

*« L'article 138bis, §1er du Code judiciaire et son effet papillon »*

Mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de la rentrée  
judiciaire de la cour d'appel de Mons le 1<sup>er</sup> septembre 2025

Par Monsieur le Premier Avocat général  
Jean-Paul LÉTÉ

PARQUET GÉNÉRAL PRÈS LA COUR D'APPEL DE MONS

A quelques semaines de ma retraite, je me vois confier l'honneur de prononcer la mercuriale de cette rentrée judiciaire, ... rentrée qui présente donc plutôt pour moi toutes les allures d'une sortie.

Je tiens, avant tout autre chose, à remercier Madame le procureur général de cette délicate attention qui me touche très sincèrement.

Comme toute personne qui a tenté de s'investir profondément dans ses tâches, j'avais à cœur de laisser un petit message à celles et ceux qui poursuivent ce chemin que je quitte demain.

Je suis donc très heureux que l'occasion me soit ainsi offerte d'exprimer une préoccupation qui n'est pas mince dans mon chef.

Cependant, une mercuriale n'est pas une tribune offerte à un parquetier pour qu'il y expose ses opinions personnelles sur un point de droit, ou sur un problème de société.

Si à la fin de bon nombre d'études doctrinales, nous pouvons lire que l'opinion exprimée par l'auteur n'engage que lui et, en aucun cas, le corps auquel il appartient, ce n'est pas vrai dans le cadre d'une mercuriale où là, c'est la voix du ministère public, lui-même, qui s'exprime.

Aussi, est-ce avec autant de prudence que possible que je me contenterai d'attirer votre attention sur la réalité d'un problème qui me semble constituer ce que j'appellerai, pour faire court, une potentielle bombe à retardement.

Cette image, je l'emploie à dessein, en écho aux propos tenus, voici 50 ans, par Robert LECOURT, un juriste français éminent, puisqu'il fut, notamment, garde des sceaux sous la IV<sup>ème</sup> république, avant de rejoindre la Cour de justice des Communautés européennes qu'il présidera d'ailleurs durant 9 ans.

Selon Robert LECOURT, le droit européen est porteur de charges de dynamite à effets différés. La consultation de son ouvrage *l'Europe des juges* m'a laissé perplexe, car j'ai cru voir dans ce livre qui fait tout de même bon marché des droits nationaux, une forme d'apologie du *gouvernement des juges*.

La préoccupation qui m'habite provient de ce que je redoute une utilisation trop hasardeuse de cette dynamite réellement présente dans le roc, et que j'entrevois pour le ministère public la nécessité d'assumer demain, bien au-delà du domaine pénal, un rôle assez lourd pour ses épaules.

Rassurez-vous, je ne ferai ici qu'effleurer le sujet, et ne soulèverai que quelques questions exclues d'ailleurs du domaine pénal, afin de circonscrire à une taille raisonnable le périmètre de cette rapide réflexion.

L'un des rôles essentiels du ministère public est de veiller à la sauvegarde des intérêts généraux de la société, sous toutes ses composantes, devant les cours et tribunaux.

Si son absence est évidemment impensable dans tous débats tenus devant une juridiction pénale<sup>1</sup>, le ministère public brille par son absence dans un très grand nombre de procédures civiles.

Dans le cadre de ces dernières, il faut encore distinguer les cas où il dispose d'un droit d'action qui fait de lui une véritable partie au procès de ceux où, *amicus curiae*, il n'assume qu'un rôle purement consultatif.

Le législateur a considéré qu'il était nécessaire que, par le biais d'un droit d'action spécifique, le ministère public intervienne dans certains domaines afin de veiller à une étroite protection de l'ordre public ou de certains intérêts privés particulièrement importants.

Macroscopiquement, nous dirons que le ministère public a pour mission de protéger les plus faibles en matière familiale et sociale, de veiller au bon fonctionnement de l'ordre judiciaire et de l'ordre économique.

Un nombre conséquent de dispositions légales prévoient ces actions possibles du ministère public dans divers domaines du droit civil, du droit social, du droit économique, et aussi actuellement du droit de l'environnement.

Depuis l'entrée en vigueur de deux lois du 3 décembre 2006, l'auditeur du travail dispose même d'un droit d'action civile, collective et déclaratoire qui font de lui une sorte d'ombudsman disposant de pouvoirs particulièrement étendus<sup>2</sup>.

Ce pouvoir d'action du ministère public dans le domaine civil au sens large se trouve consacré à l'article 138*bis* du Code judiciaire.

Le summum de cette consécration figure, peut-être, dans ces lignes du premier paragraphe, lesquelles disposent que le ministère public ***agit en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention.***

La chose implique qu'au nom de la préservation de l'ordre public, le ministère public peut intervenir d'office en degré d'appel, voire se pourvoir en cassation, dans des causes où il n'était pas partie à l'origine.

Le législateur, c'est évident, ne pouvait dresser une liste véritablement exhaustive des cas où l'intervention du ministère public s'avère précieuse, voire impérieuse, au civil (*sensu lato*).

Aussi, lui a-t-il accordé cette sorte de carte blanche, d'autant que la voie de la tierce opposition n'est pas ouverte au ministère public lequel ne peut jamais être considéré comme un tiers au sens où la loi l'entend<sup>3</sup>.

Au demeurant, cette voie de recours dite extraordinaire n'ayant pour conséquence, le cas échéant, que d'annuler la décision entreprise à l'égard du seul tiers, en vertu de

---

<sup>1</sup> Voyez, par exemple, Cass., 10 juin 2025, J.T. 2025, 421.

