

Troisième chapitre : L'ordre public en droit privé

III.1. L'ordre public

III.1.1. Une terminologie à maîtriser

164. L'ordre public se manifeste également en droit privé ^{3/1}.

Au moins depuis 1804, le législateur se réfère aussi bien à la notion générale de l'ordre public, qu'à la loi qui intéresse l'ordre public.

L'article 1133 du Code civil ^{3/2} dispose que la cause (d'une obligation contractuelle) est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Le législateur continue par ailleurs à se servir de la notion générale de l'ordre public dans des lois récentes. ^{3/3}

La loi qui intéresse l'ordre public figure pour sa part à l'article 2 (anciennement 6) du Code civil, qui énonce qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

La doctrine et la jurisprudence se réfèrent en outre, souvent, à des lois et à des règles jurisprudentielles d'ordre public.

Le législateur n'a pas défini l'ordre public et n'a pas déterminé le critère qui distingue la loi qui concerne l'ordre public ou qui est d'ordre public de celle qui n'a pas ces caractères.

La Cour de cassation a fait sienne la définition de la loi d'ordre public, qui fût proposée par Henri De Page. ^{3/4} Elle a récemment étendue cette définition à la notion générale de l'ordre public. ^{3/5}

Ces définitions sont favorablement accueillies par la doctrine et par la jurisprudence.

^{3/1} Le droit privé est un ensemble de règles de droit qui organisent les relations entre des personnes qui agissent à titre privé. Le droit civil, le droit économique, le droit social, le droit judiciaire privé et la propriété intellectuelle sont ses branches traditionnelles.

^{3/2} Qui date de 1804.

^{3/3} Voy notamment l'article 806 du Code judiciaire (procédure par défaut) ; l'article 1717, § 3,b,ii du même Code (causes d'annulation d'une sentence arbitrale), l'article II.4 du Code de droit économique (qui concerne la liberté d'industrie et de commerce).

^{3/4} Voy infra nos 176-177.

^{3/5} Voy infra n°187.

- 165.** L'ordre public, la loi qui intéresse l'ordre public et la loi d'ordre public renvoient à des ordres ou des interdictions, qui sont contraignants pour les personnes qui se trouvent dans leur champ d'application. Ils ne tolèrent aucune dérogation, à aucun moment. Elle ne sera même pas "justifiée" par une convention ou par accord entre parties concernées.

Avec les bonnes mœurs, l'ordre public forme le noyau dur du droit impératif et prohibitif en droit privé.

La jurisprudence et la doctrine soulignent généralement qu'une loi ^{3/6} est d'ordre public ou intéresse l'ordre public quand elle s'impose en toutes circonstances et ne peut dès lors pas faire l'objet d'une dérogation valable.

En fait, la loi d'ordre public n'est pas toujours une loi qui intéresse l'ordre public. Il est en effet possible que le législateur décide, le cas échéant, implicitement, qu'une loi n'est susceptible d'aucune dérogation ^{3/7}, mais que le sujet abordé par la loi ^{3/8}, n'intéresse pas l'ordre public.^{3/9}

Afin de caractériser une situation, une activité, un acte ou un comportement qui heurte l'ordre public, qui est contraire à une loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public ^{3/10}, la doctrine et la jurisprudence invoquent qu'ils sont illicites, illégitimes ou, encore, illégaux.

Sous ces adjectifs se cachent des réalités, qui ne ressemblent pas.

La méconnaissance d'une loi donne lieu à une illégalité. L'illégitimité exprime la même idée mais se réfère à l'ensemble des règles de droit, dont le respect s'imposait.^{3/11}

L'illégalité et l'illégitimité n'impliquent pas nécessairement une méconnaissance de l'ordre public, d'une loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public, puisqu'il existe également des règles de droit supplétif.

Il est dès lors plus précis de parler d'une situation, d'une activité, d'un acte et d'un comportement illicites quand ils se heurtent à l'ordre public, à une loi qui touche à l'ordre public ou qui est d'ordre public.^{3/12}

^{3/6} Ou la règle jurisprudentielle qui en est déduite.

