

La Responsabilité pécuniaire de l'Administration, d'après la jurisprudence belge.

Maurice Bourquin, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Bruxelles, Professeur à l'Académie de Droit International de La Haye, Associé de l'Institut de Droit International.

La soumission de l'Etat au Droit est, sans aucun doute, une des idées fondamentales dont s'inspire le droit public moderne, une des sources les plus fécondes de son renouvellement. Sous l'action croissante de ce postulat, les notions traditionnelles qui paraissaient les mieux assises fléchissent, se désagrègent et font place à des notions neuves, dont la puissance de rayonnement se décèle peu à peu.

Le mouvement est général. Il gagne progressivement toutes les sphères de l'activité étatique. Certaines d'entre elles cependant lui résistent encore plus énergiquement que d'autres. C'est incontestablement dans le domaine de l'activité administrative que le rajeunissement s'accuse avec le plus d'ampleur et le plus de netteté. C'est là que le concept de la Puissance Publique subit, sous nos yeux, les plus profondes transformations. L'importance du changement qui s'opère s'affirme par des signes multiples. Aucun n'est peut être plus démonstratif que l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence devant le problème capital de la responsabilité de l'Administration.

Il suffit de songer, par exemple, à la jurisprudence du Conseil d'Etat de France, aux conceptions si ingénieuses et parfois si hardies dont ses récents arrêts portent la marque, pour prendre conscience de l'évolution qui se dessine en cette matière et de l'influence qu'elle doit logiquement exercer sur la théorie générale de l'Etat.

La jurisprudence belge est indiscutablement moins avancée. Nous n'avons pas, en Belgique, de juridiction administrative analogue au Conseil d'Etat. Les contestations relatives à la responsabilité pécuniaire de l'administration y relèvent exclusivement de la compétence du pouvoir judiciaire, et il ne paraît guère douteux que cette circonstance explique, dans une notable mesure, certaines hésitations et certaines timidités. La séparation des pouvoirs est un obstacle qui paralyse nos tribunaux dans leur censure des actes administratifs. Quelque libre-

ment qu'on l'interprète, elle ne peut manquer d'agir comme un frein. En fait, si notre jurisprudence s'est laissé considérablement devancer par d'autres, c'est là qu'il convient d'en chercher la cause essentielle.

Cette jurisprudence cependant vient de franchir une étape importante. A la suite d'un arrêt rendu le 5 novembre 1920 par la Cour de Cassation ¹⁾, elle a répudié certains éléments de sa doctrine antérieure et accueilli une conception sensiblement plus large de sa compétence en matière de responsabilité administrative. Le moment paraît donc venu de la soumettre à un examen d'ensemble et d'éclairer ainsi la portée de ses récentes innovations.

* * *

L'attitude des tribunaux belges à l'égard de l'administration a toujours été fortement influencée — je le rappelais il y a un instant — par la conception qu'ils se sont faite de la séparation des pouvoirs. Il importe donc, au seuil de cette étude, de rechercher l'origine de cette conception.

Vingt ans de régime français, quinze ans de régime hollandais ont précédé la conquête de notre indépendance. Depuis le décret du 9 vendémiaire au IV (1er octobre 1795) jusqu'à la constitution du Royaume des Pays-Bas, érigé sur les ruines de l'Empire napoléonien, la Belgique a subi l'étreinte du droit public français. Les lois et décrets de la période révolutionnaire et impériale ont reçu chez elle leur application. C'est un fait qu'il ne faut pas oublier, car il a laissé des traces profondes dans l'esprit des jurisconsultes belges, tout spécialement au point de vue qui nous intéresse ici.

Or, la révolution française s'était fait une idée très rigide de la séparation des pouvoirs, une idée nettement inspirée par un sentiment de méfiance à l'égard du pouvoir judiciaire. Hantée par le souvenir des anciens parlements et de leurs tentatives d'empiètements sur les attributions de l'Exécutif, elle s'était efforcée de réagir et de circonscrire, par un ensemble de dispositions prohibitives, l'action des nouveaux tribunaux.

»Les fonctions judiciaires, portait la loi des 16—24 août 1790 (art. 13), sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture, *troubler de quelque manière que ce soit*, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.«

La constitution des 3—14 septembre 1791 défendait aux tribunaux

¹⁾ Ville de Bruges contre Société »La Flandria« — Pasirisie 1920, I, 193.

d'entreprendre sur les fonctions administratives ou de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions».

La loi du 16 fructidor au III allait encore plus loin: *»Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient aux peines de droit«*.

Il ne s'agit plus simplement ici d'une interdiction de troubler l'activité de l'administration, mais de connaître de tous ses actes généralement quelconques. La formule est plus précise et plus vaste à la fois. Les tribunaux ne peuvent ni discuter la valeur des actes administratifs, ni même les interpréter quand un doute surgit relativement à leur signification.

Enfin, pour couronner l'œuvre, la loi du 21 fructidor au III (art. 27) assurait à l'exécutif le droit de soustraire aux tribunaux les contestations qui, d'après lui, devaient échapper à leur compétence.

Ces textes suffisent pour éclairer les tendances du système. Les attributions du pouvoir judiciaire sont en somme réduites à la solution des contestations d'ordre privé, s'élevant entre deux ou plusieurs individus. Dès que l'administration est en cause, dès que le litige implique l'appréciation d'un acte administratif, les tribunaux doivent s'effacer. La séparation des pouvoirs les paralyse totalement.

La loi fondamentale du Royaume des Pays-Bas parut annoncer une extension assez considérable de la compétence judiciaire. Son article 165 disposait, en effet, que *»les contestations qui ont pour objet la propriété ou les droits qui en dérivent, des créances ou des droits civils, sont exclusivement du ressort des tribunaux«*, ce qui impliquait, dans une large mesure, l'abandon du principe de l'immunité administrative. Mais un revirement ne tarda guère à se produire. Le 5 octobre 1822, un arrêté royal rétablit la procédure des conflits. D'après cet arrêté, lorsqu'il était parvenu à la connaissance d'un Gouverneur de province que des administrateurs avaient été cités comme tels devant les tribunaux, ou que la légalité d'un acte administratif était judiciairement contestée, ce fonctionnaire devait signifier au juge saisi que l'administration intervenait dans la cause et que la connaissance lui en appartenait. Le ministre de la justice présentait un rapport sur le conflit et le Roi statuait par ordonnance. C'était abandonner au pouvoir exécutif le soin de limiter la compétence du judiciaire. En 1830, on en était presque revenu aux abus du régime français. L'administration, momentanément refrénée par les dispositions de la loi fondamentale, avait reconquis ses prérogatives.

Que le Congrès National, en élaborant la Constitution belge du 7 février 1831, ait entendu réagir contre cet état de choses, cela ne fait aucun doute. Le souci qui domine toute son œuvre est d'assurer une protection efficace aux droits individuels, de les mettre à l'abri des abus

de pouvoir et, à cette fin, d'étendre plus largement sur eux la sauvegarde du pouvoir judiciaire.

Cette préoccupation ne s'affirme pas seulement dans les travaux du Congrès National; elle s'atteste également dans les pétitions qui furent adressées, quelques jours avant la Révolution, au Gouvernement de La Haye, et dans les discours de l'époque dont la presse a relaté la substance.

Plusieurs articles de notre constitution en portent la marque évidente.

L'article 24 abolit la »garantie administrative« en disposant que »nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer les poursuites contre les fonctionnaires publics, pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres«.

L'article 78 prend soin de circonscrire nettement les attributions de l'Exécutif. »Le Roi«, dit-il, »n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même.«

Aux termes de l'article 92, »les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux« et, d'après l'article 93, celles qui ont pour objet des droits politiques sont également du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la Loi.

L'article 106 réserve à la Cour de Cassation le droit de prononcer sur les conflits d'attributions. Enfin, l'article 107 stipule que »les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois«.