<sup>2</sup> F. LAGASSE, M. PALUMBO, *l'article 138bis du Code judiciaire – quelques notions*, Dr. Pén. entr.2009, liv.1, 97-103

<sup>3</sup> K. BOULARBAH, *Jurisprudence du Code judiciaire commentée*, La Charte, 2014, vol. IIB, p. 305 ; Pand. b., v° Tierce opposition, n° 213.

l'article 1130 du Code judiciaire, pareille situation est inconciliable avec le droit d'action précité, puisque celui-ci vise à voir remédier à l'égard de tous une décision qui met en péril l'ordre public et ne peut, partant, être maintenue.<sup>4</sup>

Il n'empêche que cette carte blanche, déjà donnée par le législateur de 1810, a toujours été perçue d'un œil suspicieux et assez peu enthousiaste par la Cour de cassation, de même que par le Conseil d'Etat lorsqu'il fut consulté, nettement plus tard, sur le sujet<sup>5</sup>.

Soyons de bon compte et convenons du fait que le ministère public, lui-même, ne tenait pas non plus à intervenir dans un nombre trop élevé d'affaires civiles, ayant déjà tant à faire au pénal.

Par ailleurs, il l'admet de bonne grâce, le ministère public, même s'il était autrement nanti sur le plan humain et organisationnel, n'a pas à s'immiscer dans les intérêts privés des parties, sans de très sérieuses raisons.

Rendu le 2 mars 1923 sur les conclusions du procureur général LECLERCQ, un arrêt de la Cour de cassation est parvenu à un équilibre dont la solidité se vérifie encore 102 ans plus tard.

Son enseignement, toujours actuel donc, est le suivant : en vertu de l'article 138*bis*, §1<sup>er</sup> du Code judiciaire, **le ministère public est, en matière civile, recevable à agir d'office lorsque l'ordre public est mis en péril par un état de chose auquel il importe de remédier.**

On remarquera donc qu'il ne suffit pas qu'une loi d'ordre public ait été violée pour justifier ce droit d'action. Ce dernier ne saurait procéder du seul souci de faire respecter les lois d'ordre public prises *in abstracto* ; cette action de caractère exceptionnel doit avoir en vue l'élimination d'une situation concrète dont l'existence offense l'ordre public<sup>6</sup>.

Faut-il d'ailleurs que ce péril couru par l'ordre public soit précisément le fait d'une violation d'une norme d'ordre public *sensu stricto* ?

Il est piquant de constater que les réponses apportées au fil du temps à cette question par le parquet de cassation lui-même sont teintées de nuances.

Pour l'avocat général WERQUIN, aux termes de conclusions particulièrement développées sous un arrêt du 23 mars 2023<sup>7</sup>, la réponse est affirmative : il faut une violation d'une règle d'ordre public et un trouble profond dans la société.

Cependant, certains de ses collègues ont, avant lui, émis un avis moins catégorique quant à cette première condition.

<sup>4</sup> Liège, 14 octobre 1993, JLMB1994, 746, note P.H., RDP 1994, 906.

<sup>5</sup> Doc. Parl. Sénat, session 1963-64, p.804 à 8806 ; MEEÛS, *Le ministère public dans l'action judiciaire*, Ann. De droit Louvain 1968, p. 386.

<sup>6</sup> C. JOISTEN, *L'action du ministère public en matière civile*, rapport annuel de la Cour de cassation 2024, 175-191.

<sup>7</sup> R.G. C.22.0029.F.

Pour Madame LIEKENDAEL, alors avocat général, non il ne fallait pas qu'une règle d'ordre public fut violée, il suffisait que l'illégalité invoquée mette en péril l'ordre public.<sup>8</sup>

Monsieur l'avocat général WERQUIN d'ailleurs convient lui-même que la deuxième condition prend le pas sur la première.

Nous ne relevons l'anecdote que pour souligner une seule chose : le caractère assurément peu évident que présente, de bout en bout, l'ensemble de cette question jurisprudentielle.

Une disposition simplement impérative qui participe à un certain ordre public peut-elle se trouver à l'origine du péril susceptible de justifier l'intervention d'un procureur ? La bonne réponse est « peut-être » !

En quoi consiste d'ailleurs véritablement cette notion *d'ordre public* ?

Les grands juristes belges, français, européens qui se sont consacrés à l'étude de cette question ont tous renoncé à lui apporter quelque réponse aboutie.

Il existe dans le domaine du droit une série de notions qui paraissent évidentes *prima facie*, mais qui se révèlent bien moins limpides lorsqu'on les examine de plus près.

Prenons l'exemple du *bon père de famille*. Tout le monde en parle, mais personne ne l'a jamais vu.

Il en va de même pour *l'ordre public*.

Pour le professeur français Ph. MALAURIE, l'ordre public, « *nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert* ». <sup>9</sup>

Alors, l'ordre public, que recouvre véritablement ce concept ?

Dans ses conclusions précitées de 2023, Monsieur l'avocat général WERQUIN s'est plu à dresser un rapide historique des définitions esquissées par certains de ses prédécesseurs sur ce sujet de *l'ordre public*.

En 1881, le procureur général FAIDER écrivait ceci : « *la loi s'est gardée de définir la notion d'ordre public parce que cette définition est impossible par voie d'expressions générales ou abstraites ; elle est impossible par voie d'énumération, tous les cas ne pouvant être prévus ou indiqués* »<sup>10</sup>. Quelques lignes plus loin, il répétait : « *on ne sait pas a priori ce qui constitue l'ordre public* ».