^{3/7} Ce qui en fait une "loi d'ordre public".

^{3/8} L'ordre ou l'interdiction donné par la loi dans une matière particulière.

^{3/9} Ce qui est nécessaire pour en faire "une loi qui intéresse l'ordre public".

^{3/10} Ou une règle jurisprudentielle d'ordre public, déduite de la notion générale, d'une loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public.

^{3/11} Les règles jurisprudentielles et, le cas échéant, les autres sources de droit (voy supra n° 54).

^{3/12} Ou en cas de méconnaissance des bonnes mœurs (voy infra n° 236-245), d'une loi qui concerne les bonnes mœurs ou d'une règle jurisprudentielle de la même nature.

III.1.2. La notion générale de l'ordre public

III.1.2.1. Les travaux préparatoires du Code civil de 1804

- 166.** L'article 1108 retient "une cause licite dans l'obligation" comme une des quatre conditions essentielles, qui déterminent la validité d'une convention.

L'article 1133 précise que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Les bonnes mœurs et l'ordre public n'avaient sans doute aucun secret pour le législateur de 1804, de sorte qu'il n'a pas estimé nécessaire de définir ces notions.

Lors de leurs discussions au sujet de l'article 6 du titre préliminaire 3/¹³, les rédacteurs du Code civil se sont montrés plus loquaces. Portalis, qui défendait l'article 6, faisait valoir :

- "18. *Le dernier article de loi porte qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ce n'est que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois.*
19. *Il est donc impossible qu'on autorise entre les citoyens des conventions capables d'altérer ou de compromettre l'ordre public.*
Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pourraient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi. De tels contrats, disent-ils, ne peuvent être protégés par des lois qu'ils offensent. Mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui se sont engagées réciproquement, il faudrait obliger la partie qui refuse d'exécuter le pacte, à fournir par équivalent ce que les lois ne permettraient pas d'exécuter en nature.
Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, et éversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois.
Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat.
20. *Quant aux conventions contraires aux bonnes mœurs, elles sont prosrites chez toutes les nations policées. Les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social.*

3/¹³ Actuellement l'article 2 du Code civil; la numérotation de cette disposition avait déjà été modifiée pendant les travaux préparatoires du code civil de 1804.

Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacés par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel et par les calculs du vice". 3/14

Indispensables à l'existence des gouvernements (le pouvoir politique) et à leurs lois, l'ordre public et son maintien étaient, pour Portalis et ses contemporains, les lois suprêmes.

L'ordre public est donc assimilé à l'organisation du vivre ensemble que les gouvernements obtiennent par (l'exécution de) leurs lois.

Portalis est expéditif. Il considère qu'il est impossible de protéger les conventions qui vont à l'encontre des "lois suprêmes" : "ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté, ce serait dissoudre l'Etat".

Ses arguments ont convaincu le législateur de 1804 3/15, qui a décidé que l'article 6 (actuellement 2) ferait partie du (titre préliminaire) du Code civil.

- 167.** Malgré la liberté, l'égalité et la fraternité, acclamées par la révolution française (1789), les sociétés françaises et belges se trouvaient en 1804 à des années de lumière des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Le droit de vote universel et d'éligibilité n'existaient pas. Des serfs s'occupaient des propriétés, principalement agricoles, de leurs maîtres. Les femmes étaient "soumises" aux hommes.

Une élite gouvernante d'à peine 2 à 5 % de la population, essentiellement composée d'aristocrates et de bourgeois fortunés, contrôlait les pouvoirs politique, économique, financier et intellectuel à la suite de la révolution française.3/16

"Ces hommes instruits" 3/17, dont Portalis faisait partie, se sont attachés, avec talent et succès, à la rédaction du code civil.

