une “fenêtre” plus ou moins médiatisée s'ouvre et permet d'offrir une tribune aux ONGs et aux citoyens qui y expriment alors leurs attentes en matière de politiques publiques climatiques »³⁵⁵.

De plus, lorsqu'un sujet comme le climat, qui concerne l'avenir même de l'humanité, crée une interaction entre la sphère judiciaire et la sphère politique, cela ne peut qu'être positif pour que la dimension politique de la justice soit réaffirmée, elle qui est si souvent étouffée dans les débats et les réflexions qui la concernent³⁵⁶.

³⁵³ C. HUGLO, *op.cit.*, p. 27.

³⁵⁴ V. LEFEBVE, *op.cit.*, p. 7.

³⁵⁵ C. CURNIL, « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », *Rev. jur. environ.*, n° spécial., hal-02266603, 2017, p. 253-254.

³⁵⁶ V. LEFEBVE, *op.cit.*, p. 7.

Chapitre 2 : Le risque de conséquences négatives

Section 1 : Dans l'hypothèse où le juge déboute les demandeurs

Il est tout à fait envisageable que le juge ne fasse pas droit à la demande. Quelles seraient alors les répercussions d'une telle décision? Cette issue remplirait de déception aussi bien l'A.S.B.L. Klimaatzaak que tous leurs partisans. Un tel échec du procès pourrait bien devenir une goutte de plus dans le vase déjà rempli des actuelles déceptions envers notre système démocratique, envers la justice, envers les trois pouvoirs. Ce vase ne tarderait pas à déborder et cela pourrait alors provoquer une vague déferlante de populisme³⁵⁷. En effet, comment continuer à avoir foi en un système qui ne permet pas de faire entendre la voix du peuple alors que la démocratie est précisément censée remplir cette fonction³⁵⁸. Comme Abraham Lincoln l'a si bien dit, « La démocratie est le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple »³⁵⁹.

Les personnes qui viennent invoquer leurs droits devant le juge judiciaire le font parce qu'elles ont foi en ce système de justice qui est le leur. Elles espèrent que ce soit la solution pour faire entendre leur voix. C'est d'ailleurs, il semblerait, leur dernier recours et c'est pourquoi ils espèrent tant que cela puisse avoir les effets attendus. Ignace Schops, cofondateur de l'Affaire Climat justifiait son engagement dans l'affaire de cette manière : « Je mettais toute mon énergie dans la lutte contre le changement climatique, mais je sentais que ça n'était pas suffisant »³⁶⁰.

Les affaires climatiques qui se sont déroulées dans d'autres pays et qui ont abouti en faveur des requérants ravivent l'espoir des demandeurs belges et ajoutent une certaine pression sur les épaules du juge. Urgenda aux Pays-Bas ou encore l'affaire irlandaise qui vient d'être remportée ce 31 juillet 2020, donnent de l'espoir aux requérants qui se disent que, si c'est possible chez les voisins, c'est tout à fait possible en Belgique. Ils s'appuient d'ailleurs directement sur les argumentaires développés par les requérants des pays voisins³⁶¹. Serge de Gheldere dit d'ailleurs que la victoire des demandeurs dans le procès Urgenda, le 24 juin 2015, a tout changé pour l'affaire belge. Jusqu'à ce moment-là, l'A.S.B.L. Klimaatzaak pouvait être qualifiée de «

³⁵⁷ B. BOËNE, « Le populisme contemporain en Occident : une autre lecture », disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/>, 8 février 2019, p. 30.

³⁵⁸ J.-P. CHARBONNEAU, « De la démocratie sans le peuple à la démocratie avec le peuple », *Éthique publique*, vol. 7, 2005/1, disponible sur <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1969/>.

³⁵⁹ Formule prononcée par le président américain, Abraham Lincoln, le 19 novembre 1963 lors de son discours à Gettysburg.

³⁶⁰ I. SCHOPS, « Quand le climat entre au Tribunal », *Le Soir*, 9 mai 2019.

³⁶¹ D. MISONNE, « Klimaatzaak. La Belgique a son affaire climat », *Justice climatique, contentieux nationaux et société civile*, communication à un colloque, EHESS, Paris, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078/185777>, 2017.

simple groupe d'idéalistes qui essayaient de mettre en route quelques chose »³⁶², et tout à coup l'affaire Urgenda a été remportée et cela a alors été extrêmement inspirant et plein d'espoir pour l'affaire belge. Cela a sans aucun doute ajouté une certaine pression au juge belge.

Tous ces éléments engendrent un espoir, une attente énorme de ce procès. Il ne fait nul doute qu'un aboutissement négatif emplirait les requérants d'une grande déception. Après de nombreuses tentatives de faire évoluer les choses, ce procès apparaît pour beaucoup comme le dernier recours possible³⁶³. Devant un tel échec, les requérants risquent fortement de se sentir abandonnés par le système judiciaire, d'avoir le sentiment que ce dernier ne les écoute pas. Ce recours est pour eux un moyen de tester la démocratie, de voir à quel point celle-ci remplit ses objectifs, à savoir écouter ce que les citoyens ont à dire. Or, il est essentiel pour les citoyens de se sentir compris, entendus, pris en compte,... En effet, bien qu'ils aient une légitimité démocratique, les pouvoirs exécutif et législatif ne peuvent simplement exercer leur pouvoir à leur guise et comme bon leur semble. Il est normal que les minorités désirent avoir des garanties qui les protègent contre les excès de pouvoir³⁶⁴. Comment continuer à soutenir un système qui ne nous soutient absolument pas alors que précisément, le but de la démocratie est de respecter les choix des citoyens³⁶⁵. Bon nombre de citoyens risque alors de perdre foi en cette démocratie qui ne les écoute pas. Et que font les gens quand ils se sentent à ce point délaissés ? Ils se tournent vers le populisme, le rejet de la structure mise en place puisque cette dernière ne peut répondre à leurs besoins³⁶⁶.

Même si ce sont alors des caractéristiques inhérentes au système démocratique lui-même (et à son attirail de justice) qui auront contribué à la montée en puissance des logiques populistes, une chose est certaine : « une fois arrivées au pouvoir, ces logiques déconstruisent, démantèlent, points par points, ce qui constitue l'essence même de la démocratie »³⁶⁷. De ce fait, le populisme, bien que pointant au départ des failles de la démocratie qui sont objectivement préoccupantes, n'a jamais semblé parvenir à les résoudre une fois qu'il a accédé au pouvoir. C'est ce que l'histoire nous prouve³⁶⁸.

³⁶² Serge de Gheldere, président de Klimaatzaak, dans le cadre du colloque international « Agir en justice au nom des générations futures », 17-18 novembre 2017, Caen.

³⁶³ J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, *op.cit.*, p.18.

³⁶⁴ C. MOLLÈRS, *op.cit.*, p. 51-52.

³⁶⁵ J.-P. CHARBONNEAU, *op.cit.*

³⁶⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique », *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, E. Bubout et S. Touzé (dir.), La Sorbonne, Pedone, 2019, p. 229.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid* ; B.BOËNE, *op.cit.*, p.1.