Pour le procureur général TERLINDEN, l'ordre public est une chose qui se sent plus qu'on ne la définit, et dans ses conclusions précédant un arrêt du 12 mai 1922<sup>11</sup>, il reprenait les termes de son collègue, Monsieur le procureur général de la Cour de cassation de France DUPIN : « *A quoi reconnaît-on qu'une loi est d'ordre public ? Je serais tenté de dire qu'on la reconnaît à ce qu'elle s'adapte à une situation menaçante pour la société et qu'elle doit avoir pour but de parer à un réel danger social, de telle*

<sup>8</sup> Note sous Cass., 8 novembre 1985, RG. 3753.Pas., 1985, I, n° 158.

<sup>9</sup> P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1954, spéc. p.3, n°1.

<sup>10</sup> Pas., 1881, I, 243.

<sup>11</sup> Cass., 12 mai 1922, Pas., 1922, I, 296.

*sorte qu'une loi d'ordre public est, en d'autres termes, une loi de sauvegarde ou de salut public. Quels sont ses caractères essentiels ? J'en souligne deux : elle doit être générale, c'est-à-dire s'appliquer à tous les citoyens, et ne connaître ni tempéraments, ni exceptions et elle ne transige jamais, tout ce qui lui est contraire étant frappé de nullité ou de caducité absolue »<sup>12</sup>.*

1881, 1922, tout cela date, et encore, ne vous ai-je pas dit que les propos du procureur général DUPIN remontent à 1861.

Est-ce vraiment la peine de s'en tenir à des points de vue aussi anciens ?

Si, en 2023, Monsieur l'avocat général WERQUIN juge opportun de les rappeler, c'est que peut-être ils ont le mérite d'exprimer une évidence que le temps ne fera qu'intensifier : l'ordre public est une notion des plus fluides et variables.

On peut encore citer d'autres grands noms du ministère public qui, dans un passé plus proche, ont livré un regard semblable sur ce concept d'ordre public<sup>13</sup>.

Nous vous ferons grâce des différentes étapes de la réflexion à laquelle notre Cour de cassation s'est livrée pour aboutir à sa propre conception de l'ordre public. Sachez simplement que depuis un arrêt du 9 décembre 1948, elle réitère constamment l'enseignement suivant :

*« Une loi intéresse l'ordre public lorsqu'elle touche aux intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ou qu'elle fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »<sup>14</sup>.*

Que voilà de bien hautes cimes.

Ajoutons que la seule nouveauté dans cette jurisprudence réside actuellement dans le fait qu'elle n'évoque plus seulement les intérêts de l'Etat, mais aussi ceux des Communautés et des Régions<sup>15</sup>, Etat fédéral oblige.

A l'aune de cette image plutôt élevée de *l'ordre public* lequel de surcroît doit être *mis en péril* pour que l'intervention du ministère public soit recevable, on serait tenté de croire que l'article 138bis, §1er du Code judiciaire se range au nombre de ces carillonnantes dispositions légales qui, en fin de compte, ne servent pas à grand-chose.

Si notre taciturne Cour de cassation s'étend rarement sur les raisons pour lesquelles l'ordre public est ou non mis en péril à ses yeux dans les cas qui lui sont soumis sur pied de cette disposition du Code judiciaire, les conclusions déposées par ses avocats généraux nous éclairent davantage.

---

<sup>12</sup> D.P. 1862, I, 10.

<sup>13</sup> W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *l'Ordre public et les droits de l'homme*, J.T. 1968, pp. 658-663 ; E. KRINGS, *Considérations sur l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs et le pouvoir judiciaire*, J.T. 1989, pp. 521 à 532.

<sup>14</sup> Cass., 19 décembre 1948, Pas., 1948, I, 699.

<sup>15</sup> Cass., 19 mars 2007, pas., 2007, I, n°145.

D'une pierre, faisons deux coups, et citons les conclusions de l'avocat général GENICOT précédant un arrêt du 7 février 2013 lesquelles se font l'écho du point de vue précédemment exposé, en 1980, par le procureur général DUMON <sup>16</sup> :

La notion de « *péril auquel il importe de remédier* » implique, au-delà de l'aspect individuel de l'atteinte, une mise en cause des principes fondamentaux susceptibles de porter préjudice à des intérêts plus généraux tels que l'organisation judiciaire, la sécurité juridique ou la paix sociale ainsi menacées par un péril qui dépasse le seul aspect individuel de l'atteinte.

Cette grille de lecture, pour générale qu'elle demeure, nous aide à réaliser que les calendes grecques ne constituent pas forcément le seul temps où l'on peut invoquer l'article 138*bis*, §1<sup>er</sup> du Code judiciaire.

Si, par exemple, des manœuvres dolosives en viennent à porter atteinte non seulement à l'ordre des familles, mais encore à la loyauté des débats judiciaires et à l'autorité des décisions de justice, on conviendra qu'il est permis d'invoquer une mise en péril de l'ordre public.

Dans une étude publiée au sein du rapport annuel de la Cour de cassation de 2024, la référendaire Céline JOISTEN s'est livrée à une remarquable analyse présentant sous tous ses angles l'article 138*bis* du Code judiciaire.

L'étude qui s'intitule : *l'action du ministère public en matière civile* aborde évidemment les critères à partir desquels, il paraît justifié de craindre la mise en péril de l'ordre public.

L'auteure distingue deux catégories de situations à prendre essentiellement en compte.

D'une part, la perturbation des pouvoirs de l'Etat, et spécifiquement celui du pouvoir judiciaire.

En second lieu, la perturbation de l'ordre familial, économique et social.

Pour en revenir à la première catégorie, les choses paraissent claires, surtout lorsque le grave désordre se produit au sein même de l'appareil judiciaire.