La tendance dont s'inspirent ces différents textes éclate suffisamment pour qu'il soit superflu d'y insister d'avantage. Il est manifeste que les auteurs de notre pacte constitutionnel ont voulu rompre avec les pratiques anciennes, se dégager de la tradition française, et placer des droits de l'individu sous la protection d'un pouvoir judiciaire solidement armé.

Dans quelle mesure y sont-ils parvenus?

Les intentions les plus fermes risquent parfois de n'aboutir qu'à des réalisations incomplètes et mutilées. Il suffit, pour émousser leur vertu pratique, que les formules où elles s'inscrivent n'aient pas toute la précision nécessaire, qu'une fissure s'y révèle, par où les forces hostiles puissent faire irruption. Les traditions, les habitudes acquises reprennent alors vigueur et l'œuvre nouvelle se déforme sous la pression de ce remous.

Et c'est précisément ce qui est advenu.

Les magistrats et les juristes qui furent appelés à interpréter les dispositions de notre Constitution et à en assurer l'application aux litiges de la vie quotidienne, avaient été formés à l'école juridique française. Ils étaient imprégnés des enseignements de cette école. Inconsciemment parfois, ils en subissaient l'étreinte. Pour eux, la séparation

des pouvoirs se concevait a priori suivant le modèle français. Et sans doute devaient-ils bien se rendre compte que le Congrès National avait innové, que le Système français sortait de notre charte constitutionnelle sensiblement altéré; mais, d'instinct, ils se représentèrent ces innovations beaucoup moins comme le signe d'une refonte totale que comme des dérogations partielles et limitées à un principe dont ils portaient en eux l'image. Au lieu d'admettre que l'œuvre de 1821 consacrait une conception nouvelle de la séparation des pouvoirs, nettement étrangère à la conception française, le pli de leur formation juridique les amena, par une pente naturelle, à considérer que le système français restait debout, continuait à vivre dans sa lettre et dans son esprit, sauf sur les points précis où un texte formel attestait son abandon. Le moindre silence du constituant, la moindre hésitation possible sur la portée de ses formules, allaient de la sorte apparaître comme la consécration implicite de la tradition française.

Cette emprise de la doctrine française est indiscutable. A chaque instant, nos cours de justice elles-mêmes ont invoqué à l'appui de leurs d'entre eux: le Président Henrion de Pansey. On pourrait difficilement exagérer l'influence que cet éminent jurisconsulte a exercée sur l'orientation de notre jurisprudence. Pendant de longues années, sa doctrine a été une espèce d'Évangile derrière lequel s'abritaient nos magistrats. On la citait à tout bout de champ sans la discuter, sans se demander si, précisément, les tendances dont elle s'inspire ne sont point celles contre lesquelles la Constitution belge a entendu réagir. *Magister dixit*. Le 26 avril 1834 déjà, l'Avocat Général Fernelmont en faisait état. Henrion de Pansey «aux principes duquel disait-il, on n'a *partiellement* dérogé en 1830 qu'à raison des abus antérieurs». La phrase mérite d'être citée, car elle met parfaitement en lumière la courbe du raisonnement que vont suivre les jurisconsultes belges. Pour eux, le point de départ n'est pas un système nouveau, c'est l'enseignement de Henrion de Pansey. Les textes constitutionnels ne doivent être compris qu'en liaison avec cet enseignement, dont la substance demeure et auquel ils se bornent à déroger *partiellement*.

* * *

Telles sont les influences sous lesquelles notre jurisprudence s'est formée. Comment, dans cette atmosphère a-t-elle conçu le problème de la responsabilité pécuniaire de l'administration?

C'est uniquement son attitude vis-à-vis de ce problème que nous envisagerons ici. Il n'est peut-être pas superflu d'y insister, car l'intervention des tribunaux pour réagir contre les abus de pouvoir de l'ad-

ministration peut prendre éventuellement d'autres aspects. Il se peut, par exemple, qu'une décision illégale ayant été prise par une autorité administrative, le citoyen menacé par elle dans ses droits en demande l'annulation, ou sollicite le pouvoir judiciaire d'en paralyser l'effet, soit en refusant de l'appliquer, soit en interdisant à l'administration elle-même d'y donner suite. Ce groupe d'hypothèses, que j'ai spécialement étudié dans mon livre sur »La Protection des Droits individuels contre les Abus de Pouvoir de l'Autorité administrative en Belgique 2)«, ne retiendra pas notre attention.

Supposant la lésion de droit consommée, le dommage subi, nous considérerons simplement l'accueil réservé par les tribunaux belges au citoyen lésé qui introduit devant eux une action en dommages-intérêts tendant à la réparation du préjudice dont il se plaint.

* * *

Le principe de l'immunité administrative, dont s'inspirait essentiellement la tradition française, entraîne logiquement comme conséquence l'irresponsabilité de l'Etat. Poussé à l'extrême, ce principe conduirait à admettre que jamais, en aucun cas, le pouvoir judiciaire n'est compétent pour statuer sur une action en responsabilité dirigée contre une administration publique. A la vérité, les tribunaux belges ont toujours reculé devant cette application rigoureuse de la thèse. Leur sens de la justice a résisté aux séductions de la logique pure et ils ont de tout temps admis que le principe de l'irresponsabilité devait souffrir des exceptions. C'était s'engager dans la voie des distinctions; c'était admettre qu'au point de vue de la réparation du préjudice qu'ils causent, les actes administratifs ne peuvent être confondus dans une même notion, qu'entre eux un triage s'impose. La justification de ce triage et la détermination des normes suivant lesquelles il convient d'y procéder ont provoqué l'élaboration d'une doctrine qui s'est en somme perpétuée jusqu'à l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920, et qui a constitué jusqu'à cette date l'épine dorsale de notre jurisprudence.

Comme le note très justement le professeur W o d o n , dans sa belle étude sur »Le Contrôle juridictionnel de l'Administration et la Responsabilité des Services publics en Belgique 3)«, le procédé auquel on a eu recours n'est pas nouveau. Il tient à la nature de l'esprit humain et aux conditions dans lesquelles s'opère la transformation des systèmes idéologiques de tous ordres, systèmes théologiques, philosophiques, scientifiques. Quand un principe ne cadre plus avec des faits nouveaux,

2) Bruxelles, 1912.

3) Bruxelles-Paris, 1920, p. 129.

on s'efforce de l'accommoder aux circonstances, plutôt que d'y renoncer. On cherche à établir qu'il n'avait pas la portée générale qu'on eut été tenté de lui attribuer et qu'il ne s'appliquait qu'à un certain ordre de faits différents de ceux avec lesquels il ne semble plus en harmonie. C'est le procédé des fictions.

Le principe qu'il s'agissait ici de sauver, partiellement tout au moins, c'est celui de l'irresponsabilité de l'Administration. On ne cessera pas de l'affirmer, mais en même temps, on prétendra qu'il y a des cas où l'administration n'est pas, à proprement parler, l'administration, où elle est quelque chose d'autre et qui ne peut se prévaloir de la règle de l'immunité. L'Administration irresponsable, c'est, dit-on, le pouvoir exécutif, c'est l'organe de la Souveraineté, de l'*imperium*. L'Administration-Puissance publique est et demeure immunisée contre l'action du pouvoir judiciaire. Mais l'activité administrative comprend toute une zone étrangère à l'idée d'*imperium*. L'Etat possède un patrimoine, un ensemble de biens mobiliers et immobiliers, dont il assure la gestion. En tant qu'il gère ces biens, par l'accomplissement d'actes contractuels ou autres, l'Etat prend une autre figure. Il n'est plus le pouvoir qui commande, le pouvoir supérieur qui adresse aux citoyens des ordres ou des défenses. Il n'est plus qu'un propriétaire administrant sa fortune, agissant comme pourrait agir un simple particulier, se livrant à des opérations juridiques analogues à celles du commerce privé. L'Etat devient alors titulaire de droits et d'obligations civiles. Il devient une Personne morale soumise aux règles du droit privé.