Cette situation est problématique quant au rôle démocratique que le juge est censé remplir puisque, dans l'hypothèse présentée ici, il jouerait un rôle anti-démocratique. On remarque alors les effets pervers du contentieux stratégique en termes de désaffection pour le politique. Il y a un dégoût pour la démocratie qui s'installe. Le citoyen peut avoir l'impression qu'il n'y a plus aucune autorité qui est là pour l'aider. On peut même en arriver à de la démobilisation car les citoyens ne croient même plus en l'État. Le juge se retrouve dans une situation où il alimente un sentiment anti-démocratique.

Toujours dans cette optique de démobilisation, le procès sera sans aucun doute fortement médiatisé et il faut aussi penser au risque que la « chute » au niveau juridictionnel d'un tel procès fragilisera sans aucun doute la cause climatique³⁶⁹ en renvoyant une image de « à quoi bon » au sein de la société.

Section 2 : Dans l'hypothèse où le juge fait droit à la demande

Le juge, poussé, notamment par les condamnations prononcées à l'étranger dans des affaires similaires, pourrait également oser faire droit à la demande. L'hypothèse d'un procès remporté par l'A.S.B.L. *Klimaatzaak* serait alors bien plus alléchante. Il convient cependant de ne pas trop se réjouir, de rester objectif et de se rendre compte des éventuelles conséquences qu'engendrerait une tournure « positive » du procès.

Ces dernières années, il est communément admis que le rôle du juge reprend du poil de la bête. Nous remarquons une forte tendance, dans le domaine environnemental, à poursuivre les Etats en justice³⁷⁰. En effet, beaucoup d'écrits favorisent une réhausse du pouvoir judiciaire trop souvent relégué au rang de « troisième pouvoir ». Nous en arrivons à une situation où les requérants voient, à tort, le juge comme un « sauveur du climat », qui viendrait résoudre toutes les lacunes des pouvoirs politiques. Nous pouvons remarquer dans la sphère publique une tendance qu'ont les requérants à présenter le juge comme une espèce de rempart protecteur qui, s'il nous écoute et fait droit à notre demande, pourrait totalement changer la donne. Nous pouvons constater que les gens de l'A.S.B.L. ont placé des attentes démesurées dans le juge. « Les juges peuvent nous sauver du jugement climatique !³⁷¹ », voilà le genre de phrase que les membres de l'A.S.B.L. se prêtent à dire à la presse, renvoyant à la société l'image d'attentes démesurées dans ce procès. Une immense pression est dès lors placée sur les épaules du juge.

³⁶⁹ V. LEFEBVE, *op.cit.*, p. 7.

³⁷⁰ M. MESSIAEN, *op.cit.*, p. 170.

³⁷¹ Serge de Ghelderén, phrase prononcée dans le cadre du colloque international « Agir en justice au nom des générations futures », 17-18 novembre 2017, Caen.

Seulement, le juge reste tenu par les limites que lui fixent la loi et le principe de séparation des pouvoirs. Même si nous prônons une conception souple et réactualisée de ce principe, cela n'efface pas toutes les limites qu'il impose au pouvoir judiciaire³⁷². Ce n'est pas parce qu'il a la capacité de rendre des jugements que tout lui est subitement permis. Le juge ne peut pas, de par ses seuls jugements, sauver le climat. Ce n'est pas possible. Il est tenu par certaines contraintes que nous avons déjà abordées dans les parties précédentes. Certes, le juge peut jouer un rôle démocratique important en rappelant l'effectivité des droits et liberté, en essayant de rappeler aux pouvoirs publics de prendre des actions, mais en même temps il ne peut pas prendre de décisions qui ne lui reviennent pas de prendre. Les citoyens en attendent trop du juge alors que celui-ci ne jouit pas d'une totale liberté dans les injonctions qu'il peut prononcer. Comme nous l'avons abordé dans ce travail, tout ce que pourrait faire le juge, c'est rappeler à l'Etat qu'il a pris des engagements et que, dans le respect de la démocratie, il faut qu'il prenne les mesures nécessaires pour les remplir. Le juge ne peut en aucun cas imposer la manière de répondre à ces engagements, nous l'avons vu.

Dans le cas où le juge fait droit à la demande des requérants, peu importe ce qu'il ordonne, il risque alors de faire des « mécontents ». D'un côté si la décision ne remplit pas toutes les attentes des requérants ces derniers seront déçus. D'un autre, si le juge prend au contraire un peu trop de liberté pour tenter de résoudre le problème de manière efficace, ce seront une bonne partie des acteurs de la sphère juridique qui dénonceront le gouvernement des juges. M. Torre-Schaub constate en effet que cette « judiciarisation » du climat entraîne des avis divergents : « Chargée d'espoir pour ceux qui appellent de leurs vœux une « révolution climatique », elle éveille chez d'autres la crainte d'un « gouvernement des juges » qui menacerait la séparation des pouvoirs »³⁷³.

Premièrement, même si le juge fait droit à la demande, les requérants peuvent être déçus en raison des attentes démesurées qu'ils ont par rapport à ce que le juge peut concrètement faire. Comme nous l'avons déjà expliqué, les requérants de Klimaatzaak placent sans doute un trop grand espoir dans les capacités du juge à réellement faire changer les choses. Du moins, c'est l'idée qu'ils font en partie circuler, arguant dans la sphère publique, qu'ils en appellent aux juges pour sauver le climat. Sa décision risque fortement de ne pas être assez percutante par rapport aux attentes que les requérants auront placées en lui. En effet, comme nous l'avons déjà

³⁷² Voy. Titre I, chapitre 3.

³⁷³ M. TORRE-SCHAUB, « 'Affaire du siècle' et autres procès climat : que peut vraiment le juge ? », *The Conversation*, disponible sur <https://theconversation.com/fr>.

expliqué, si le juge reconnaît la carence de l'État, ce dernier sera seulement soumis à une obligation de résultat, qui lui enjoindra d'atteindre l'objectif qu'il s'est lui-même fixé via ses engagements. Le juge ne pourra pas lui imposer les moyens précis par lesquels il doit y parvenir. Il est en effet très peu probable que le juge se prononce sur les moyens précis à adopter afin d'atteindre le résultat³⁷⁴. Le rôle du juge est très encadré, comme nous l'avons vu dans les parties précédentes de ce travail. Certes, le juge peut jouer un rôle démocratique important en rappelant l'État à l'ordre et en initiant le débat mais il ne peut prendre de décisions qui ne lui reviennent pas de prendre. En résumé, nous constatons que, même s'il fait droit à la demande, le juge peut décevoir les requérants. En découlerait alors, dans une certaine mesure, les mêmes risques que dans l'hypothèse où le juge déboute la demande, à savoir un dégoût de la démocratie et une partie de la société civile qui se tournerait vers le populisme.