C'est, en effet, la fin de tout si un juge, dans un moment d'égarement intellectuel ou d'une autre nature, foule du pied les règles de base de la procédure judiciaire.

C'est, par exemple, le cas lorsqu'une décision de justice bouleverse le respect des compétences entre les juridictions pénales et civiles, ou lorsqu'un juge devant statuer en référé tranche le fond d'un litige qui le passionne manifestement un peu trop ; c'est aussi le cas lorsqu'un tribunal se montre oublieux de l'indépendance qui doit exister entre siège et parquet.

Nous l'avons dit, l'action directe du parquet fondée sur l'article 138*bis*, §1<sup>er</sup> du Code judiciaire ne saurait se justifier par le seul souci de faire respecter les lois d'ordre public prises *in abstracto*.

---

<sup>16</sup> Concl précédent Cass., 14 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 696.

Force est pour la partie publique de démontrer la réalité d'une situation concrète qui menace gravement l'ordre public.

La chose est très simple lorsque la situation problématique saute aux yeux, mais l'exercice devient plus mal aisé dans les autres hypothèses, et c'est un véritable ricochet que doit réussir le ministère public. Un réel *quitte ou double*.

Alors que pour le justiciable, la démarcation entre *recevabilité* et *fondement* de sa demande n'est source que de peu de difficultés, s'agissant du ministère public lorsqu'il invoque l'article 138*bis*, §1er du Code judiciaire, tout est d'emblée lié.

L'action du ministère public n'étant recevable sur pied de cette disposition que s'il établit la mise en péril de l'ordre public, la démonstration réussie, son action s'avère *ipso facto* fondée, d'une pierre, il fait deux coups.

Dans ce cas de figure procédural, il est plus qu'improbable que l'action du ministère public soit déclarée non fondée, après avoir été déclarée recevable<sup>17</sup>.

Que les bonnes âmes se rassurent, le ministère public réussit rarement cet exploit.

C'est là un phénomène juridique des plus curieux : si, au stade donc de la recevabilité, la réflexion juridico intellectuelle que livre le ministère public pêche par un manque d'exhaustivité aux yeux de la Cour, cette dernière se contentera de baisser le pouce comme le faisaient à Rome les empereurs.

Il faut ajouter que dans ce cadre de l'article 138*bis*, §1er du Code judiciaire, l'exercice du pourvoi s'avère sans merci pour tout demandeur en cassation ayant péché par quelque imprévoyance.

Dans l'hypothèse où une cour d'appel s'est laissée convaincre par le ministère public de la réalité d'un trouble profond heurtant l'ordre social, la partie adverse ne pourra rien espérer d'un pourvoi en cassation, si elle a négligé de contester la recevabilité de l'intervention du ministère public devant cette cour d'appel.

Xavier MINY<sup>18</sup>, Auditeur au Conseil d'Etat et Maître de conférence à l'Université de Liège, a récemment mis en exergue, dans la revue juridique familièrement appelée JLMB, la singulière finesse de cet exercice procédural que le procureur général HAYOIT de TERMICOURT appelait pour le parquet « *l'action publique civile* ».

La Cour de cassation ne constituant pas un troisième degré de juridiction, il est normal que les choses se passent de la sorte devant elle, mais il est quand même dommage que, lorsqu'il est question d'un ordre public possiblement en péril, le débat soit corseté de la sorte.

Qu'il ait eu ou non l'occasion de prendre part aux débats judiciaires antérieurs, le ministère public, lorsqu'il invoque l'article 138*bis*, §1er du Code judiciaire, doit donc s'efforcer de dissenter congrument et d'analyser exhaustivement son sujet, à peine d'être éconduit à coup presque sûr.

---

<sup>17</sup> C. JOISTEN, *op. cit.*, p. 185.

<sup>18</sup> X. MINY, *Reconnaissance du statut d'apatride, ministère public et ordre public : la Cour de cassation remet (à nouveau) les points sur les 'i'*, JLMB 2025, pp. 20-23.

Le propos vaut aussi pour la cour d'appel qui partagerait la vision du ministère public quant au danger entrevu pour l'ordre public dans une espèce donnée.

Un arrêt perçu comme lapidaire sera certainement cassé.

La Cour d'appel de Liège l'a appris plusieurs fois à ses dépens dans des affaires d'apatridie où elle avait estimé, à l'instar du procureur général de Liège, que la reconnaissance injustifiée de la qualité d'apatride, avec la suite d'effets juridiques qu'elle pouvait induire, était susceptible de mettre en péril l'ordre public.

En dépit des efforts rédactionnels que l'on peut, nous semble-t-il, reconnaître à l'arrêt rendu, le 10 novembre 2023, par la cour d'appel de Liège, celui-ci a encore été retoqué par la Cour de cassation, le 10 octobre 2024.

Pour la petite histoire, cette dernière fit logiquement de même, aux termes d'un arrêt du 6 février 2025 cassant un arrêt liégeois rendu le 17 avril 2024, soit antérieurement à son arrêt du 10 octobre 2024.

Dans ces affaires, mettant en cause des requérants palestiniens, le propos du ministère public liégeois était de dire que l'autorité palestinienne reconnaissant ces gens comme des ressortissants palestiniens, ceux-ci ne pouvaient être déclarés trop rapidement apatrides.

Fallait-il que le collègue liégeois ose écrire, à l'instar d'un polémiste, qu'avec des règles élastifiant la reconnaissance de l'apatridie, demain toute la population de Gaza pourrait devenir belge, si d'aucuns lui conseillent la chose ?

Peut-on demander à un procureur de s'exprimer à propos de l'ordre public comme le ferait un politique, voire un polémiste ? Poser la question, c'est déjà commencer à y répondre.