C'est la fameuse distinction entre l'Etat-Puissance publique et l'Etat-Personne civile, qui n'a rien de spécifiquement belge, mais que notre jurisprudence s'est appropriée avec empressement, car elle lui permettait de résoudre, d'une manière élégante, le problème devant lequel elle se trouvait placée.

* * *

Pour sauver le principe de l'irresponsabilité, tout en échappant à son application dans les cas où celle-ci heurtait trop violemment le sens de l'équité, l'esprit ingénieux des juristes a donc imaginé un dédoublement de l'Etat, la superposition ou la coexistence de deux entités distinctes, soumises à des régimes essentiellement différents. Le service qu'ils ont ainsi rendu n'est guère contestable. Leur doctrine a joué un rôle historique qu'il ne faut point méconnaître. Elle a ouvert une brèche sérieuse dans le système de l'irresponsabilité, et préparé les voies au progrès juridique.

Comme moyen d'évolution, comme véhicule d'idées nouvelles, rendons-lui l'hommage qu'elle mérite. Il n'en reste pas moins que, con-

sidérée en elle-même, dans sa valeur propre, elle prêtait manifestement le flanc aux plus sérieuses critiques.

Peut-être serait-on tenté de lui reprocher son caractère manifestement artificiel. Mais je ne suis pas convaincu qu'à elle seule cette objection soit décisive. La technique du droit contient nécessairement une bonne part d'artifice. Le droit ne doit pas être l'image d'une réalité extérieure, mais un ensemble de moyens destinés à atteindre certains buts sociaux; et que les moyens soient plus ou moins artificiels, peu importe, après tout, du moment qu'ils remplissent leur rôle et conduisent au résultat souhaité.

Ce n'est point là, à mon sens, que réside la faiblesse du système. Elle est tout entière dans son impuissance pratique.

Et tout d'abord ce système, cela saute aux yeux, ne résoud que partiellement le problème de la responsabilité administrative. Il laisse subsister toute une sphère importante de l'activité étatique en dehors de sa prise. L'Etat-Puissance publique reste couvert par la règle de l'immunité. Concession utile, je le veux bien, qui a permis de préparer l'avenir sans rompre brusquement avec le passé. Formule transactionnelle, qui a eu sa raison d'être. Mais, formule très insuffisante néanmoins pour ceux qui considèrent que la discipline du droit doit régir toute l'activité administrative et que cette discipline suppose, pour faire sentir effectivement son influence salutaire, l'existence d'un contrôle juridictionnel.

D'autre part, en soumettant l'activité de l'Etat-Personne morale au droit civil, en lui appliquant des règles qui ont été conçues et organisées en vue de régir non point le fonctionnement des services publics, mais les opérations de la vie privée, il est permis de penser que le système en question versait dans l'erreur. Certes, le droit possède une certaine unité; mais la technique du droit, pour s'adapter aux besoins sociaux, doit se diversifier. On peut, à la rigueur, soutenir qu'il n'y a pas de cloisons étanches entre le droit public et le droit privé, qu'il n'y a que le droit tout court. C'est vrai, en un certain sens, si l'on observe les régions profondes du droit, celles où se dessinent les principes, les idées fondamentales, les notions de base. Ce n'est plus vrai si l'on pénètre dans la sphère de la technicité. La technique juridique applicable à l'activité de l'Etat doit tenir compte des exigences spéciales de cette activité, comme la technique juridique applicable à l'activité de l'individu doit s'assouplir aux conditions propres à celle-ci. Assimiler juridiquement l'Etat à un simple particulier et le régir au moyen de normes trouvées toute faites dans l'arsenal du droit civil, c'est faire une œuvre boiteuse et qui risque, soit de gêner l'Etat lui-même par l'application de notions trop rigides ou trop étroites, soit d'entraver le contrôle auquel

il sera soumis et de relâcher, par conséquent, la discipline qu'on veut lui imposer.

Enfin, la distinction proposée entre l'Etat-Puissance et l'Etat-Personne morale, quand on ne se borne pas à la considérer in abstracto, quand on la serre de près dans ses réalisations concrètes, se révèle si imprécise et si flottante qu'il est impossible bien souvent de l'appliquer sans verser, non seulement dans de décevantes subtilités, mais encore dans l'arbitraire et l'incohérence.

Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter un coup d'œil sur l'ensemble des solutions pratiques auxquelles avait abouti notre jurisprudence. Sans prétendre en donner ici une analyse complète, qui sortirait du cadre de cet article, résumons-les à grands traits.

* * *

En matière contractuelle, les tribunaux belges ont toujours admis leur compétence et la responsabilité de l'Etat.

D'après eux, lorsque l'Etat contracte, il se dépouille de sa souveraineté et prend figure de personne morale. Comme le fait très justement observer Monsieur Wodon⁴⁾, cette affirmation constitue une sorte de pétition de principe qui échappe à toute démonstration. En réalité, si la jurisprudence s'est spontanément ralliée à ce point de vue, c'est simplement sous la pression d'un sentiment d'équité. Il lui est apparu qu'il serait par trop choquant de créer entre les deux parties contractantes le déséquilibre qui résulterait de l'immunité administrative. L'idée de convention implique une égalité de droits et celle-ci ne peut être sauvegardée que si l'administration est susceptible d'être atraite en justice et déclarée responsable de ses manquements contractuels, aussi bien que le particulier vis-à-vis duquel elle s'est engagée.

Des difficultés se sont d'ailleurs présentées, notamment en matière de concessions sur le domaine public. De telles concessions, si elles impliquent la conclusion d'un contrat entre l'administration concédante et le concessionnaire, révèlent en même temps un acte d'autorité qui ne se conçoit point sans l'exercice de la souveraineté. Autoriser, par exemple, l'établissement d'un Kiosque de journaux sur la voie publique constitue une décision qui ne peut être prise qu'en vertu de l'*imperium* étatique. La concession apparaît donc comme un acte complexe qu'on ne peut ranger exclusivement ni sous la rubrique du contrat ni sous la rubrique de l'acte d'autorité.

Notre jurisprudence ne s'est tirée d'embarras qu'au moyen d'un raisonnement subtil. Elle a imaginé de dédoubler l'acte lui-même.

⁴⁾ op. cit. pp. 140 et suiv.

Pour elle, l'opération comporte deux phases distinctes, deux actes séparés: le premier étant une décision unilatérale, émanant de l'Etat-Puissance, échappant donc au contrôle judiciaire, et par laquelle l'Administration désaffecte partiellement le domaine public quant à l'usage; le second ayant les caractères d'un acte bilatéral, d'une convention dont l'objet est d'accorder dans certaines conditions à des particuliers le droit d'utiliser la partie désaffectée. Cependant — et voici qui souligne le caractère empirique du système — ce dernier acte n'est détaché du premier que s'il constitue un contrat à titre onéreux. Lorsque la concession a lieu à titre gratuit, nos tribunaux estiment que la distinction n'a plus de raison d'être et que l'opération tout entière est couverte par la règle de l'immunité ⁵⁾. Pourquoi cette différence de régime? Sa justification logique s'établirait malaisément. Ce ne sont, en réalité, que des motifs d'équité — l'on pourrait presque dire des motifs d'ordre sentimental — qui l'ont inspirée. M. Wodon les indique très clairement. »Si la distinction est admise«, dit-il, »pour la concession à titre onéreux, c'est qu'il eut été inique, en ce cas, de tolérer le régime de l'arbitraire. Le principe de l'omnipotence administrative a du céder au sentiment juridique. Si la compétence des tribunaux n'avait pas été étendue aux contestations pouvant naître de la concession, par exemple au sujet des charges et spécialement des redevances imposées au concessionnaire, il en serait résulté que l'administration eut été juge et partie en sa propre cause; le concessionnaire eut été livré sans défense à l'arbitraire du pouvoir concédant qui, vu le caractère précaire de toute concession sur le domaine public, aurait pu, notamment du jour au lendemain révoquer la concession sans indemnité et causer ainsi au concessionnaire un préjudice immérité. Lorsque la concession a un caractère gratuit, la situation de fait n'est pas la même; il n'y a là qu'un acte de pure bienveillance ou de pure tolérance de la part de l'Administration. Tout est alors aux risques et périls du concessionnaire qui ne s'est de son côté engagé à rien. Voilà du moins«, ajoute-t-il, »comment la jurisprudence comprend les choses.«

* * *

Ainsi, même en matière contractuelle, le système suivi jusqu'en 1920 par la jurisprudence belge est loin d'être aussi simple qu'on pourrait être tenté de le croire. Mais c'est incontestablement en matière quasi délictuelle qu'il soulève le plus de difficultés et conduit aux distinctions les plus arbitraires.