Au même titre, il faut également envisager la possibilité que le juge prononce un jugement qui, en apparence, ravit les demandeurs mais dont les conséquences ne soient finalement pas à la hauteur de leurs espérances. En effet, il y a également un risque, si le juge condamne l'État, que ce dernier ne respecte pas le jugement établi contre lui. Dans une telle situation, il y aurait un non-respect de l'autorité de chose jugée. Il serait aussi possible que le législateur prenne des mesures mais qu'ensuite aucune mesure ne soit prise par l'exécutif afin que ces lois soient appliquées. Le problème serait alors le même. S'il agit dans une certaine optique conséquentialiste, le juge pourrait se dire qu'il vaut mieux ne pas donner raison aux demandeurs en sachant très bien que la décision prise ne sera pas respectée par les pouvoirs politiques. Car, malgré l'injonction du juge, ils ne prendront probablement aucune mesure pour pallier leur omission en matière de climat. Dans un tel cas, l'autorité du juge en prendrait un coup. Le juge pourrait donc s'autolimiter afin de ne pas perdre de sa crédibilité pour ses futures actions. « Il est certes indispensable de rendre des décisions qui soient juridiquement correctes, guidées par la justice et l'équité, mais il convient de prendre en compte les conséquences des arrêts, les aspirations du peuple, d'anticiper les réactions du corps social. »³⁷⁵ Cette approche conséquentialiste dont nous parlons est une pratique très courante chez les juges du common law³⁷⁶.

Deuxièmement, à l'inverse, d'autres pourraient reprocher à la décision du juge d'être trop politique. Répondre de manière positive à toutes les attentes des requérants, alimenterait en

³⁷⁴ M. TORRE-SCHAUB, *op.cit.*

³⁷⁵ J.-P. COSTA, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Compte rendu du brainstorming du lundi 23 mai 2016*, Assemblée nationale, Commission des affaires européennes, Paris, p. 19.

³⁷⁶ N. MAC CORMICK, « The motivation of judgment in the common law », *La motivation des décisions de justice*, C. perelman et P. Foiriers (dir.), Bruylant, 1878, p. 180.

effet le débat sur l'activisme des juges et le gouvernement des juges. Nous l'avons vu, les affaires climat s'exposent à cette critique. Si le juge prend des mesures qui sortent complètement de son champ d'action ou qui, du moins, paraissent beaucoup trop audacieuses, certains auront vite fait de crier à la violation de la séparation des pouvoirs et au gouvernement des juges. Il s'avère que la définition du concept de « gouvernement des juges » est problématique³⁷⁷. En effet, « il existe un concept et même plusieurs concepts de gouvernement des juges, autant de concepts de gouvernement des juges que l'expression peut avoir de sens. Toutefois, ce qui est commun à toutes ces expressions, c'est cette connotation péjorative »³⁷⁸. Ainsi, on fait généralement appel à ce concept pour critiquer un tribunal qui usurperait les compétences du pouvoir législatif ou exécutif³⁷⁹.

Si des partis politiques ou autres institutions désapprouvent publiquement la décision prise par le juge et blâment l'activisme judiciaire, cela ne serait également pas productif pour la démocratie. La diffusion de telles idées par le politique pourrait très facilement miner la confiance que le citoyen a vis-à-vis des institutions judiciaires et plus globalement vis-à-vis de la légitimité de chacun des trois pouvoirs. De telles « campagnes » peuvent également mettre une certaine pression sur le juge, instaurant un climat qui le pousserait à prendre des décisions partiales. Dans un tel contexte, la doctrine du *judicial self-restraint* (réserve ou neutralité judiciaire), qui est présentée aux États-Unis comme une solution à l'activisme du juge et donc à la « suprématie judiciaire »³⁸⁰, peut répondre à la menace ou au « spectre »³⁸¹ du « gouvernement des juges ».

Au vu de toutes ces considérations, nous comprenons donc que le juge est en quelque sorte « coincé » entre deux écueils. Jusqu'ici, nous avons toujours défendu que l'obstacle de la séparation des pouvoirs pouvait être contourné. Selon nous, le juge peut faire droit à la demande de Klimaatzaak. Cependant, le manque d'audace du juge et la peur des conséquences négatives de sa décision pourraient le pousser à ne pas y faire droit. En effet, le juge pourrait se rallier, par prudence, à une interprétation stricte de la séparation des pouvoirs et refuser d'accéder à la requête. La situation rend sa prise de décision compliquée et il ne voudrait pas

³⁷⁷ G. TIMSIT, *Gouverner ou juger*, Paris, P.U.F., 1995, p. 120.

³⁷⁸ M. TROPER, « Existe-il un concept de gouvernement des juges », *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21-63.

³⁷⁹ J. Habermas, *op.cit.*, p. 276 ; G. TIMSIT, *op.cit.*, p. 123 ; L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self-restraint* », *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 69-70.

³⁸⁰ D. FORTE, *The Supreme Court in American Politics: Judicial Activism v. Judicial Restraint*, Heath, Cleveland State University, 1972.

³⁸¹ G. TIMSIT, *op.cit.*, p. 1 : « la dénonciation du gouvernement des juges ressuscite un spectre ou poursuit un mythe. Car nul ne sait bien ce que recouvre l'expression » ; E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, spéc., 1998, p. 18.

rendre un jugement contre-productif. Le juge doit dès lors trouver une manière de juger qui ne soit « ni trop ni pas assez ». Marie Messiaen, en parlant d'une « certaine audace » dont le juge doit faire preuve, est d'avis que « le procédé qui consiste à braver les habitudes, en jouant avec la limite, sans jamais la franchir, illustre parfaitement les attentes que les justiciables devraient pouvoir placer dans le juge. Le magistrat audacieux est un « funambule du droit », qui doit veiller à maintenir l'équilibre précaire entre l'ordre établi, d'une part, et les aspirations, les attentes nouvelles d'une société en perpétuelle évolution. »³⁸²

Chapitre 3 : Quel serait un jugement idéal ?

Nous l'aurons compris, à travers le chapitre précédent, le juge reçoit une grande pression en raison des grandes attentes que les requérants ont placées en lui et se retrouve alors un peu piégé. D'un côté, s'il remplit les attentes démesurées des requérants, il tombera dans la critique du gouvernement des juges. D'un autre, il y a un risque de désaffection du politique s'il ne parvient pas à satisfaire les requérants par le peu d'utilité voire d'effectivité de son jugement, ce qui serait absolument contre-productif pour la démocratie.

Pour remédier à ce problème, il faudrait que le juge sorte des sentiers battus et ose proposer un jugement qui, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, se mette au service de la démocratie. Il pourrait, sans toutefois sortir du rôle qui lui est donné, poser un cadre permettant aux pouvoirs législatif et exécutif de prendre des mesures qui rempliraient les attentes des demandeurs. En aucun cas le juge ne pourra se prêter à un rôle de décideur, mais en posant un certain cadre, il pourra être un aiguilleur, un catalyseur de la démocratie. Il conviendrait que le juge, au-delà de simplement délivrer un jugement dans lequel il serait question d'enjoindre le législatif à des simples objectifs en termes de résultat, innove et encadre, sans violer la séparation des pouvoirs, la manière dont ces objectifs seront remplis.

En gardant en tête tous les éléments que nous avons abordés précédemment, quel serait alors le jugement idéal qui s'inscrirait dans une logique démocratique? Il faudrait que ce jugement soit, d'un côté, réellement efficace en termes de politique climatique et, de l'autre, qu'il ne soit pas adopté dans un excès du rôle du juge qui ne respecterait dès lors pas le principe de séparation des pouvoirs et qui mènerait à la critique du « gouvernement des juges ». Sans avoir la prétention de nous prendre pour le juge, nous explorons ici quelques pistes de réflexion qui pourraient équilibrer son action.

³⁸² M. Messiaen, *op.cit.*, p. 160.