Le ministère public n'a évidemment pas à prendre la place de ces personnages, mais la largeur de la voie qu'il peut emprunter est inversement proportionnelle à celle qui caractérise les espaces au sein desquels l'ordre public peut être maintenant ébranlé par des acteurs qui se laissent aller parfois à un rôle très trouble.

Il ne faut plus le taire, certains jouent avec le droit et ce, notamment, à la faveur du principe de la primauté du droit conventionnel directement applicable, lequel droit s'avère d'une très grande plasticité.

Notre propos n'est certainement pas de quereller cette règle de la primauté des normes de droit international conventionnel avec effets directs dans l'ordre juridique national sur les normes de droit interne.

Notre Cour de cassation a consacré ce principe, il y a plus de cinquante ans, dans un arrêt du 27 mai 1971<sup>19</sup>, et notre Cour constitutionnelle a pleinement abondé depuis dans ce sens<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Cass., 27 mai 1971, Pas., I, p. 866, conclusions conformes du procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH.

<sup>20</sup> C.C. (audience plénière), 7 novembre 2013, n° 146/2013, CA.A-A, 2013, p. 2655.

La 2<sup>ème</sup> chambre néerlandophone, de la Cour de cassation a encore rappelé aux termes d'un arrêt du 19 décembre 2023<sup>21</sup>, qu'il appartient au juge d'interpréter et d'appliquer la Convention européenne des droits de l'homme et notre Constitution ; la chose est vraie tant au civil qu'au pénal.

Comme déjà dit, nous laisserons de côté ce dernier domaine, pour n'envisager ici que le droit civil au sein duquel, la mise en péril de l'ordre public paraît souvent moins aisée à mettre en lumière.

C'est donc l'essence même du droit européen que de se laisser perpétuellement interpréter.

Pour ne citer que quelques exemples, les articles 6, 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme couvrent des horizons qui n'ont de cesse de reculer.

La chose présente néanmoins un certain revers.

Plus on élargit le spectre interprétatif du droit à partir de principes qui se veulent très généraux, plus on est en mesure de faire dire à ce dernier ce que l'on veut ou, pour parler sans fard, de lui faire consacrer ce que dicte le courant idéologique dominant

La chose est particulièrement évidente en droit civil.

Dans le cadre de celui-ci, dès lors qu'une personne se disant titulaire d'un droit subjectif allègue qu'une atteinte a été portée à ce droit et qu'elle demande réparation du préjudice prétendument subi, le pouvoir judiciaire peut et doit connaître de la contestation. Il est qualifié pour ordonner la réparation du dommage, même dans le cas où l'auteur de la lésion serait l'Etat ou quelque autre personne de droit public.

Cette jurisprudence dont l'origine remonte au célèbre arrêt *Flandria* rendu par la Cour de cassation, le 5 novembre 1920, a pris un essor dont l'ampleur actuelle pose question.

L'idée que l'administration réponde de ses fautes, manquements et erreurs a plutôt aisément tracé son chemin au fil du temps.

Toutefois, la mise en cause progressive de toutes les composantes du pouvoir public a provoqué une montée du judiciaire dans les arbitrages politiques à un niveau tel qu'il conduit à s'interroger aujourd'hui sur ce qu'il advient de la frontière censée garantir la séparation des pouvoirs.

De surcroît, celles et ceux qui s'en prennent aux pouvoirs publics *sensu lato* n'entendent plus seulement fonder leurs griefs sur l'allégations de fautes caractérisées ou de méconnaissance de normes supérieures dans le chef de ceux-ci, mais réclament également la soumission à un contrôle juridictionnel de l'inaction qu'elles reprochent tant au pouvoir exécutif qu'au pouvoir législatif lui-même.

---

<sup>21</sup> Cass., 19 décembre 2023, et la note de F. KUTY, *La cause de justification déduite du respect des droits fondamentaux*, R.D.P. 2025, pp. 480 à 487.

Lorsque le juge en vient aussi à apprécier l'existence d'une faute éventuelle pour méconnaissance de la norme générale de prudence, dans le chef du législateur, ne se permet-il pas de franchir une frontière dont les bornes sont gravées dans le marbre ?

Ce n'est évidemment pas en l'espace des quelques minutes restantes qu'il est envisageable de faire le tour de cette question laquelle a d'ailleurs déjà fait l'objet de nombreuses et savantes études<sup>22</sup>.

Comme l'observaient Nicolas BERNARD, référendaire à la Cour constitutionnelle, et Norman VANDER PUTTEN, aspirant au FNRS, dans un numéro spécial du journal des tribunaux consacré, en 2020, au centenaire de l'arrêt *Flandria*, on ne s'embarrasse plus - nous les citons - d'un « *détour droit-de-l'homme* » et on fonde son action, simplement, sur le régime classique de la responsabilité civile extracontractuelle des pouvoirs publics pour erreur de conduite<sup>23</sup>.

Le propos de ces auteurs visait une espèce mettant en cause le pouvoir exécutif, mais il en va de même actuellement s'agissant du législateur.

On en vient à plaider l'existence d'une faute consistant, soit en un comportement qui s'analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère d'un législateur normalement soigneux et prudent placé dans les mêmes conditions, soit, sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, en un comportement qui viole une norme de droit qui impose à cette autorité législative de s'abstenir ou d'agir d'une manière déterminée.

En 2007, le professeur Sébastien VAN DROOGHENBROECK commentant un arrêt rendu le 28 septembre 2006 par la Cour de cassation s'inquiétait de ce que si elle n'affirmait, ni n'impliquait, la soumission du législateur au standard de l'autorité publique normalement prudente et diligente, cette décision ne l'excluait pas.