⁵⁾ Voir: Wodon, op. cit. p. 141. — Marcq, La Responsabilité de la Puissance Publique, 1911, pp. 194 et suiv.

L'Etat étant, d'après ce système, responsable ou irresponsable, selon qu'il a agi comme Puissance publique ou comme Personne civile, tout le problème se ramène en fin de compte au point de savoir si l'acte dommageable invoqué à l'appui de la demande de réparation relève de l'une ou de l'autre de ces deux entités.

Comment résoudre cette question fondamentale? D'après quelle méthode? Suivant quel critère? Ce n'est pas sans embarras que nos tribunaux ont fixé à cet égard leur choix; et les hésitations qu'ils ont éprouvées se marquent dans la diversité des points de vue auxquels ils se sont successivement placés. Certaines de leurs décisions ont cru trouver la solution du problème dans le mobile auquel l'Etat obéit en accomplissant l'acte incriminé. L'Etat a-t-il agi dans un but d'intérêt général, l'acte doit être rattaché à la Puissance publique; a-t-il été guidé au contraire par son intérêt privé, l'acte doit être considéré comme émanant de la Personne civile. Distinction éminemment fragile et qui s'évanouit, comme le fait justement observer M. Marcq⁶⁾, devant cette considération que toute l'activité étatique est dominée par l'intérêt général, ne se conçoit pas en dehors de cet intérêt, n'a d'autre raison d'être que de le défendre et de le promouvoir. Le soit-disant intérêt privé de l'Etat se confond avec l'intérêt général; il ne peut en être qu'un aspect particulier. Parler d'un intérêt privé opposé à l'intérêt public, c'est, quand il s'agit de l'Etat, s'arrêter à une notion vicieuse et entachée de contradiction.

La Jurisprudence belge s'est parfois demandée si la discrimination ne pourrait pas être faite en se plaçant sur un autre terrain, voisin du précédent, mais cependant distinct de lui à certains égards. Dans certaines de ses arrêts, elle a pris en considération, non plus le mobile poursuivi par l'Administration, mais la nature du service auquel se rattache l'acte dommageable. D'après cette formule, il y aurait un ensemble de services étatiques qui relèveraient de la Puissance publique, tandis que d'autres seraient liés à la Personne civile. Toute l'activité des premiers participerait de leur nature et bénéficierait de l'immunité qui couvre l'imperium. Celle des seconds, au contraire, serait soumise aux règles du droit privé et donnerait lieu à responsabilité. Mais cette thèse, à son tour, a dû être abandonnée. Elle suppose une identité de nature entre l'acte dommageable et le service dont il émane. Elle admet ce postulat que tout service public peut être rangé exclusivement dans la catégorie des services d'autorité ou dans celle des services de gestion civile, et que tous les actes qu'engendre le fonctionnement de ces services peuvent être soumis — *ipso facto* — à la même classification. Or, la réalité est beaucoup plus complexe. En fait, tous les services étatiques,

⁶⁾ La Responsabilité de la Puissance Publique, no 21.

quels qu'ils soient, provoquent l'accomplissement d'actes de nature diverse. Bornons nous à un exemple. Il est certain que le service de la Défense nationale est un de ceux qui caractérisent le plus nettement l'activité de l'Etat en tant que Puissance publique. Cependant lorsque l'Etat achète des munitions, des chaussures ou de l'étoffe pour l'équipement de la troupe, tout le monde est d'accord pour reconnaître que ces marchés n'impliquent aucunement l'exercice de l'imperium. Dans la distinction proposée entre l'Etat-Puissance et l'Etat-Personne civile, de tels actes se rattachent nécessairement à la seconde de ces deux entités, alors que le service public où ils s'insèrent relève essentiellement de la première.

Cela étant, la jurisprudence a dû recourir à un troisième système. Laisant de côté le mobile de l'acte et la nature du service auquel il se rapporte, c'est l'acte lui-même qu'elle a pris en considération. L'analysant dans ses éléments intrinsèques, elle s'est demandée s'il impliquait ou non l'intervention de la Puissance souveraine. Parmi les actes accomplis par l'Etat, il en est qui, *ratione materiae*, ne pourraient émaner que de lui, parce qu'ils supposent essentiellement l'exercice d'un pouvoir de commandement et de contrainte que seul l'Etat possède. Un bourgmestre ordonne, par exemple, la démolition d'une maison qui menace ruine, — le gouvernement expulse un étranger, — un agent de police dresse contravention à un automobiliste pour excès de vitesse, — un officier commande à des soldats un exercice de tir, etc. ...

Il est évident que toutes ces activités, quelque diverses qu'elles soient, possèdent un trait commun, un point de contact — et c'est qu'elles ne se conçoivent pas sans l'*imperium* qui est un attribut de l'Etat. Elles constituent ce que la jurisprudence dénomme les *actes d'autorité*. Et dans l'accomplissement des actes d'autorité, c'est l'Etat-Puissance qui se révèle.

Mais il est d'autres actes étatiques, d'une nature différente, qui pourraient à la rigueur être accomplis par de simples particuliers. Sans doute, émanent-ils de l'Etat et font-ils partie du fonctionnement d'un service public. Mais, considérés en eux-mêmes, pris isolément, rien ne les rattache nécessairement à la puissance de l'Etat. Quand l'Administration, par exemple, achète du charbon pour assurer le chauffage des bureaux ministériels ou quand elle fait procéder à des coupes des forêts domaniales, il est manifeste que des actes de même nature pourraient être accomplis par des individus ou des organismes privés. Ces actes n'impliquent à aucun degré la possession d'un pouvoir de contrainte. Ce sont, dit la jurisprudence, des *actes de gestion*, où l'Etat se révèle non plus comme Puissance publique, mais comme Personne civile.

*

On ne peut nier, pensons-nous, que des trois critères proposés pour établir la distinction entre l'activité de l'Etat-Puissance Publique et celle de l'Etat-Personne privée, le dernier soit de loin le meilleur. Et cependant que de défauts s'y accusent dès l'instant où, sortant des considérations théoriques, on s'efforce d'en assurer l'application pratique: Entre les cas extrêmes, comme ceux que nous citons plus haut, que de situations intermédiaires formant une zone indécise, où la notion d'acte d'autorité et celle d'acte de gestion se brouillent, s'enchevêtrent et se confondent. C'est un imbroglio, dont il est impossible de sortir sans verser dans le byzantinisme le plus subtil et le plus artificiel. Aussi n'est-il guère étonnant de constater que les décisions judiciaires révèlent à cet égard des flottements et des contradictions de caractère parfois déconcertant. On pourrait en noter de nombreux exemples. Quelques-uns suffiront pour attester le fondement de notre critique.