Comme nous l'avons expliqué plus haut dans le second chapitre du Titre II, ce que demandent principalement les requérants, c'est que le juge reconnaisse la faute des pouvoirs publics. Cette dernière est fondée, en premier lieu, sur l'omission des autorités de mettre en œuvre les moyens nécessaires afin d'atteindre les engagements internationaux qui ont été pris et, en second lieu, sur la violation de certains droits de la Convention européenne des droits de l'homme. Les demandeurs réclament réparation. Dans son verdict, le juge pourrait alors se laisser aller à son imagination (tout en restant dans le cadre légal) et rendre un jugement innovant, en essayant de mettre un mécanisme en place qui soit porteur de la démocratie, dans une sorte d'*experimentalisme démocratique*. L'*experimentalisme démocratique* est un modèle de gouvernance, formalisé principalement par Michael C. Dorf et Charles F. Sabel³⁸³, qui modifie l'approche des modèles réglementaires habituels. Dans la théorie de l'*experimentalisme démocratique*, le juge doit garantir un processus de délibération démocratique, c'est-à-dire un processus en équité et dans le respect des opinions de chaque acteur³⁸⁴.

Le juge pourrait, par exemple, dans un premier temps, constater la responsabilité civile de l'Etat et des régions pour leur omission fautive et, dans un second temps, au lieu de simplement les rappeler à l'ordre, leur demander de venir se présenter devant lui tous les six mois jusqu'à ce que les objectifs internationaux soient atteints, ou amorcés. Ces six mois de réflexion devraient à chaque fois servir à ce qu'un débat prenne place, pas simplement en interne au sein des parlements, mais plutôt en essayant d'inclure toutes les parties prenantes du procès. Le juge, dans une telle optique, sert la démocratie en créant un cadre dans lequel un débat démocratique pourrait avoir lieu, entre les pouvoirs politiques et tous les *stakeholders*.

Le juge peut donc demander que les pouvoirs publics reviennent vers lui avec les éléments qui apporteraient la preuve qu'ils sont prêts à remplir leurs objectifs. Il pourrait, par exemple, demander un rapport interparlementaire afin de voir comment les différents parlements comptent s'organiser entre eux (nous savons bien que le système institutionnel belge est un vrai dédale et que s'arranger au niveau des compétences est toujours extrêmement compliqué). Le juge pourrait également demander qu'un débat ait lieu entre toutes les parties prenantes et les parlementaires afin que ceux-ci tentent, ensemble, de trouver des solutions claires et efficaces pour le climat. Des experts pourraient alors également participer au débat. Nous voyons bien que tout ce que ferait le juge serait de poser un cadre dans lequel les acteurs de ces changements

³⁸³ M.C. DORF et C.F. SABEL, *A constitution of Democratic Experimentalism*, Columbia, Columbia Law Review, 1998.

³⁸⁴ J.-Y. LAGASSE DE LOCHT, « L'*experimentalisme démocratique* et la régulation de l'eau en région wallonne », *R.D.U.S.*, 2011/41, p. 100.

œuvreraient de la manière la plus efficace et la plus « pro-démocratique » possible. Le juge ne ferait qu'initier le débat, sans y participer concrètement.

Il peut également être intéressant pour le juge de s'inspirer d'autres jugements dans lesquels l'expérimentalisme démocratique a été utilisée. Ainsi, en Belgique, il existe certains domaines où ce modèle de gouvernance est prôné, comme par exemple dans le domaine des évolutions au sein du régime institutionnel, plus particulièrement dans le domaine de la gestion de l'eau, en région wallonne³⁸⁵.

A l'étranger, le jugement de l'affaire Urgenda dont Klimaatzaak s'inspire fortement, est une décision révolutionnaire en ce qu'elle est la première affaire climat à avoir abouti. Elle est en effet créatrice d'une justice climatique nouvelle. Il est très probable que dans 20 ou 30 ans, ce jugement apparaisse comme l'une des décisions les plus importantes et déterminantes du début du XXI^e siècle. Toutefois, le jugement prononcé dans Urgenda est très « minimaliste ». Le juge se contente simplement de reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics en leur demandant de prendre les mesures nécessaires afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre dans le pays d'au moins 25 % d'ici à 2020 par rapport à 1990. Nous n'y voyons aucune trace d'expérimentalisme démocratique qui mettrait en place un système pour encadrer les pouvoirs publics dans leur manière de faire, mais simplement un rappel à l'ordre afin que ces derniers remplissent les objectifs qu'ils s'étaient engagés à remplir. Il y a alors lieu de se demander si ce jugement aura un réel impact pour l'avenir. Le juge belge pourrait, nous pensons, être plus qu'un simple « suiveur » et devenir également un innovateur dans le domaine de la justice climatique si, en plus de s'inspirer de l'affaire néerlandaise, il prononçait un jugement « expérimental » qui serait bien reçu et appliqué. S'il arrive à prononcer un tel jugement, celui-ci sera d'ailleurs sans doute beaucoup plus efficace en termes d'actions réellement mises en œuvre.

En Irlande, le récent jugement de la Cour suprême paraît plus ancré dans cette nouvelle optique d'expérimentalisme démocratique qui pourrait bien commencer à se développer dans le cadre des différentes affaires climatiques. La Cour Suprême irlandaise a annulé le plan irlandais de lutte contre le réchauffement climatique, le 31 juillet 2020, car elle a jugé ce dernier imprécis. La juridiction considère que le public a le droit de savoir comment l'exécutif compte s'y prendre pour remplir les objectifs fixés par le législatif³⁸⁶ ce qui n'est pas détaillé dans le plan présenté. Le juge demande alors à l'exécutif de lui donner plus d'informations sur les mesures

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ L'Etat s'était engagé à réduire de 80% ses émissions de CO2 d'ici à 2050

qu'il compte prendre pour remplir ses objectifs. Il y a une certaine collaboration, une place pour la discussion.

Pour terminer, il faut également noter que, lorsque le juge tentera de rendre un jugement le plus expérimentaliste possible, comme nous venons de le décrire, il devra aussi faire attention aux éventuels effets juridiques, sociaux, économiques et politiques de sa décision et analyser s'il y a un risque que celle-ci ne soit, au bout du compte, pas appliquée. Il serait donc intelligent que le juge adopte une approche conséquentialiste quand il tentera de poser le cadre dans lequel le législatif et l'exécutif devront agir, afin que ce cadre soit réaliste et réalisable. Tout en étant imaginatif et novateur, le juge doit rester réaliste afin de ne pas nourrir de faux espoirs chez les partisans de l'Affaire Climat.

CONCLUSION

A travers ce mémoire, nous avons pu nous pencher sur l'enjeu important que le principe de la séparation des pouvoirs représente dans les affaires climat. Nous avons ressenti à quel point il peut être frustrant de rencontrer un tel obstacle de procédure dans une cause qui est chère à de nombreux citoyens. Cependant, nous pensons et nous osons croire que cet obstacle n'est pas insurmontable.

Nous avons constaté qu'il était possible de revoir l'utilisation de ce principe à valeur constitutionnelle en lui accordant une approche plus contextualisée. Le principe de séparation des pouvoirs, que l'on doit à Montesquieu accordait autrefois une grande importance à la lutte contre l'arbitraire. Pour servir ce but, il faut éviter une confusion de tous les pouvoirs en une seule main. Cela n'implique pas pour autant une stricte séparation. Les collaborations entre les pouvoirs ne sont pas exclues.