Cet auteur de prédire alors un avenir où *le juge de la responsabilité côtoiera de très près une frontière que le principe de la séparation des pouvoirs lui interdit de franchir*<sup>24</sup>.

Dans cette longue et importante étude, le professeur VAN DROOGHENBROECK se permettait d'indiquer qu'il n'était pas seul à penser de la sorte, citant, notamment, ses collègues Marc UYTENDAELE et Rusen ERGEC<sup>25</sup>.

Dans une nouvelle étude publiée dans le journal des tribunaux de 2018, le professeur VAN DROOGHENBROECK tentait de se rassurer en notant que la boîte de Pandore n'avait pas encore laissé s'échapper grand-chose<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Pour une liste d'études et commentaires sur ce sujet, voir F. BOUHON, *La responsabilité civile pour faute du législateur*, J.T.2020, p. 745.

<sup>23</sup> N. BERNARD, *La responsabilité civile de l'Etat pour faute du pouvoir exécutif*, J.T. 2020, p. 738.

<sup>24</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *Arriéré judiciaire et responsabilité de l'Etat-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs*, RCJB 2007, p. 412.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 392.

<sup>26</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité de l'Etat-législateur : une très remarquable construction jurisprudentielle*, obs. sous Cass., 28 septembre 2006., J.T. 2018, pp 600 à 603.

La suite de l'article trahissait cependant une profonde inquiétude qu'exprimaient des questions telles que celles-ci :

- quand peut-on affirmer qu'une norme supra législative impose au législateur d'agir ou de s'abstenir d'agir de manière suffisamment déterminée ?
- comment concrétiser, tout en évitant les extrêmes de l'excessive bienveillance ou du gouvernement des juges le standard du législateur « *normalement prudent et diligent* » ?

L'auteur de s'étonner que la réforme du Code civil, alors en gestation, ne prévoyait pas de régime dérogatoire concernant la responsabilité de l'Etat pour faute du pouvoir législatif.

Notre Cour de cassation, quant à elle, a d'autant moins hésité à extrapoler sa jurisprudence relative à la responsabilité du pouvoir exécutif à celle du fait de la fonction législative que la Cour de justice de l'Union européenne enseigne qu'en matière de responsabilité de l'Etat, ce dernier doit être considéré dans son unité<sup>27</sup>.

Aux termes d'un arrêt, cette fois on ne peut plus explicite, la Cour de cassation a consacré, le 15 décembre 2022, le principe selon lequel la responsabilité du législateur peut être engagée pour la seule violation du comportement normalement prudent et diligent, du fait d'un acte ou d'une abstention d'acte<sup>28</sup>.

Dans une étude parue dans le journal des tribunaux en 2023, le professeur Frédéric BOUHON et Lucas FONTAINE s'attardent sur ce qu'ils appellent très pudiquement les réserves conceptuelles et les obstacles pratiques auxquels force est de songer au regard de cette jurisprudence qui entend faire définitivement du législateur un justiciable ordinaire<sup>29</sup>.

Avec un talent qui conjugue un sens aigu de l'analyse juridique et celui d'une grande diplomatie, ces auteurs parviennent à nous faire comprendre, à mots assez peu couverts, que le gouvernement des juges s'il n'est pas devenu une réalité, n'a cependant plus rien d'un fantasme.

Ils observent que l'immixtion du juge dans la sphère de compétence du législateur devient évidente tant au niveau du constat de la prétendue faute qu'au moment de déterminer le moyen de réparer le dommage causé.

Ces auteurs de conclure : « *Si l'arrêt du 15 décembre 2022 s'inscrit dans la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation avec une cohérence qui le rend peu surprenant, il met néanmoins dans les mains du pouvoir judiciaire un outil de contrôle de l'attitude du législateur à manier avec prudence* »<sup>30</sup>.

Il est évident que la prudence s'impose, mais peut-être, faut-il appeler un chat un chat.

<sup>27</sup> F. BOUHON, *La responsabilité civile pour faute du législateur*, Anno 2020, J.T. 2020, p.745-749.

<sup>28</sup> Cass., 15 décembre 2022, C.21.0003.F, J.T. 2023, p. 614.

<sup>29</sup> F. BOUHON, L. FONTAINE, *La responsabilité extracontractuelle de l'Etat législateur imprudent : un pas de plus, un pas de trop ?* J.T. 2023, pp. 609 à 613.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 613.

Parler *d'outil de contrôle*, est-ce que nous appellerons, suivant l'expression consacrée, *pudeur de rosières et prudence de violettes*.

Certes, parler de *bâton de dynamite* serait peut-être excessif, mais nous ne serions pas les premiers à oser utiliser le terme.

Le 30 novembre 2023, appelée à statuer sur la question de la responsabilité de nos trois Régions en matière d'inaction climatique, la cour d'appel de Bruxelles a rendu une décision dite affaire *ASBL Klimaatzaak* que je me limiterai à qualifier d'assez *décoiffante*.

Ce n'est assurément pas à l'entame de la dernière minute de cette mercuriale que je pourrais traiter sérieusement de la judiciarisation du contentieux climatique.

Par ailleurs, cette procédure bruxelloise a fait l'objet d'un pourvoi en cassation sur lequel il n'a pas encore été statué.

D'éminents membres de la Cour de cassation rehaussant de leur présence cette audience solennelle, je me dois d'autant plus de garder le silence sur cet arrêt bruxellois.