Dans un arrêt du 12 janvier 1893 ⁷⁾, la Cour de Cassation décide que la Ville d'Anvers n'est pas responsable des accidents occasionnés par le maniement des grues hydrauliques établies sur les quais, lorsqu'elle met ces grues à la disposition du public moyennant une redevance.

Sept ans plus tard, la Cour se déjuge et, dans un arrêt du 25 mai 1900 ⁸⁾, elle admet que, si la Ville remplit une mission politique lorsqu'elle procède à l'organisation et à la surveillance du port et de ses dépendances, il n'en est plus de même lorsque, par ses préposés, elle se charge elle-même de faire fonctionner pour le service des particuliers, les grues qu'elle y a installées. »L'agent préposé à la surveillance (des grues hydrauliques)«, porte l'arrêt, »agit dans un intérêt de police et participe à l'exercice de l'imperium, qui caractérise les actes de l'autorité et qui échappe au pouvoir judiciaire. L'agent préposé à la manœuvre n'exerce pas nécessairement une partie de cet imperium, il est soumis, d'une part, à la surveillance dont il vient d'être parlé, d'autre part, aux ordres des arrimeurs pour le compte de qui se fait le travail ⁹⁾.«

La jurisprudence relative aux accidents occasionnés par les travaux de réfection de la Voirie publique n'offre pas moins d'incohérence et de subtilité.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} décembre 1881 ¹⁰⁾ déclare que l'entretien de la voirie se rattache à l'activité de la Personne civile, qu'il est une conséquence de la propriété du Sol et qu'au surplus, les travaux auxquels il donne lieu pourraient être l'œuvre de particuliers. Cet arrêt admet, par suite, la responsabilité de la Commune en cas de

⁷⁾ Pasier. 1893, I, p. 79.

⁸⁾ Pasier. 1900, I, p. 266.

⁹⁾ Wodon, op. cit. p. 149 & s.

¹⁰⁾ Belgique judiciaire, 1881, p. 1572.

faute dommageable. Le 5 mars 1891¹¹⁾, la Cour opère un revirement et proclame que le pouvoir judiciaire est incompetent pour critiquer la façon dont l'Administration remplit, en cette matière, les devoirs qui lui incombent.

Toutefois, si la jurisprudence s'est fréquemment ralliée à cette thèse lorsqu'il s'agit de *négligences d'entretien*, si elle a souvent consacré en pareil cas le principe de l'immunité absolue, elle a généralement maintenu l'idée d'une responsabilité éventuelle des pouvoirs publics en raison de fautes commises au cours de *travaux d'entretien*. Mais ici, la tendance qui se dégage le plus nettement de ses arrêts est d'établir une distinction entre la délibération et l'exécution. Lorsque la Commune délibère, décide d'entreprendre un travail et en arrête le plan, elle agit, dit-on, comme Puissance publique. Si la faute d'où est résulté le dommage est inhérente à cette délibération, aucune responsabilité ne sera encourue. Par contre, lorsque, la décision étant prise, on passe à l'exécution matérielle du travail, la question change d'aspect. L'exécution matérielle d'un travail d'utilité publique est un acte qui n'implique à aucun point de vue la possession de l'imperium; c'est un acte qui peut être accompli par un simple particulier et la preuve en est que bien souvent l'administration elle-même a recours pour y pourvoir à des entrepreneurs privés. Si donc l'acte dommageable fait partie de cette exécution, il devra être considéré comme un acte de gestion, donnant lieu, en cas de faute, à une réparation¹²⁾.

Voilà à quelles distinctions compliquées la jurisprudence avait été conduite par le système général dans lequel elle s'était enfermée. De plus en plus, elle en mesurait elle-même la fragilité. Une conception qui aboutit pratiquement à des réalisations aussi hésitantes et aussi artificielles se condamne en quelque sorte d'elle-même. Elle froisse le sentiment de la justice et crée une impression de malaise. Depuis quelque temps une réaction se dessinait contre elle dans le monde des juristes belges. Les uns préconisaient la création d'une juridiction administrative qui, dans leur pensée, eut été mieux armée que le pouvoir judiciaire pour élargir et moderniser le principe de la responsabilité de l'Etat¹³⁾. D'autres se montraient hostiles à une telle création et soutenaient que, pour obtenir le résultat désiré, nos tribunaux n'avaient qu'à se débarrasser une fois pour toutes de l'emprise des doctrines françaises et qu'à s'inspirer plus directement de la volonté du Constituant Belge¹⁴⁾.

¹¹⁾ Belgique judiciaire, 1891, p. 737.

¹²⁾ cf. Wodon op. cit. pp. 152—153. Marcq op. cit. no 89.

¹³⁾ v. notam. Marcq op. cit.

¹⁴⁾ v. notamment Wodon op. cit.

* * *

C'est dans cette voie que notre jurisprudence s'est engagée depuis l'arrêt rendu le 5 novembre 1920 par la Cour de Cassation. Il s'agissait, en l'espèce, d'une action en responsabilité intentée à la Ville de Bruges par une Société horticole, «La Flandria», en raison d'un dommage provoqué par la chute d'un arbre domanial. Le juge du fond (Tribunal de première instance de Bruges) avait admis le principe de la responsabilité de la Ville, considérant que l'arbre dont la chute avait causé le préjudice litigieux était planté dans le domaine *privé* de la Commune et que cette dernière apparaissait dès lors au procès comme Personne civile. La Ville de Bruges, par contre, soutenait que l'arbre dépendait du domaine *public*; que par suite, d'après la doctrine consacrée, la Ville était impliquée dans la contestation non comme Personne civile, mais comme Puissance publique, et que, conséquemment, elle pouvait invoquer à son bénéfice le privilège de l'immunité. C'est en s'appuyant sur cette thèse qu'elle avait déféré le jugement du tribunal de Bruges à la Cour Suprême.

Dans ses remarquables conclusions, M. l'Avocat général Paul Leclercq (aujourd'hui Procureur Général), empoigna le nœud du problème. Négligeant de rechercher si le premier juge s'était ou non trompé en considérant l'acte dommageable comme lié à la gestion du domaine privé, il s'attaqua résolument aux principes eux-mêmes. La doctrine traditionnelle, fondée sur la distinction entre l'Etat-Puissance et l'Etat-Personne privée, fut passée au crible d'une critique serrée. M. Leclercq, reprenant et complétant les éléments que lui fournissait à cet égard la belle étude de M. Wodon, mit en pleine lumière les origines de cette tradition et la différence profonde qui la sépare des intentions de nos constituants. Sa conclusion fut nette: la jurisprudence s'était fourvoyée, il fallait donner un vigoureux coup de barre et la ramener dans le bon chemin. Finie la distinction entre les deux visages de l'Etat; finie l'immunité de la Puissance publique. Pour qui interprète sainement et sans préjugé l'œuvre constitutionnelle, l'Etat, tout comme un simple citoyen, doit être déclaré responsable de ses actes, dès l'instant où ceux-ci lèsent un droit civil. Les mêmes règles sont applicables de part et d'autre et les tribunaux ont compétence pour en assurer la mise en œuvre.

La Cour de Cassation s'est ralliée plainement à ces vues. Elle rappelle, dans son arrêt, que la Constitution «a déferé aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits civils (art. 92)», «que par ces termes, elle a mis sous la protection du pouvoir judiciaire, tous les droits civils, c'est-à-dire tous les droits privés consacrés et organisés par le Code Civil et les lois qui le complètent et confie aux tribunaux la mission de réparer les atteintes portées à ces droits»; «qu'en vue de réaliser cette protection, la constitution n'a égard ni à la qualité des parties contendantes, ni à la nature des

actes qui auraient causé une lésion de droit, mais uniquement à la nature du droit lésé»; que sous le régime qu'elle institue »et qui est à l'opposé du droit public de la Révolution française et de l'Empire, les gouvernants ne peuvent rien que ce qu'ils sont chargés de faire et sont, comme les gouvernés, soumis à la loi; qu'ils sont limités dans leur activité par les lois et notamment par celles qui organisent les droits civils et que, s'ils lèsent l'un de ces droits, le pouvoir judiciaire peut déclarer que leur acte a été accompli sans pouvoir, qu'il est donc illégal et constitutif de faute et accorder la réparation du préjudice ainsi causé ...«.