Pourtant, les écrits de Montesquieu furent souvent déformés au cours des siècles et nous avons assisté à une réelle compartimentalisation des pouvoirs. Nous avons pu observer un déclin du pouvoir judiciaire, muselé dans un rôle de « bouche de la loi » et une importance grandissante d'un pouvoir législatif intouchable sous prétexte qu'il est le fruit des choix du peuple. Si le but principal de la séparation des pouvoirs était, à l'origine, d'éviter la confusion, cela n'a jamais exclu, pour autant, certaines incursions. Certes, si la séparation se devait d'être stricte pour éviter l'arbitraire d'un contexte de monarchie absolue, aujourd'hui dans une démocratie, le principe se voit également confier d'autres missions. La lutte contre l'arbitraire, bien que toujours importante, n'est plus tant évoquée. Cela laisse place à d'autres objectifs comme la garantie des libertés et de l'autodétermination collective.

Le pouvoir judiciaire, malgré quelques incursions possibles, est souvent limité par la séparation des pouvoirs. Le pouvoir judiciaire peut, certes, exercer un certain contrôle des autres pouvoirs, mais cette possibilité n'est pas illimitée. Le juge ne peut en effet se substituer aux autres pouvoirs en empiétant sur leur compétence discrétionnaire. Nous ne nions pas qu'il est nécessaire de limiter le pouvoir judiciaire, afin de servir la finalité de lutte contre l'arbitraire notamment. Cependant, nous déplorons qu'aujourd'hui, certains prônent encore une interprétation stricte de la séparation des pouvoirs qui, finalement, va à l'encontre de ses buts originaux. Nous constatons que cette tendance à la stricte séparation, dont témoignent les arguments des défenseurs dans les affaires climat, empêche finalement le principe d'atteindre son but, à savoir la protection des libertés.

Nous pourrions substituer à l'interprétation stricte du principe, une interprétation plus souple.

Le pouvoir judiciaire ne devrait pas être relégué au rôle de « bouche de la loi » mais le juge devrait se voir confier un rôle plus dynamique. Le juge pourrait, nous le pensons, être un outil de la démocratie. Nous avons déjà assisté à des assouplissements du principe et à une évolution du rôle du juge. Celui-ci peut aujourd'hui reconnaître la responsabilité des pouvoirs publics sans que la séparation des pouvoirs puisse être invoquée, par exemple. Le pouvoir législatif est, depuis 2006, un peu redescendu de son piédestal et le juge peut aujourd'hui le condamner à réparer les dommages causés par sa faute. Nous pourrions faire un pas de plus et confier au juge un rôle encore plus important de protection du processus démocratique. Le pouvoir judiciaire, au même titre que les deux autres pouvoirs, devrait d'une certaine façon pouvoir servir notre démocratie moderne. Dans cette interprétation assouplie, le juge pourrait alors faire droit à la demande. Il pourrait exercer une impulsion, un rappel à l'ordre pour que le processus démocratique soit rééquilibré. Une telle approche consacrerait une plus grande participation citoyenne dans le processus démocratique. La démocratie, nous en sommes convaincus, ne passe pas seulement par les élections.

Le juge, poussé par les affaires similaires, pourrait alors se montrer audacieux et interpréter la séparation des pouvoirs avec souplesse et dynamisme afin de jouer pleinement son rôle de protecteur des citoyens. Cependant, si nous pensons, qu'en droit, il est possible de faire droit à la demande de Klimaatzaak sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, des raisons poussent tout de même le juge à être frileux. Le juge guidé par sa prudence, peut se montrer hésitant face à une telle demande. Au regard des conséquences négatives que pourrait avoir une issue favorable du procès, le juge est en droit de se demander s'il ne serait pas contre-productif d'accéder à la demande. En effet, en raison des attentes démesurées des demandeurs, aussi bien une décision en leur faveur qu'en leur défaveur risque de les décevoir. Le juge ne voudrait pas discréditer sa fonction aux yeux du peuple et, même si nous avons envie de croire en une issue du procès en faveur de Klimaatzaak, sa prudence est compréhensible.

Enfin, il est bon de préciser qu'il est courant, lors de travaux sur le contentieux stratégique comme celui-ci, de soutenir à tout prix que le juge soit innovant et réponde aux attentes qui correspondent à nos valeurs. Au cours de ce travail, nous avons le plus souvent orienté nos propos dans un sens qui pousserait le juge à faire droit à la demande des requérants. Il est difficile de cacher que nous sommes de l'avis, grandement partagé, qu'il faut agir pour éviter le réchauffement climatique menaçant. La victoire de Klimaatzaak serait une belle victoire ! Seulement, il ne faut pas perdre de vue que nous pourrions nous retrouver dans une situation inverse dans laquelle la cause défendue devant le juge ne serait absolument pas en accord avec les valeurs que nous défendons. Dans un tel cas, nous aurions alors plutôt envie que le juge

fasse usage de principes tel que la séparation des pouvoirs pour débouter les demandeurs. Souvent le juge est un « outil » qui sert la stratégie correspondant à nos valeurs mais il peut aussi, lorsqu'il sert d'autres causes, être un outil à double tranchant. Nombreuses pourraient être les affaires où des associations intégristes (dont, de manière totalement subjective, nous pourrions ne pas partager les valeurs) demandent au juge, au nom de principes supérieurs, d'annuler des décisions que le Parlement aurait prises sur des questions éthiques controversées telles que l'avortement, l'euthanasie, etc... Des recours aux juges d'entreprise ont également lieu afin de contester des lois et ce, au profit de multinationales. Dans de tels cas, nous serions peut-être heureux que le juge utilise l'argument de la séparation des pouvoirs comme un rempart, et qu'il ne bénéficie dès lors pas d'une trop grande marge de manœuvre. Il est alors important de placer le curseur au bon endroit et de continuer à considérer et à respecter le principe de la séparation des pouvoirs tout en l'interprétant en accord avec le contexte démocratique. Nous l'avions annoncé, notre but n'était pas de remettre en question l'existence du principe de séparation mais de questionner l'interprétation, parfois trop stricte, qui en est faite.

BIBLIOGRAPHIE

I. LEGISLATION

1) Internationale

Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée à Aarhus le 25 juin 1998, approuvée par la loi du 17 décembre 2002, *M.B.*, 24 avril 2003, éd. 3, p. 22128.

Accord de Paris sur le climat, signé à New York le 22 avril 2016.

Conv. E.D.H, art. 2, 8 et 13.

2) Belge

Const., art. 33, 36, 37, 40, 144, 145 et 167 .

C. jud., art. 6.

C. civ., art 1382.

II. JURISPRUDENCE

1) Nationale

C.C., 19 juillet 2018, n°106/2018, B.7.

Cass., 9 février 2017, *Pas.*, 2017, p. 249.

Cass., 11 septembre 2015, R.G. n°14.0365.F, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 24 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2015/40, p. 1884.

Cass., 11 juin 2013, R.G. n°P.12.1389.N/1, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 8 mars 2013, *Pas.*, 2013, p. 601.