L'article cosigné par Nicolas BERNARD et Norman VANDER PUTTEN dans le journal des tribunaux en 2020 a précisément évoqué cette affaire *Klimaatzaak*, alors pendante en amont de la procédure.

Les deux auteurs jettent dans ces lignes un regard interrogateur, pour ne pas dire inquiet, sur l'évolution de ce qu'ils nomment le *droit prospectif* qui - nous les citons - *se judiciarise au fil des ans, à mesure que nous passons d'une nomocratie à une téléocratie*<sup>31</sup>.

Que les personnes qui ne connaissent pas ce que couvrent ces deux notions sachent simplement que *nomocratie* et *téléocratie* sont des cousines éloignées de la *démocratie* au sens classique que nous pouvions lui prêter jusqu'à présent.

Le silence dont nous couvrons l'arrêt bruxellois précité est peut-être d'autant moins dommageable que, depuis un arrêt du 9 avril 2024, nous disposons du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme sur la politique judiciaire envisageable en matière de réchauffement climatique.

Selon le professeur VAN DROOGHENBROECK, l'enseignement strasbourgeois peut en l'occurrence être succinctement résumé comme suit : la question du changement climatique peut être saisie par les droits de l'homme, et sa dimension pour partie politique n'ôte rien à sa justiciabilité<sup>32</sup>.

C'est la Suisse qui s'est vue en l'espèce condamnée pour l'insuffisance des mesures adoptées pour lutter contre les effets du changement climatique.

---

<sup>31</sup> N. BERNARD, N. VANDER PUTTEN, *op.cit.*, p. 739.

<sup>32</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *Le réchauffement climatique et ses remèdes strasbourgeois : au cœur d'une politique judiciaire*, Rev. Trim. Dr. h., 2024, pp. 867-889. ; C. BERTAUX et C. JADOT, *Le contentieux climatique est aussi, et enfin, un contentieux strasbourgeois*, J.T.2024, pp. 689 à 701.

Le paragraphe 412 de cet arrêt *Verein Klima Seniorinnen Schweiz* du 9 avril 2024 mérite une attention particulière :

« Une intervention juridictionnelle y compris de la Cour, ne peut remplacer les mesures qui doivent être prises par les pouvoirs législatif et exécutif, ou fournir un substitut à celles-ci. Toutefois, la démocratie ne saurait être réduite à la volonté majoritaire des électeurs et des élus, au mépris des exigences de l'Etat de droit. La compétence des juridictions internes et de la Cour est donc complémentaire à ces processus démocratiques. La tâche du pouvoir judiciaire consiste à assurer le nécessaire contrôle de la conformité avec les exigences légales. La base juridique de l'intervention de la Cour se limite toujours à la Convention, qui donne aussi à la Cour le pouvoir de vérifier la proportionnalité des mesures générales adoptées par le législateur national ».

Une analyse exhaustive de ces quelques lignes appellerait l'écriture d'un livre épais de plusieurs centaines de pages, mais on pressent d'emblée que tant la notion classique de *démocratie* que le concept d'*Etat de droit* sont remis en question et pourront d'ailleurs l'être désormais par bien d'autres personnes que les seuls représentant des peuples.

Des activistes de tous bords, mais qui ont en commun le fait de n'entretenir que des liens ténus avec la sagesse et la raison vraie, risquent demain de sortir de plus en plus nombreux du bois.

Le phénomène s'observe déjà. On a ainsi tenté d'engager la responsabilité de 33 Etats parties à la Convention, dont la Belgique, en raison d'incendies au Portugal.

A la date précitée du 9 avril 2024, la cour strasbourgeoise a rejeté cette demande dans le cadre de laquelle 6 enfants portugais s'opposaient prétendument à leur pays ainsi qu'à 32 autres<sup>33</sup>.

De même, dans une affaire *Carême contre France*, la Cour européenne des droits de l'homme, par une autre décision du 9 avril 2024, a encore déclaré irrecevable l'action d'un ancien maire de la commune de Grande-Synthe, après avoir constaté que celui-ci ne vivait même plus en France<sup>34</sup>.

Que la Belgique soit désignée comme coresponsable d'incendies au Portugal, nous pouvons l'entendre dans le cadre d'un débat politique ou de société, mais pas dans celui d'un débat judiciaire où les règles de l'administration de la preuve reposent sur des devoirs d'expertise effectués à l'aune de règles censées garantir des résultats assurément fiables et sûrs.

La Suisse digère difficilement sa condamnation. En France, Le premier président de la Cour de cassation, Monsieur SOULARD, dénonce la montée d'un populisme anti judiciaire qui consiste à laisser penser que les juges auraient pris le pouvoir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> *Duarte Agostinho et autres c. Portugal et 32 Etats membres*.

<sup>34</sup> M. TORRE-SCHAUB, *La Cour européenne des droits de l'homme botte en touche, libres propos autour de l'arrêt Carême c. France*, obs. sous C.E.D.H 9 avril 2024, JLMB 2024, pp. 1341-1344. .

<sup>35</sup> Interview à Médiapart du 8 juin 2025.

En Belgique, n'attendons pas que l'image de la Justice s'écorne davantage qu'elle ne l'est déjà.

Tel est le souci qui a présidé à l'écriture de cette mercuriale qui n'a d'autre propos que celui d'attirer l'attention sur un problème dont la latence ne sera pas infinie chez nous et qui mérite réflexion de la part de tous, et certainement dans le chef de l'entière des acteurs judiciaires.

Il est acquis, de longue date, que le ministère public peut agir ou exercer un recours pour restaurer le respect des attributions respectives des pouvoirs judiciaire et exécutif<sup>36</sup>.

Il peut tout autant le faire quand c'est le pouvoir législatif qui est lui-même mis sur le grill.