* * *

L'arrêt du 5 novembre 1920 a fait, comme on dit, jurisprudence. Toutes les décisions judiciaires qui l'ont suivi ont accueilli telle quelle sa doctrine; aucune tentative ne fut faite pour ressusciter le système antérieur. Du jour au lendemain, comme par un coup de baguette magique, Henrion de Pansey a perdu ses fidèles. Vérité en deçà, erreur au-delà. — La rapidité de certaines conversions, d'ailleurs très sincères, incline, dans le domaine du droit comme dans les autres, à adoucir d'une ombre le scepticisme l'intransigeance des dogmes ¹⁵⁾.

Depuis le 5 novembre 1920, l'Etat a donc cessé en Belgique de se décomposer en deux entités distinctes. La Puissance publique et la Personne privée se sont fondues en un seul être juridique, assimilable au point de vue de sa responsabilité à tous ceux, individuels ou collectifs, que régissent les principes du droit civil. Le progrès est indéniable. La notion primitive de l'immunité de l'Administration vient d'opérer un nouveau repli. Elle abandonne une position importante où elle s'était longtemps retranchée.

Est-ce à dire que son élimination soit complète et que désormais le principe de la responsabilité de l'Etat n'ait plus à craindre le retour offensif des tendances adverses? Est-ce à dire que la jurisprudence belge offre aux citoyens lésés une protection aussi complète, aussi efficace, que celle dont ils bénéficient dans d'autres pays, que celle par exemple que leur assure la jurisprudence du Conseil d'Etat de France?

Il ne faut point se faire à cet égard d'illusions.

¹⁵⁾ Voyez notamment: Cour d'appel de Bruxelles, 23 avril 1921 (Revue de l'Administration 1922, p. 123). — Cour d'appel de Gand, 30 juin 1921 (ibid. 1922, p. 290). — Cassation, 16 octobre 1922 (ibid. 1923, p. 36). — Tribunal de Gand, 7 février 1923 (ibid. 1923, p. 317). — Cassation, 13 décembre 1923 (ibid. 1924, p. 222 et 1925, p. 187). — Cour d'appel de Bruxelles, 13 janvier 1926 (ibid. 1926, p. 309). — Cassation, 22 octobre 1925 (ibid. 1926, p. 313). — Cassation, 27 janvier 1927 (Pasicrisie, 1927, I, 132.) — Cour d'appel de Bruxelles (Belgique judiciaire, 1926, colonne 528).

* * *

Et tout d'abord, la doctrine nouvelle, telle que l'a formulée la Cour de Cassation et telle que l'ont adoptée, après elle, les autres juridictions du pays, subordonne la responsabilité de l'Etat à une condition fondamentale, dont les éléments d'appréciation peuvent être si complexes et si fuyants que le système tout entier risque de s'y enliser.

L'Etat n'est responsable, dit l'arrêt du 5 novembre, que si l'acte dommageable qui lui est reproché porte atteinte à un *droit civil*. Mais, qu'est-ce qu'un droit civil? Dans quel cas le citoyen lésé pourra-t-il établir qu'il était titulaire vis-à-vis de l'Administration d'un véritable droit civil? Il saute aux yeux que la notion de *droit* s'oppose ici à celle de simple *intérêt*. Et, quelles que soient les discussions auxquelles a pu donner lieu la définition des droits subjectifs, il n'est guère contestable qu'entre le droit proprement dit et le simple intérêt, la différence se trouve dans la protection légale. Ce qui distingue le droit de l'intérêt, c'est que le premier puise dans les règles du droit positif une consécration et une garantie qui font défaut au second. Or, comment la loi (au sens large du mot) assure-t-elle au titulaire d'un droit sa protection? En établissant à charge d'autrui certaines obligations corrélatives. La notion de droit (subjectif) et la notion d'obligation sont donc inséparables. Elles se complètent et se limitent l'une l'autre. Un droit est toujours circonscrit par un réseau d'obligations actives ou passives. Considérons, par exemple, le droit de propriété. N'est-il pas évident que ce droit n'a rien d'absolu et n'existe que dans la mesure où les règles juridiques imposent soit à la collectivité elle-même, soit aux individus, l'obligation d'en respecter l'exercice? Au delà des bornes fixées par ces obligations, le propriétaire peut faire état de ses *intérêts*, il ne peut plus invoquer de *droit* proprement dit. Par conséquent, pour en revenir au problème qui nous occupe, le citoyen lésé par un acte administratif ne pourra justifier d'une lésion de droit que s'il établit l'existence, dans le chef de l'Administration, d'une obligation juridique, que celle-ci aurait méconnue.

En subordonnant la responsabilité administrative à la lésion d'un droit civil, la Cour de Cassation a, par le fait même, lié son système à la notion des obligations étatiques.

L'arrêt du 5 novembre et les conclusions qui le précèdent ne laissent d'ailleurs aucun doute à cet égard. «Il y a lieu à indemnité», a dit M. l'Avocat général Paul Leclercq, «dès que l'acte gouvernemental viole un droit civil du demandeur.

C'est la règle générale établie par l'article 1382.

Indemnité est due quand il y a faute; *il y a faute lorsqu'une obligation préexistante est violée; il y aura violation d'une obligation préexistante lorsqu'un droit civil aura été lésé*¹⁶).

¹⁶) C'est nous qui soulignons.

D'une façon générale, la faute existera lorsque l'acte gouvernemental, pour ne pas léser le droit civil du particulier, aurait dû être autre; si le particulier n'a pas droit à ce que l'acte gouvernemental soit différent, l'acte ne violera pas une obligation préexistante, il ne portera pas atteinte à un droit civil, dès lors rien ne sera dû.»

Or, la notion des obligations étatiques est d'une application pratique parfois très malaisée. Elle implique une démarcation nette entre les pouvoirs de l'Administration qui ont un caractère discrétionnaire et ceux qui ne l'ont pas. Dès l'instant où, en agissant comme elle l'a fait, l'autorité a usé d'un pouvoir discrétionnaire, on ne peut lui reprocher d'avoir éludé ses obligations, ni, par suite, d'avoir porté atteinte à un véritable droit. Elle aura peut-être lésé profondément des intérêts éminemment respectables. Au point de vue de la technique juridique, elle n'aura pas empiété sur un *droit* civil. Quand les pouvoirs dont l'Administration est investie sont-ils discrétionnaires, quand ne le sont-ils pas? Voilà, en fin de compte, la question que les tribunaux devront se poser dans les procès en responsabilité qui seront déferés à leur appréciation. Et de la réponse qu'ils y feront dépendra pour beaucoup la valeur pratique, l'efficacité réelle de l'innovation doctrinale consacrée par l'arrêt du 5 novembre 1920. Est-il nécessaire de démontrer que cette question n'est simple qu'en apparence? Tous ceux qui sont plus ou moins familiarisés avec le droit public en connaissent la complexité. Comme le signale avec raison une étude anonyme parue dans la Revue de l'Administration et du Droit administratif de la Belgique (1921 pp. 53 et suiv.), «il serait téméraire d'énoncer en cette matière des formules inflexibles. C'est la réalité avec ses mille nuances qu'il faut interroger». La loi formelle est souvent à cet égard muette ou d'une insuffisante clarté. Le juge possèdera donc un pouvoir d'appréciation extrêmement large; et la manière dont il en usera ou fécondera le principe de la nouvelle jurisprudence, ou le frappera au contraire d'une stérilité au moins relative.