Représentants de l'élite gouvernante, dont ils faisaient évidemment partie, ils ont rédigé le Code civil dans leur intérêt (politique, économique et financier). Les codes qui ont vu le jour après la révolution française ont renforcé et consolidé le contrôle de l'élite sur les pouvoirs politiques, économiques et financiers.

3/14 Portalis, Second exposé des motifs devant le Corps législatif du 23 février 1803, dans Locré, Législation civile, commerciale et criminelle, Bruxelles, Tarlier, 1836, I, 306 (souligné par l'auteur).

3/15 Et les législateurs consécutifs qui ont maintenu l'article 6 dans le Code civil.

3/16 A la suite de la révolution française, la bourgeoisie fortunée remplaçait l'église au sein de l'élite gouvernante, à tout le moins en France (T. Piketty, Capital et idéologie, 71-191).

3/17 L'enseignement était réservé à l'élite gouvernante ; voy Portalis, Discours préliminaire du projet du Code civil de la Commission, in Locré, Législation civile, 156-157 : "Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges..."

Les rédacteurs du Code civil n'auraient par ailleurs pas compris (et apprécié) qu'on leur demande de préparer un code civil, qui prendrait soin des intérêts de la majorité faite de pauvres et d'incultes.

Avec la plus grande simplicité, ces hommes instruits étaient convaincus qu'ils prenaient soin des intérêts des autres en prenant (très bien) soin de leurs propres intérêts politiques, économiques et financiers.

Pour eux, il ne faisait aucun doute que leur volonté coïncidait avec la volonté générale et que "les autres" leur devaient respect et gratitude pour "le travail" qu'ils accomplissaient.

Quand Portalis s'opposait dans son second exposé, cité ci-avant, à des "dangereuses doctrines", il ne redoutait pas des opinions venant du peuple. Il fustigeait au contraire des théories, élaborées par des hommes instruits ^{3/18} au sein de l'élite gouvernante qui voulaient s'en servir au détriment des intérêts des autres membres de la même élite.

III.1.2.2. La doctrine au 19^{ème} et au 20^{ème} siècles

III.1.2.2.1. François Laurent

- 168.** François Laurent (1810-1887) a dominé la doctrine et la jurisprudence en droit privé belge pendant la deuxième partie du 19^{ème} siècle et la première moitié du 20^{ème} siècle. Ses "Principes de droit civil" datent de 1876 et comptent 33 tomes.

Dans le premier tome, il s'est longuement exprimé au sujet des notions générales de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Connu comme un exégète illustre de la loi ^{3/19}, Laurent regrettait que le législateur n'avait pas défini l'ordre public ou la loi qui concerne l'ordre public. ^{3/20} Avec son exposé consacré à ces deux notions, il voulait venir en aide aux Cours et Tribunaux.

A partir d'un incident politique ^{3/21}, il attaquait l'opinion d'un autre auteur (Mourlon) qui, au sujet de l'ordre public et des bonnes mœurs, avait eu la

^{3/18} Et qui appartenaient dès lors à l'élite gouvernante.

^{3/19} L'exégèse est une méthode d'interprétation des lois qui respecte à la lettre la volonté du législateur.

^{3/20} F. Laurent, Principes de droit civil, Bruxelles, Bruylant, 1876, I, 81, n°45.

^{3/21} L'église catholique s'opposait à une nouvelle loi qui organisait l'attribution rétroactive de bourses d'études et ce refus enflammait Laurent (op.cit., I, 68-73).

faiblesse 3/22 de soutenir : “que si la loi s’est abstenue de tracer des règles à ce sujet, c’est parce que ces choses se sentent plus qu’on ne les définit”.3/23

Laurent était en désaccord complet. Il refusait de laisser entrer des sentiments dans l’ordre public ou dans les bonnes mœurs.

Comme Portalis, il estimait que la primauté de l’ordre public et des bonnes mœurs était taillée dans le marbre.