Ces derniers temps, certains débats d'intérêt majeur pour la société belge se sont déroulés littéralement dans le dos du ministère public, et c'est profondément regrettable, dans la mesure où se posait en filigrane la question de la séparation des pouvoirs. Je pense, notamment, ici à la question de la surpopulation carcérale.

Nous sommes d'avis que le ministère public ne doit pas hésiter à intervenir d'office dans toute espèce où paraît se profiler cette question du respect de la séparation des pouvoirs, principe qui constitue assurément la pierre angulaire de l'Etat de droit.

Dans une affaire où le juge en vient à dire au législateur ce qui doit être fait au nom de principes généraux aux contours si peu statiques, la crainte d'une crise susceptible de faire vaciller des règles fondamentales d'ordre public n'est pas feinte.

C'est l'instant de rappeler que le ministère public en Belgique, tient ses pouvoirs de la Nation et agit au nom de celle-ci. Il ne représente pas les intérêts - particuliers ou publics - de l'Etat. Il n'est jamais l'organe de l'Etat, il est par essence indépendant.

A ce titre, il doit veiller à ce que rien ne mette en péril l'ordre public, élément essentiel de la collectivité.

C'est en ces termes que Monsieur l'avocat général WERQUIN, dans les conclusions déjà citées, achève son étude des principes qui président à l'application de l'article 138*bis* du Code judiciaire.

Suivant en cela les conclusions de Monsieur le procureur général DUMON, un arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1980 a clairement consacré cette autonomie pleine et entière du ministère public par rapport à l'Etat dans une espèce où il était précisément question de l'article 138*bis* du Code judiciaire<sup>37</sup>.

Enfin, nous ne voudrions pas terminer cette mercuriale en restant sur ce sentiment que la notion d'ordre public est particulièrement insaisissable.

En 1995, le Centre de Droit privé et économique de l'Université libre de Bruxelles a publié un recueil d'études et de conférences se focalisant sur l'ensemble des angles

---

<sup>36</sup> Cass., 14 septembre 1989, Pas., 1990, p. 55, n° 35.

<sup>37</sup> Cass., 14 février 1989, RDP 1980, p. 765 et suiv.

pouvant composer la notion d'ordre public. Il s'agit, à notre estime, d'une contribution très intéressante à l'éclairage de cette question souvent présentée comme désespérément obscure<sup>38</sup>.

Résumer en quelques mots cette somme de réflexions sur un sujet si dense relèverait d'une gageure à laquelle on renoncera évidemment.

L'un des mérites essentiels de cet ouvrage collectif est de nous aider à réaliser que le concept d'ordre public n'a rien de monolithique.

Selon Jean-François ROMAIN, l'ordre public général peut être décomposé en deux parties complémentaires et d'intensités différentes.

La première exprime pour l'essentiel le respect des libertés et droits fondamentaux des individus, la seconde, le respect de l'intérêt général et des droits d'autrui.

Tandis que la première implique l'affirmation de droits et libertés, la seconde se manifeste par un système dérogoire aux droits et libertés au nom de la défense de l'intérêt général et des droits d'autrui.

L'ordre public promeut idéalement le respect des libertés individuelles tout en recherchant le bien commun et en maintenant l'ordre essentiel de la société.

Ce n'est pas un hasard si la tension qui se produit naturellement entre ces composantes est résolument inhérente à l'économie générale de la Convention européenne des droits de l'homme.

Tout cela est donc fort bien, mais en cas d'exacerbation trop vive de cette tension et de son éventuelle perte de contrôle, l'ordre public peut se trouver aux prises avec des risques dont le ministère public doit s'inquiéter de l'ampleur, parce qu'il y va de la préservation de l'intérêt général, voire de la paix sociale.

L'intensité des tensions qui se produisent en 2025 dans certains domaines tels, par exemple, ceux traitant du réchauffement climatique, ou de la surpopulation carcérale, n'a plus grand-chose à voir avec ce que l'on pouvait connaître comme questions cent ans plus tôt.

Pour naturelles qu'elles soient, ces tensions n'en menacent pas moins l'ordre public qui doit être pensé d'une façon bien plus syncrétique que celle retenue jusqu'à présent.

Si nous restons pleinement acquis à l'idée que le ministère public doit se prévaloir de l'article 138*bis* du Code judiciaire avec le plus grand des discernements, nous sommes d'avis que, représentant de la Nation, il ne doit pas hésiter à s'inviter dans des débats judiciaires lorsque, notamment, la paix sociale pourrait être compromise tant par l'activisme exacerbé de certains que par l'éventuelle porosité entre des principes présentés comme généraux et des orientations idéologiques qui, pour dominantes qu'elles soient, ne doivent être amalgamées trop vite à ces derniers.

---

<sup>38</sup> *L'ordre public concept et applications*, ouvrage collectif, Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, Vol. III, Bruylant 1995.

Le populisme judiciaire, encore que nous répugnons à reprendre cette expression, c'est à notre estime, le ministère public qui par son statut et son action, peut le contenir au mieux, sans quoi le feu d'artifice dont certains se réjouissaient par avance, pourrait mal tourner et allumer une poudre aux effets beaucoup moins festifs.

Les propos qui s'achèvent auraient pu n'être adressés qu'aux seuls parquetiers, mais il se trouve que trop souvent ceux-ci ne découvrent l'existence de graves débats judiciaires civils qu'avec un retard ne permettant plus d'éviter la forclusion.

Le sens de cette mercuriale est donc également pour le ministère public de se rappeler au bon souvenir de certains. Ceux-ci se reconnaîtront.

-----