Cass., 3 juin 2010, *Pas.*, 2010, p. 1714.

Cass 19 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 892.

Cass., 26 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 289.

Cass., 18 décembre 2008, R.G. n°C.05.0238.F, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 27 juin 2008., *R.C.J.B.*, 2010/2, p. 183.

Cass., 3 janvier 2008, R.G. n°C.06.0322.N, disponible sur www.juridat.be.

Cass 21 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2491.

Cass., 1 octobre 2007, R.G. n°C.06.0682.N, disponible sur www.juridat.be.

Cass. (1^{re} ch.), 27 octobre 2006, R.G. n° C.03.0584.N., disponible sur www.juridat.be.

Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

Cass., 1^{er} juin 2006, R.G. n°C.05.0494.N, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 16 janvier 2006, *J.T.*, 2006, p. 391.

Cass., 24 novembre 2005, *Pas.*, I, n° 626.

Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374.

Cass., 27 mars 2003, R.G. n°C.02.0293.F, disponible sur www.juridat.be.

Cass. (1^{ère} ch.), 31 mai 2001, *Lar. Cass.*, 2001/7, p. 220.

Cass. (1^{re} ch.), 29 juin 2000, *Bull.*, 2000, n° 420.

Cass., 25 avril 1996, R.G. n°C.94.0013.N, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 17 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 316.

Cass., 14 janvier 1994, R.G. n°C.93.0255.N, disponible sur www.juridat.be.

Cass., 27 novembre 1992, *Pas.*, 1992, p. 1315.

Cass., 19 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42.

Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 59.

Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983/2, p.173.

Cass., 18 décembre 1974, *Pas.*, 1975, p. 425.

Cass., 23 avril 1971, *J.T.*, 1972, p. 690.

Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

C. Trav. Mons (8^e ch.), 25 mai 2016, *Sem. soc.*, 2017/28.

Mons (2^e ch.), 20 septembre 2016, *J.T.*, 2018, p. 961.

Bruxelles (9^e ch.), 22 mai 2014, *D.A.O.R.*, 2015/2, p. 66.

Civ. fr. Bruxelles, 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020/14, p.631.

Civ. fr. Bruxelles (réf), 5 avril 2019, *J.T.*, 2019, p. 473.

Civ. fr. Bruxelles, 9 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019/9, p. 414.

Civ. Liège, 9 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2018/40, p. 1917.

Civ. Bruxelles, 4 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/27, p. 1299.

Civ. Liège, 29 novembre 2005, *R.D.E.*, 2006, p. 540.

J.P. Fléron, 28 mai 2015, *J.J.P.*, 2017, n°3-4, p. 99-105.

Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1731.

Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 28 septembre 2006, *J.T.*, 2006, p. 599.

Av. gén. J.-F. LECLERCQ, concl. préc. Cass., 10 juin 1996, *R.C.J.B.*, 1997, p. 44y.

Conclusions principales de l'ASBL Klimaatzaak devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A.

Conclusions de la région de Bruxelles-Capitale devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A.

Conclusions de la région flamande devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A.

Conclusions de la région wallonne devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A.

Conclusions de l'Etat belge devant le Tribunal de Première instance francophone de Bruxelles, R.G. 15/4585/A.

2) Etrangère

Trib. La Haye, 24 juin 2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396, *T.M.R.*, 2015.

III. DOCTRINE

1) Ouvrages

ACKERMAN, B., « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, vol. 113, n°3, 2000, p. 633-729.

ALEN, A., « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, p. 221.

ANDERSEN, R., *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 10.

BATSELE, D., MORTIER, T. et SCARCEZ, M., *Initiation au droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 209.

BELLAMY, R., *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

BERHENDT, C. et BOUHON, F., *Introduction à la Théorie générale de l'État– Manuel*, Bruxelles,

Larcier, 2014, p. 134 et 148-189.

BLERO, B., « L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire », *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 202, 203, 208 et s.

CATALDO, A. et GEORGE, F., *Actualités du contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2020, p. 163-164, 186-187 et 204.

CICHOWSKI, R. A., *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

COMMAILLE, J., *À quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, 2015.

CROUCH, C., *Post-Democracy*, Cambridge, Polity Press, 2004.

DE LEVAL, G. et GEORGES, F., *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 147 et 148.

DELFORGE, C., DELBRASSINNE, C., LELEUX, A., MORTIER, S., VAN ZUYLEN, J., VANDENHOUTEN, L., DEFOSSE, M., LARIELLE, S. et VANDENBERGHE, N., « Chronique de jurisprudence (2015 à 2016) - La responsabilité aquilienne (articles 1382 et 1383 du Code civil) », *R.C.J.B.*, 2019/4, p. 469.

DELPEREE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 14 et 15.

DORF, M.C. et SABEL, C.F., *A constitution of Democratic Experimentalism*, Columbia, Columbia Law Review, 1998.

DURVIAUX, A.-L., *Principes de droit administratif - Tome 1 – L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 477 à 508.

DWORKIN, R., *Freedom's law*, Harvard, Harvard University Press, 1996.

EISENMANN, C., *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et des idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 590 et 593.

FORTE, D., *The Supreme Court in American Politics: Judicial Activism v. Judicial Restraint*, Heath, Cleveland State University, 1972.

GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Éd. Odile Jacob, 1995.

GOFFAUX, B., *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 11.

GRANDJEAN, G., *Pouvoir politique et audace des juges. Approche européenne et comparée*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 87, 102 et 269.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.

HACHEZ, I., *Le régime juridique de l'obligation de standstill*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 273.

HART ELY, J., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

- HOREL, S., *Lobbytisme*, Paris, La Découverte, 2018, p. 306.
- HUGLO, C., *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 175.
- ISRAËL, L., *L'arme du droit*, Paris, Presses de Science-po, 2009.
- KELEMAN, R. D., *Eurolegalism*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2011.
- LAMBERT DE ROUVROIT, M. et COPPEE, T., *La distinction entre droit public et droit privé*, Limal, Anthémis, 2019, p. 307-312 et 316-319.
- LASSER, M., *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- LEJEUNE, Y., *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2014, p. 334 et 340-348.
- LOCKE, J., *Second Traité du gouvernement civil*, 1690, chapitre XII.
- LOCKE, J., *Two Treatises on Government*, 1690, Paris, Vrin, 1997.
- MESSIAEN, M., *À qui profite le droit ? Le droit, bien commun*, Limal, Anthémis, 2020, p. 160 à 173.
- MOLLÈRS, C., *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015, p. 40, 44, 51-109 et 145-146.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.
- MULLER, F., *La Cour de cassation belge à l'aune des rapports entre pouvoirs. De sa naissance dans le modèle classique de la séparation des pouvoirs à l'aube d'une extension de la fonction juridictionnelle*, Brugge, La Charte, 2011, p. 3 et 38.
- NEAL TATE, C. et VALLINDER, T., *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1999.
- OST, F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 522-555.
- PÂQUES, M., *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 89-92, 123-132 et 178-198.
- PONTHOREAU, M.-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2011, p. 181.
- POPELIER, P. et LEMMENS, K., *The Constitution of Belgium, A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, Hart, 2015, p. 58 et s.
- ROUSSEAU, D., *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2017.
- ROUSSEAU, J.-J., *Du contrat social*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, livre III, chap. iv. 1762.