Avec force, il écrivait que les citoyens doivent sans exception se soumettre aux lois que le législateur leur impose dans l’intérêt public.3/24 La loi est le socle de base de l’ordre social : elle organise et préserve la vie en société, son ordre public 3/25

Les intérêts personnels des citoyens doivent donc s’effacer devant l’intérêt public ou général, déterminé par le législateur.

169. Faisant la distinction entre la notion générale de l’ordre public et la loi qui intéresse l’ordre public, Laurent s’est d’abord concentré sur la notion générale.

A la recherche d’une définition, il s’est tourné vers le “Dictionnaire de l’Académie”. Il releva que “l’ordre” est défini comme un arrangement ou une disposition des choses mises en leur rang, à leur place et l’adjectif “public” comme ce qui appartient à tout un peuple. 3/26

Ces définitions n’ont pas su convaincre Laurent, qui a préféré l’approche de Domat pour qui “les lois qui regardent l’ordre public sont celles qu’on appelle les lois d’Etat, qui règlent la manière dont les princes souverains sont appelés au gouvernement, celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, celles qui regardent la police des villes et les autres règlements publics”.3/27

Laurent conclut : “en ce sens, ordre public serait synonyme d’intérêt public”. Il en déduit que les citoyens ne peuvent pas déroger aux lois qui servent l’intérêt

3/22 Aux yeux de Laurent.

3/23 F. Laurent, *Principes*, I, 82, n°46.

3/24 Qu’il appelle également l’“intérêt général”.

3/25 F. LAURENT, *Principes*, I, 68, nos 32-33 : “*Obéir à la loi est un devoir pour le citoyen, résister à la loi est donc la violation d’un devoir, c’est un crime et nous n’en connaissons pas de plus grand, car il ruine les fondements de la société.*

L’autorité dont jouit la loi est la base de l’ordre social. Si les citoyens pouvaient s’opposer à l’exécution de la loi, par quelque motif que ce soit, il n’y aurait plus de lois, car une loi dont la force obligatoire peut être attaquée, une loi à laquelle on peut désobéir, n’est plus une loi, et là où les lois n’ont plus d’empire l’anarchie règne, le corps social est dissous, il doit nécessairement mourir. Nos lecteurs s’étonneront de ce que nous insistons sur un principe aussi élémentaire au maintien de l’ordre public (...)” (souligné par l’auteur) ; voy. aussi F. LAURENT, *Principes*, I, 72-73.

3/26 F. LAURENT, *Principes*, I, 83, n°47.

3/27 F. Laurent, *Principes*, I, 83, n°48.

public, alors que cette possibilité s'offre à eux quand il s'agit de lois qui protègent des intérêts privés.^{3/28}

Il n'a pas échappé à l'attention de Laurent que la description de l'ordre public, donnée par Domat, visait les pouvoirs régaliens ^{3/29}, limitation qu'il récusait : "Le code civil entend donc par ordre public ce que les jurisconsultes romains qualifiaient par l'intérêt public dans sa plus large acceptation". ^{3/30}

Malgré sa bonne volonté et ses efforts, Laurent n'a guère fait avancer l'étude de l'ordre public.

L'enseignement que l'ordre public équivaut à l'intérêt public, général ou social n'était pas une percée en la matière, d'autant plus qu'il n'a pas cherché à définir l'intérêt public, général ou social.

Il se rapprochait au contraire dangereusement des propos de Mourlon, qu'il désapprouvait pourtant, lorsqu'il écrivait que les Cours et Tribunaux doivent "chercher la solution dans la nature des différentes lois" afin de déterminer si elles concernent l'ordre public. ^{3/31}

170. Laurent a ensuite exploré "dans le domaine du droit privé, les lois qui concernent l'intérêt de la société".^{3/32}

S'appuyant cette fois sur Merlin, il a préconisé que la loi prohibitive ^{3/33} est d'ordre public lorsque le législateur n'a pas prévu de dérogation : "... les individus ne peuvent pas s'élever contre la volonté du législateur ; s'ils le pouvaient impunément que deviendrait l'autorité de la loi ? Quoi ? La nation souveraine, par l'organe du pouvoir législatif déclare qu'il est défendu aux citoyens de faire telle convention, il se trouve des citoyens qui méprisent la défense et prétendent mettre leur volonté au-dessus de la volonté générale ; ils violent audacieusement la loi en faisant ce qu'elle leur défend de faire (...). Il ne faut point favoriser la violation de la loi, car le respect des lois est la base de l'ordre social".^{3/34}