Les conclusions de M. Paul Leclercq en portent témoignage. Elles prouvent que, dans de nombreux cas, l'application du système nouveau peut ne modifier en rien la jurisprudence antérieure. M. Leclercq, après avoir constaté que lorsque l'administration a exercé un pouvoir discrétionnaire, aucune lésion de droit civil ne peut être invoquée à l'appui de la demande de dommages-intérêts, relève, à titre d'exemples, dans les arrêts et jugements antérieurs, toute une série d'espèces auxquelles la règle de l'immunité continuera à devoir être appliquée, nonobstant l'abandon de la distinction traditionnelle entre l'Etat-Puissance publique et l'Etat-Personne civile. Il cite les questions suivantes:

Un établissement industriel doit-il être supprimé comme dangereux ?

Un milicien a-t-il droit à un certificat d'indispensable soutien de ses parents ?

La conduite d'une femme est-elle telle que cette femme doit être inscrite sur les registres de la prostitution ?

Si, pendant la guerre de 1870, en vue de sauvegarder la neutralité belge, un soldat français devait être arrêté.

Si le maintien de l'ordre dans les rues exige que la sortie d'une procession soit interdite.

Comment peut, à travers une propriété particulière, être établie une impasse aboutissant à la voie publique.

Si le Gouvernement a eu raison d'accorder le port de tel nom.

L'opportunité de l'ordonnance d'un bourgmestre sur une inhumation.

Si une ligne concédée à la Société des Chemins de fer vicinaux a le caractère de réseau de tramways urbains.

Le mode d'établir un hôpital où les malades seront soignés par les services de la bienfaisance publique.

Dans ces divers cas, dit-il, aucun droit civil n'est lésé parce qu'il s'agit d'actes dont l'appréciation relève exclusivement de l'Administration elle-même.

Et cependant est-il bien certain que, dans toute les hypothèses énoncées par M. Leclercq, on se trouve vraiment en présence d'activités purement discrétionnaires ? Peut-être pour certaines d'entre elles tout au moins, l'affirmation de l'éminent magistrat est-elle susceptible de discussion. Lorsque la loi, par exemple, charge l'autorité communale (le Collège des bourgmestre et échevins) d'inscrire sur les registres de la prostitution les femmes qui se livrent notoirement à la débauche, est-il exact de dire, comme M. Leclercq, qu'elle lui abandonne l'appréciation discrétionnaire des éléments de fait pouvant justifier une telle inscription ? Ne peut-on pas soutenir, avec autant de raison, que le Collège outrepassé ses pouvoirs, enfreint les règles juridiques qui régissent sa gestion et par suite porte atteinte à un véritable droit lorsqu'il inscrit sur ces registres une personne qui, en fait, ne se livre pas à la débauche ? Les deux opinions peuvent être défendues ; et le texte de la loi ne tranchant pas formellement la controverse, c'est le juge qui devra la résoudre.

Nous saisissons ici sur le vif et par un exemple concret, tout ce qui reste d'indécis dans la nouvelle jurisprudence. Quels que soient ses mérites et les progrès incontestables qu'elle réalise, il ne faudrait pas s'imaginer qu'elle fasse disparaître toutes les incertitudes, toutes les causes d'hésitation et de flottement. Un de ses éléments constitutifs reste en somme assez vague et sujet à des interprétations diverses.

Telle est la première observation que suggère l'arrêt du 5 novembre 1920.

* * *

D'autre part, sa conception de la responsabilité de l'Etat est complètement enchassée dans le mécanisme du droit civil. L'Etat, à ses yeux, est responsable de ses actes comme le serait un simple particulier; il l'est dans les mêmes conditions et par application des mêmes règles. Sur ce point, l'arrêt du 5 novembre et les décisions subseqentes sont tout à fait explicites. Or, il est permis de se demander si cette conception est suffisante pour répondre aux tendances du droit public moderne, si elle n'est pas de nature à enfermer le problème de la responsabilité étatique dans un cadre trop rigide et trop étroit.

La Code Napoléon et les lois qui le complètent ont en somme soudé l'idée de responsabilité à l'idée de faute subjective. Si certaines exceptions ont été apportées à la règle, elles sont peu nombreuses et nettement limitées à des objets précis. Le principe général du droit privé, dont nos tribunaux auront à faire l'application, est qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute, c'est à dire sans transgression d'une obligation préexistante. Car c'est bien à quoi se ramène la notion de faute subjective. Elle implique, dans le chef de celui qui la commet, la méconnaissance d'un devoir, la violation d'une règle qu'il aurait dû respecter. Un acte administratif, en lui-même légitime, ne constitue pas une faute, quelles que soient les conséquences qu'il entraîne, les atteintes qu'il porte à la situation des particuliers. Ainsi, lorsque l'Etat prive un propriétaire de son bien, par voie d'expropriation forcée en vue d'assurer la réalisation d'un travail d'utilité publique, l'Etat n'est pas en faute, l'acte auquel il procède est parfaitement légitime. La Constitution reconnaît formellement aux pouvoirs publics la faculté d'y recourir. C'est qu'elle estime que l'intérêt général commande cette solution et que, dans l'espèce, l'intérêt général l'emporte nettement sur les intérêts privés avec lesquels il peut entrer en conflit. L'expropriation forcée, malgré la gravité de ses répercussions, est considérée en droit positif comme un acte normal, régulier, en soit inattaquable. Il est par conséquent impossible, quelque ingéniosité qu'on y mette, d'y découvrir les éléments d'une faute subjective.

C'est à dessein que nous prenons cet exemple bien connu. Il est en effet de nature, pensions-nous, à faire toucher du doigt l'insuffisance du système civiliste lorsqu'on veut l'appliquer tel quel, sans assouplissements et sans correctifs, à l'activité administrative. Car l'expropriation, bien que juridiquement irréprochable, entrainera pour la caisse collective l'obligation de réparer le préjudice causé à l'exproprié. Elle ne peut avoir lieu, dit la Constitution, que »moyennant une juste et pré-

alable indemnité» (art. 11). La réparation du dommage est de rigueur, malgré l'absence de faute. Elle a été reconnue indispensable en équité, et le constituant n'a pas hésité à la stipuler, bien qu'il fut impossible de la justifier par la théorie civiliste de la faute.

Au demeurant, ce n'est pas seulement en matière d'expropriation que pareille nécessité s'est révélée. Les tribunaux eux-mêmes l'ont éprouvée dans certains cas, où le fonctionnement des services administratifs, bien que parfaitement régulier, lésait trop profondément certaines situations individuelles pour qu'il fut tolérable de ne point indemniser ceux qui en souffraient. Nous faisons allusion à la théorie dite des »droits acquis«, qui a été accueillie par la jurisprudence belge en matière de voirie terrestre et pour ce qui est des rapports de l'administration avec les propriétaires riverains. Il se peut que l'autorité administrative soit amenée pour des raisons d'intérêt général, à modifier l'état d'une rue au point d'infliger une atteinte sérieuse à la situation des riverains. Par exemple, le changement apporté soit au tracé soit au niveau de la voirie a pour effet de supprimer les jours et les vues dont ceux-ci bénéficiaient auparavant, voire l'accès de leur propriété à la voie publique. Peut-on dire qu'il y ait faute de la part de l'Administration? Peut-on soutenir que celle-ci ait agi contrairement à ses obligations? Sa mission est de satisfaire les exigences de l'intérêt général, de prendre toutes les mesures qui sont commandées par les besoins de la collectivité; et nous admettons, par hypothèse, que c'est précisément ce qu'elle a fait. A moins de forcer le sens des mots, il est impossible de lui reprocher une faute subjective. La mesure qu'elle a prise est, au contraire, digne de louanges. L'autorité publique devait agir comme elle l'a fait. Mais le sentiment de l'équité s'est cabré devant l'idée que le grave préjudice, subi par le riverain au profit de tous, resterait privé de réparation et, malgré l'absence de faute, les tribunaux ont condamné l'Administration à des dommages-intérêts. Pour justifier leur décision, les magistrats ont imaginé une théorie, qui, en réalité n'ajoute rien, et qu'ils ont appelée la théorie des »droits acquis«. »La théorie des droits acquis«, dit la Revue de l'Administration, »repose sur cette idée qu'il est des situations à ce point respectables, à ce point inattaquables, qu'il ne saurait être permis à personne, pas plus à l'Administration qu'à un particulier, d'y porter atteinte impunément. Si de telles situations subissent une diminution, une lésion par le fait des pouvoirs publics agissant dans les bornes de leur compétence légale, ceux-ci ont du moins l'obligation de réparer le dommage qu'ils ont infligé 17).« Laissons de côté l'explication et ne retenons que le fait lui-même. Il prouve une fois de plus que la notion de faute subjective est une notion bien étroite et bien insuffisante pour soutenir, à elle seule, tout le système de la responsabilité étatique.