SCHEINGOLD, S., *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy and Political Change*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2e éd., 2004.

SHACKLETON, R., *Montesquieu. A Critical Biography*, London, Oxford University Press, 1961, p. 277.

SHAPIRO, M. et STONE SWEET, A., *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

SHKLAR, J., *Montesquieu*, Oxford University Press, 1987, p. 700.

THORNHILL, C., *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

TIMSIT, G., *Gouverner ou juger*, Paris, P.U.F., 1995, p. 120.

TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie générale de jurisprudence, 2015, p. 714.

UYTTENDAELE, M., *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 64.

VANDE LANOTTE, J., et GOEDERTIER, G., *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 185-212.

VAN OMMELSLAGHE, P., *Traité de droit civil belge – Tome II: Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

VELU, J., *Droit public*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 294.

2) Contributions

BLERO, B., « Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif: les nuances d'une double équation » *Actualité en droit public*, M. Leroy (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 43 à 113.

BORN, C.-H., « L'accès à la justice en matière d'environnement en Belgique : la révolution d'Aarhus enfin en marche », *Droits fondamentaux et environnement*, A. Braën (dir.), Actes du colloque « Regards croisés sur les rapports entre les droits fondamentaux et l'environnement: Perspectives de la Belgique, du Canada et de la France », tenu à la Section de droit civil de l'Université d'Ottawa, le 25 janvier 2013, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 335.

BURGORGUE-LARSEN, L., « Populisme et droits de l'homme. Du désenchantement à la riposte démocratique », *Refonder les droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, E. Bubout et S. Touzé (dir.), La Sorbone, Pedone, 2019, p. 229.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, V. Champeil-Desplats et D. Lochak (dir.), Paris, Presses de Paris X, 2008, p. 11 à 26.

CLARENNE, J. et ROMAINVILLE, C., « La légalité face à l'autonomie des assemblées parlementaires et des gouvernements », *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 423 à 476.

DELMAS-MARTY, M., « Mondialisation et montée en puissance des juges », *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 95 à 115.

DELVA, J., « Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 107.

ENGLEBERT, J., « Introduction », *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, M. Cadelli et J. Englebert (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 9 à 12.

FRANÇOIS, L. et THIRION, N., « Les juges dans la politique », *Les juges : décideurs politiques ?*, G. Grandjean et J. Wildermeersch (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 53 à 78.

HACHEZ, I., « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 173 à 186.

HACHEZ, I., « Morceaux choisis sur l'applicabilité directe de la Convention européenne des droits de l'homme », *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, S. van Drooghenbroeck (dir.) Bruxelles, Larcier, 2014, p. 207 à 237.

MAC CORMICK, N., « The motivation of judgment in the common law », *La motivation des décisions de justice*, C. perelman et P. Foriers (dir.), Bruylant, 1878, p. 180.

MARTENS, P., « Les juges, ennemis du peuple ? » et M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle dans l'espace politique : tiers pouvoir et contre-pouvoir », *Gouvernement des juges. Une accusation, une vertu et une analyse critique*, Actes du colloque par l'ASM à l'ULB le 10 octobre 2019.

MARTENS, P., « Le temps de la distance, de l'allégeance et du respect », *Les juges : décideurs politiques ?*, G. Grandjean et J. Wildermeersch (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 9 à 15.

MISONNE, D., « Renforcer l'ambition climatique de l'État global dans un régime fédéral ? "Klimaatzaak" : la Belgique a aussi son affaire climat », *Les procès climatiques : entre le national et l'international*, C. Cournil (dir.), Paris, Pedone, 2018, p. 149.

OST, F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, F. Ost, P. Gérard et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1 à 70.

OST, F., « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *Le rôle du juge dans la cité*, Actes du colloque du 12 octobre 2001, organisé par l'Institut d'études sur la justice, en collaboration avec le Centre de droit judiciaire de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 15 à 45.

PECH, L., « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* », *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 69-70.

RAHE, P.A., « Forms of Government: Structure, Principle, Object, and Aim », *Montesquieu's*

Science of Politics. Essays on The spirit of Laws, D.W. Carrithers, M.A. Mosher et P.A. Rahe (dir.), Oxford, Rowman and Littlefield, 2002, p. 69 à 108.

RENDERS, D., « L'intérêt collectif commande-t-il de légiférer davantage pour améliorer la protection juridictionnelle de l'administré ? » *D'urbanisme et d'environnement – Liber Amicorum Francis Haumont*, C.-H. Born et F. Jongen (dir.) Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1067-1080.

TROPER, M., « Existe-il un concept de gouvernement des juges », *Gouvernement des juges et démocratie*, S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21-63.

VAN DROOGHENBROECK, S., « En guise de Conclusion – Le juge, sujet gouvernant ou objet gouverné ? », *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, M. Cadelli et J. Englebert (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 209 à 224.

VAN DROOGHENBROECK, S., « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », *La responsabilité des pouvoirs publics – XXII journées d'études juridiques Jean Dabin*, D. Renders, (dir.), Bruylant, 2016, p. 331 à 394.

VAN GEHUCHTEN, P.-P. et VERHOUSTRAETEN, A., « Le contentieux objectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire », *La distinction entre droit public et droit privé*, P.-O. de Broux, B. Lombaert, T. Léonard et J. Van Meerbeeck (dir.), Limal, Anthemis, 2019, p. 407 à 410.

VAN OMMESLAGHE, P., « La responsabilité des pouvoirs publics et, en particulier du pouvoir exécutif : bilan en 2014 », *Actualités en droit public et administratif*, J. Sautois et F. Tulkens (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 7 à 38.

VAN OMMESLAGHE, P., « La responsabilité des pouvoirs publics pour la fonction juridictionnelle et la fonction législative », *Actualité en droit de la responsabilité*, P. Van Ommeslaghe (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 108 à 143.

3) Articles de revues

AUVRAY, F., « La violation d'un traité est-elle une faute? Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'Etat », *J.T.*, 2019/2, p. 21 à 28.

BEAUD, O., « Le conseil constitutionnel et le traitement du président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus politicum*, n°9, 2013, p. 1 à 42.

BOMBOIS, T., « Conditions et limites du pouvoir judiciaire face à l'autorité publique : vol au-dessus d'un nid de vipères ? », *C.D.P.K.*, 2005, p. 24 à 49.

CARRITHERS, D.W., « Montesquieu, Jefferson, and the Fundamentals of Republican Theory », *The French American Review*, 1982, p. 160 à 188.

COMMAILLE, J. et DUMOULIN, L., « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la "judiciarisation" », *L'Année Sociologique*, 2009, vol. 59, n°1, p. 63 à 107.

COURNIL, C., « Les convergences des actions climatiques contre l'État. Étude comparée du contentieux national », *Rev. jur. environ.*, n° spécial., hal-02266603, 2017, p. 253-254.