Lorsque le législateur sanctionne expressément la méconnaissance d'une loi prohibitive par la nullité de la convention contrevenante, la loi, écrit Laurent, relève de l'ordre public. Il pousse le raisonnement plus loin : même si la loi prohibitive ne prévoit pas la nullité de la convention contraire, il estime qu'elle concerne l'ordre public. ^{3/35}

^{3/28} F. LAURENT, *Principes*, I, 83-84, n°48 et 85, n° 49, in fine.

^{3/29} Relevante, de nos jours, du droit public.

^{3/30} F. LAURENT, *Principes*, 85, n°49.

^{3/31} F. LAURENT, *Principes*, I, 81, n° 45; conseil repris par De Page toutefois sans la moindre référence aux travaux préparatoires du Code civil ou à Laurent.

^{3/32} F. LAURENT, *Principes*, I, 91, n°58.

^{3/33} Qui énonce une interdiction.

^{3/34} F. LAURENT, *Principes*, I, 93, n°60.

^{3/35} F. LAURENT, *Principes*, I, 95-99, n° 62-64.

Considérant – à juste titre - que l'interdiction comporte également un ordre ^{3/36}, Laurent a ensuite élargi son analyse aux lois impératives.^{3/37}

Sous l'influence de Zachariae, il s'est finalement éloigné de son propre raisonnement. Venant de nulle part, il admet brusquement des exceptions, c'est-à-dire des dérogations même quand la loi prohibitive ou impérative n'en prévoit pas. Il essaye de rassurer ses lecteurs en écrivant que ces exceptions sont peu nombreuses et qu'elles sont faciles à expliquer.^{3/38}

Laurent admet l'exception lorsqu'il "n'y a en cause que des intérêts purement privés", pris en considération par une loi prohibitive. Il reconnaît que ces exceptions compliquent les principes qu'il venait d'exposer, mais se console par l'affirmation qu'elles ne les détruisent pas.^{3/39}

Quand il s'agit d'une loi impérative, Laurent attribue l'exception à la volonté du législateur.^{3/40}

Son analyse se termine dès lors en queue de poisson : les principes qu'il développe et les exceptions qu'il admet manquent de cohérence.

- 171.** Eminent juriste, avocat et professeur d'université, Laurent appartenait à l'élite gouvernante, qui contrôlait toujours les pouvoirs politique, économique et financier pendant toute la durée de sa vie.

Pilotées par les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du libéralisme économique ^{3/41}, la colonisation et l'industrialisation se développaient à la vitesse supérieure.

La minorité gouvernante était aux anges. L'accumulation et la concentration illimitées de revenus et richesses battaient de leur plein.

Malgré sa fibre sociale, Laurent était un ardent défenseur de l'Etat et de ses lois, contrôlés par la minorité gouvernante, dont il faisait partie et qui avait également la maîtrise des pouvoirs économiques et financiers.

Le droit de vote et d'éligibilité dépendaient à son époque d'un "cens", un montant payé par le genre masculin à titre d'impôts directs, ce qui réduisait les électeurs et les candidats éligibles aux seuls nantis.

Comme les rédacteurs du Code civil et les législateurs qui se sont succédés depuis 1804, Laurent trouva normal que le pouvoir politique, l'Etat et les lois opéraient en faveur de l'élite gouvernante, qui contrôlait et dominait le vivre ensemble.

^{3/36} L'ordre interdit l'acte ou le comportement contraire ; l'interdiction ordonne de procéder par d'autres actes ou comportements.