17) 1926, p. 162.

Nul n'ignore que, même dans le domaine du droit privé et des relations interindividuelles, cette notion est de plus en plus considérée aujourd'hui comme exigeant des correctifs et un rajeunissement. Le besoin de s'en évader à l'occasion et de trouver pour le principe de la responsabilité d'autres points d'appui, se fait sentir. Dans la législation, dans la jurisprudence, dans la doctrine surtout, ce souci se révèle à chaque instant et l'ingéniosité des juristes l'exprime en formules diverses. Ils parlent de «risque», de «faute objective» etc. Toutes ces notions — dont pas une d'ailleurs n'échappe à la critique — ont ceci de commun, qu'elles tendent à élargir la théorie traditionnelle de la responsabilité. Personnellement, nous ne sommes pas très convaincu de l'utilité de cette entreprise en *matière de droit privé*. Au risque de paraître rétrograde, nous persistons à penser que, sur ce terrain et sauf peut-être certaines exceptions rares et limitées, la notion de faute possède assez de souplesse et de fécondité pour répondre aux exigences de la conscience juridique moderne.

Mais il n'en est pas de même en *matière de droit public*, lorsqu'il s'agit de régir la responsabilité de l'Etat.

Pourquoi cette différence? Pour une raison fondamentale.

Voici deux propriétaires voisins: Leurs intérêts ont la même valeur sociale et partant, doivent avoir la même valeur juridique. Le droit ne fait pas et ne peut pas faire logiquement de distinction entre eux. Le droit de l'un sera strictement limité par le droit de l'autre. Limitation réciproque et égalitaire. Cela étant, si l'un d'entre eux fait de son bien un usage qui porte aux intérêts de l'autre un préjudice assez grave et assez anormal pour que la conscience juridique exige une réparation, cet usage peut être légitimement considéré comme abusif, comme dépassant les bornes permises, comme enfreignant une véritable obligation, et, par conséquent, comme constituant une faute. Les deux notions de «faute subjective» et de «dommage donnant droit à réparation» s'emboîtent ici parfaitement. Rien, tout au moins, n'exige qu'elles soient dissociées et l'on peut rester fidèle à la théorie traditionnelle. Par contre, les intérêts dont l'Etat doit assumer la gestion, se meuvent sur un autre plan. Entre eux et les intérêts privés, la balance n'est pas égale. L'intérêt collectif prime l'intérêt particulier. Il lui est supérieur dans la hiérarchie des valeurs sociales. Juridiquement, dès lors, la situation se présentera sous un autre aspect. Cette concordance qu'il est encore possible d'admettre entre l'idée de réparation et l'idée de faute dans les rapports individuels, devient extrêmement difficile à maintenir dans les rapports de l'Etat avec les particuliers. Il peut se faire qu'un acte étatique, sans être le moins du monde *faute*, lèse des intérêts privés à ce point respectables que le sentiment de l'équité exige

une réparation pécuniaire. Les exemples cités plus haut l'établissent avec évidence.

La jurisprudence du Conseil d'Etat français fournit, de son côté, toute une série d'illustrations du même phénomène. On sait que le Conseil d'Etat a été amené à admettre que la caisse collective est obligée de réparer non seulement les dommages causés par une *faute* administrative, mais aussi certains préjudices occasionnés par des mesures étatiques qui, bien dépouillées de tout caractère fautif, ont cependant entraîné pour les particuliers un *risque anormal*. La théorie du «risque anormal», qui est de formation assez récente, a été appliquée à des situations diverses. Elle l'a été notamment dans des cas où l'Etat avait été conduit à supprimer certains emplois administratifs par suite d'une réorganisation de ses services. Il serait impossible de prétendre que l'Administration, lorsqu'elle simplifie ses rouages et réduit le cadre de ses fonctionnaires, commet une faute subjective.

Bien loin de là, tout le monde est d'accord pour l'en féliciter, pour applaudir à son effort de compression. C'est que l'intérêt général le commande et que l'intérêt général prime tous les autres. Mais le Conseil d'Etat a sagement discerné les deux aspects d'une réforme de ce genre. Il a compris qu'elle produit ses effets dans deux sphères d'intérêts socialement et juridiquement distinctes: celle de l'intérêt collectif et celle des intérêts privés. Et, après avoir constaté la parfaite légitimité de la mesure prise, il n'a pu s'empêcher d'admettre que ses répercussions sur les intérêts privés qu'elle sacrifie seraient intolérables, si elles ne s'accompagnaient d'un droit à l'indemnisation. Ce droit, il l'a fait découler, non point d'une faute, impossible à découvrir dans l'espèce, mais de ce qu'il a appelé le «risque anormal» — expression, discutable peut-être, d'un sentiment d'équité qui ne l'est point.

Les hypothèses que nous avons envisagées pourraient être multipliées. Elles prouvent, pensons-nous, que si la théorie classique de la responsabilité, étroitement soudée à la notion de faute, est encore à la rigueur suffisante pour satisfaire aux besoins du commerce privé, elle est devenue trop étroite pour régir les rapports que la vie administrative établit entre la collectivité elle-même et les individus qui la composent. Et il ne semble guère douteux que cette insuffisance devient de plus en plus sensible à mesure que l'activité de l'Etat se développe, s'intensifie et se complique. De plus en plus, l'Etat dans la gestion des intérêts collectifs si nombreux et si divers qui sont placés sous sa sauvegarde, est amené à édicter des mesures qui lèsent l'intérêt privé et qu'il doit cependant pouvoir prendre librement, sans violer le droit, sans être placé devant l'alternative de commettre une faute juridique ou de négliger sa mission sociale. Pour répondre à cette nécessité, tout en respectant les exigences du sentiment de l'équité — qui elles aussi sont

impérieuses et ne pourraient être impunément méconnues —, la théorie civiliste de la responsabilité se révèle inadéquate. Il est indispensable, et il le deviendra, croyons-nous, chaque jour davantage, de reconnaître que la lésion de certains intérêts justifie, en dehors de toute faute, une obligation de réparer pécuniairement le préjudice souffert pour le bien de la collectivité. Quelle sera la base technique et quelle sera l'exacte mesure de cette obligation? Voilà le problème qui se pose et dont la solution ne se dégagera vraisemblablement que d'une expérience plus ou moins longue, où les discussions doctrinales éclaireront et canaliseront peu à peu les tâtonnements de la jurisprudence. Ce n'est pas du jour au lendemain que la formule définitive surgira. Mais il faut que, progressivement, les juristes cherchent à la dégrossir, et ce n'est pas y travailler que de s'enfermer à priori dans les lisières du droit civil.

L'arrêt du 5 novembre 1920 appelle donc, à notre sens, des réserves. Il n'en reste pas moins qu'il marque une étape nouvelle dans l'évolution du droit public belge et qu'il réalise un progrès très sérieux par rapport au système dont il s'est écarté.