- DE BOE, C., « Vers une action d'intérêt collectif devant les juridictions de l'ordre judiciaire ? », *A.P.T.*, 2014/3, p. 383 à 391.
- DE CODT, J., « L'exercice des fonctions régaliennes en Belgique », *Ann. dr.*, vol. 78, 2018, p. 3 à 8.
- DELPEREE, F., « La prévention et la réparation des dommages causés par l'administration », note sous Cass., 26 juin 1980, *R.C.J.B.*, 1983/2, p. 177 à 198.
- DE SADELEER, N., « Intensité du contrôle juridictionnel assuré par les juridictions nationales concernant l'évaluation de la qualité de l'air – Commentaire de l'arrêt Craeynest », *R.E.D.C.*, 2020, p. 345 à 351.
- DE SAINT MOULIN, E., « L'engagement unilatéral de volonté à la rescousse des victimes du Softenon. Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 22 février 2018 », *A.P.T.*, 2019/4, p. 418 à 453.
- DE SCHUTTER, O., « Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative », note sous Cass., 19 septembre 1996, *R.C.B.J.*, 1997, p. 123.
- DE SCHUTTER, O., « Changements climatiques et droits humains : l'affaire « Urgenda » », *Rev. Trim. Dr. h.*, 2020/123, p. 604-605.
- DONNAY, L. et PAQUES, M., « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », *C.D.P.K.*, 2007/1, p. 73 à 93.
- DUBOIS, C. et BOMBOIS, T., « "La chenille et le référé". Quelques observations sur le contrôle de la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004/4, p. 296 à 323.
- FELDMAN, J.-P., « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 83, no. 3, 2010, p. 483 à 496.
- FOURREZ, A., « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté comme source autonome d'obligation », *Les Pages n°41*, 2018, p. 1.
- GANDOLFI DALLARI, S., « Démocratie participative : le rôle du pouvoir judiciaire », *Rev. dr. h.*, 2013/3, p. 7 et 8.
- HACHEZ, I., « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : focus sur la notion polysémique d'effet direct », *Rev. dr. h.*, 2015, p. 1 à 23.
- HAUZEUR, T., « Les nuisances sonores générées par l'aéroport de Bruxelles-National: Chronique de jurisprudence », *Amén.*, 2008, p. 73 à 95.
- HICKEY, T., « The Republican Core of the Case for Judicial Review », *International Journal of Constitutional Law*, 2019, vol. 17, n°1, p. 288-316.
- JOASSART, M., « Le juge civil et la séparation des pouvoirs », note sous Bruxelles, 21 février 2014 et Bruxelles, 12 septembre 2014, *A.P.T.*, 2016, p. 429 à 447.
- KECK, T.M., « Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights

», *Law & Society Review*, 2009, Vol. 43, No. 1, p. 151-186.

LAGASSE DE LOCHT, J.-Y., « L'expérimentalisme démocratique et la régulation de l'eau en région wallonne », *R.D.U.S.*, 2011/41, p. 83 à 131.

MUYLLE, K., « L'intérêt fonctionnel d'un parlementaire et le (dés)équilibre des pouvoirs », obs. sous C.E., 20 novembre 2002, n° 112.734, *C.D.P.K.*, 2003, p. 493

OFFERLE, M., « Retour critique sur les répertoires de l'action collective (XVIIIe-XXIe siècles) », *Politix*, 2008, p. 81.

PEIFFER, Q., « La réparation en nature du dommage causé par une carence réglementaire », *J.L.M.B.*, 2014/22, p. 1059-1067 ; Cass., 28 septembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 1870.

PICARD, E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *A.J.D.A.*, spéc., 1998, p. 18.

PIMENTEL, C.-M., « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, 2002/3, p. 122 et 128.

RAVARANI, G., « Quelques réflexions sur la légitimité du juge de Strasbourg », *Rev. trim. dr. h.*, 2019, p. 261 à 296.

RENDERS, D., « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », note sous Cass., 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015/10, p. 571 à 579.

SCHOUKENS, H. et SOETE, A., « Climate change litigation against states after 'urgenda': the times they are a-changing ? » *Amén.*, 2018/4, p. 148 à 182.

TABAU, A.-S. et COUNIL, C., « Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas », *Rev. jur. environ.*, 2015/4, p. 672 à 693.

TORRE-SCHAUB, M., « L'affirmation d'une justice climatique au prétoire (quelques propos sur le jugement de la cour du district de La Haye du 24 juin 2015) », *Revue québécoise de droit international*, 2016, p. 161 à 183.

TOUZEIL-DIVINA, M., « Printemps & révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, vol. 143, no. 4, 2012, p. 29 à 45.

VANDERBECK, R., « Tribunal de La Haye, 24 juin 2015, C/09/ 456689 / HA ZA 13-1396, Urgenda Foundation et al. c. État néerlandais », *Amén.*, 2016/4, p. 256.

VAN DER MEERSCH, G., « À propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, p. 423 à 426.

VERHOEVEN, J., « Privation de rémunération et 'traitement dégradant' », *R.C.J.B.*, 1993, p. 623 à 637.

WALDRON, J., « The Core of the Case against Judicial Review », *Yale Law Journal*, 2006, vol. 115, p. 1346-1406.

WERY, P., « L'engagement par manifestation de volonté unilatérale », *J.T.*, 2018, p. 577 à 579.

4) Divers

AMORY, G. et JONGEN, M., *La séparation des pouvoirs dans l'affaire climat*, travail relu, corrigé et complété par Céline Romainville et Matthias Petel, 2019.

BOËNE, B., « Le populisme contemporain en Occident : une autre lecture », disponible sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/>, 8 février 2019, p. 30.

CATTEAU, F., *Le droit à la protection d'un environnement sain devant le juge*, sous la direction de M. Verdussen, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2017, p. 14, 34 et 35.

CHARBONNEAU, J.-P., « De la démocratie sans le peuple à la démocratie avec le peuple », *Éthique publique*, vol. 7, 2005/1, disponible sur <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/1969/>.

COSTA, J.-P., « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Compte rendu du brainstorming du lundi 23 mai 2016*, Assemblée nationale, Commission des affaires européennes, Paris, p. 19.

MISONNE, D., « Klimaatzaak. La Belgique a son affaire climat », *Justice climatique, contentieux nationaux et société civile*, communication à un colloque, EHESS, Paris, disponible sur <http://hdl.handle.net/2078/185777>, 2017

MISONNE, D., EL BERHOUMI, M., TRIAILLE et M., NENNEN, C., « Climat, Constitution et répartition des compétences », *Rapport du premier séminaire académique du 23 avril 2018*, p. 7, disponible sur <https://cedre.hypotheses.org/324>.

LEFEBVE, V. « Urgence climatique, quel rôle pour les juges et la justice ? », *Les @analyses du CRISP en ligne*, 21 décembre 2019, disponible sur www.crisp.be.

PETEL, M. et ROMAINVILLE, C., « La judiciarisation et l'humanisation de la lutte climatique posent-elles un problème de séparation des pouvoirs ? », *Forum francophone*, juin 2019.

RINGELHEIM, J. et VAN DER PLANCKE, V., « Contentieux stratégique et mobilisations judiciaires. L'action en justice comme forme de participation politique ? », *Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences, Working paper*, UCLouvain, 2020.

TORRE-SCHAUB, M., « 'Affaire du siècle' et autres procès climat : que peut vraiment le juge ? », *The Conversation*, disponible sur <https://theconversation.com/fr>.

VANDAELE, A. et CLAES, E., « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme », *Institut de droit international - Working paper n°15*, 2001, p. 10-11.

Le site de l'Affaire Climat, <https://affaire-climat.be/>