^{3/37} Qui donnent un ordre (précis) ; F. LAURENT, *Principes*, I, 100, n° 65.

^{3/38} F. LAURENT, *Principes*, I, 100-102n nos 65 et 66; voy. ég. op.cit., 85-88, nos 51-53.

^{3/39} F. LAURENT, *Principes*, I, 102, n° 66.

^{3/40} F. LAURENT, *Principes*, I, 103, n°67.

^{3/41} Au meilleur de sa forme pendant la deuxième partie du 19^{ème} siècle.

Leur intérêt était aussi et par définition l'intérêt public, général ou social ; leur organisation du vivre ensemble était l'ordre public qu'il convenait de défendre. "Les autres" subissaient leurs ordres et interdictions, auxquels ils devaient "obéir".

Sur un point, Laurent a eu l'audace de rompre avec l'enseignement des rédacteurs du Code civil et de faire passer les intérêts privés (de l'élite gouvernante) avant la volonté du législateur.

Il a admis des dérogations conventionnelles à des lois prohibitives ou impératives, qui ne prévoient pas cette possibilité, quand la convention dérogatoire se fonde sur des "intérêts privés" ou se justifie par la volonté du législateur (plutôt que par le texte de la loi).^{3/42} Cette concession au libéralisme économique était un signe des temps, dont Laurent était l'enfant.

III.1.2.2.2. Henri De Page

a) LE MONDE A CHANGÉ

172. Henri De Page (1894-1969) est l'auteur d'un *Traité élémentaire de droit civil belge*, en treize volumes. ^{3/43}

Ce travail exceptionnel ^{3/44} a vu le jour après la première guerre mondiale. Alors que De Page terminait ses études de droit, le droit de vote avait été accordé à toutes les personnes de sexe masculin, âgés de 25 ans.

Le pouvoir politique échappait de ce (simple) fait à l'élite économique et financière, qui l'avait exercé depuis toujours. Le basculement démocratique prenait forme.

De Page faisait partie de l'élite financière, économique et intellectuelle. L'enseignement (universitaire) était de fait réservé à cette élite. Il a subi et partagé le choc des gouvernants qui, par la perte du pouvoir politique, devenaient des gouvernés et qui redoutaient leur avenir politique.

L'élite économique et financière connaissait sur le bout des doigts les rouages et les ficelles du pouvoir politique, dorénavant contrôlé par les représentants politiques d'électeurs pauvres et incultes. A ses yeux, leur gestion du vivre ensemble ne présageait rien de bon pour l'élite économique et financière, réduite à une minorité politiquement vulnérable.

^{3/42} Hypothèse écartée par Portalis (voy supra n°166)

^{3/43} H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant. Le premier volume a été publié en 1937. Plusieurs éditions ont suivi. Dans cet ouvrage, la troisième édition du premier volume (1962) a été utilisée.

^{3/44} Qui n'a plus été reproduit depuis lors.

Les turbulences, qui ont sinistré la première moitié du 20^{ème} siècle, particulièrement en Europe occidentale, sont en grande partie due à l'inexpérience et à la rudesse (compréhensibles) des électeurs et de leurs représentants politiques, ainsi qu'à la méfiance (compréhensible) ^{3/45} et aux batailles d'arrière-garde de l'élite, politiquement évincée mais qui contrôlait toujours les pouvoirs économiques et politiques. Ses membres continuaient en outre à imposer leurs idées et leur influence dans les institutions publiques pendant au moins une à deux générations.^{3/46}

- 173.** Devenu magistrat et professeur d'université, De Page n'attaquait pas ouvertement la démocratie ^{3/47}, mais au vu de ses écrits il ne fait aucun doute qu'il n'en était pas un adepte.

Son approche de l'ordre public et de la loi d'ordre public le démontre. Il voulait manifestement préserver le droit civil, conçu au 19^{ème} siècle par l'élite économique et financière, et éviter toute incursion démocratique.

Grand esprit juridique et érudit, il ne peut être envisagé un seul instant que De Page aurait abordé l'ordre public dans son Traité sans qu'il ait pris connaissance des travaux préparatoires du Code civil ou des écrits de Laurent à ce sujet.

Il savait incontestablement que Portalis et Laurent associaient l'ordre public au pouvoir politique, aux gouvernements, à l'Etat et aux lois, dans des sociétés contrôlées par une minorité gouvernante.

Il ne fait pourtant aucune allusion à leurs écrits et ne leur réserva aucune référence, faisant semblant d'être le premier juriste à s'intéresser à l'ordre public et à la loi d'ordre public.

Il avait une idée derrière la tête. Comme Portalis et Laurent, De Page savait que l'ordre public est le fait du pouvoir politique. Il devinait "les dégâts" que pourrait causer en droit privé un ordre public démocratique.

Il a donc élaboré une théorie ingénieuse de l'acte juridique et d'un droit des obligations ^{3/48} qui se passent de l'ordre public ou, à tout le moins, le rendent inoffensif pour les intérêts (patrimoniaux) des personnes, qui contrôlent les pouvoirs économiques et financiers.

^{3/45} Attisée par les dérives communistes en Russie.

^{3/46} En particulier dans le pouvoir judiciaire et dans les administrations de l'Etat.

^{3/47} A défaut du droit de vote des femmes, le régime n'était pas véritablement démocratique, malgré le basculement du pouvoir politique qui s'était produit en 1919.

^{3/48} Qui n'ont pas été suivies intégralement par la doctrine et la jurisprudence.

b) L'ORDRE PUBLIC EN CHUTE LIBRE

174. Au mépris de l'article 1108 du Code civil qui prévoit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention, De Page enseigna, sans trembler, que la volonté, la capacité des parties et l'objet suffisent à la validité d'un acte juridique. 3/⁴⁹ Il passa sous silence la cause de l'obligation.3/⁵⁰

Il arriva à ce résultat en distinguant dans l'objet "une utilité subjective" et "une utilité sociale". 3/⁵¹

L'objet d'une obligation a une utilité subjective, enseigne De Page, lorsqu'il est possible et déterminé, de sorte qu'il répond aux intérêts particuliers des personnes, qui sont concernées par l'acte juridique.

Puis il proclame au sujet de l'objet-utilité sociale : "Dans notre système économique-juridique cette utilité est PRESUMEE. Ainsi le veut le libéralisme économique, en vertu duquel l'homme est seul juge de ses intérêts, et l'harmonie et l'équilibre naissent de la lutte des intérêts individuels (libre concurrence) ".3/⁵²

Avec une référence à Demogues, auteur français, il a ajouté "ce qui a été voulu par un seul ou par plusieurs personnes ayant des intérêts divergents est conforme à l'intérêt général".3/⁵³

De Page ne cachait donc pas son attachement au libéralisme économique, traduit en droit privé depuis plus d'un siècle, notamment par le code civil de 1804.

Il considéra non seulement que, dans "notre" système économique-juridique, l'utilité sociale de l'objet d'un acte juridique doit être présumée, en vertu du libéralisme économique, mais aussi que cette présomption est irréfragable sauf à démontrer sa contrariété avec une loi d'ordre public ou avec les bonnes mœurs, ce qui entraîne la nullité absolue de l'acte juridique.3/⁵⁴

De Page se méfiait manifestement du contrôle, que les Cours et Tribunaux pourraient exercer sur la cause (les motifs déterminants) d'un acte juridique ou d'une obligation. L'article 1133 du Code civil leur donne en effet la possibilité de déclarer la cause illicite quand elle est prohibée par la loi ou quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

3/⁴⁹ H. De Page, Traité, I, 34, n°21 : la convention est un acte juridique multilatéral.

3/⁵⁰ N'échappant pas à la contradiction quand il admet, plus loin, un contrôle sur la cause en recourant à la notion générale des bonnes mœurs (op.cit., I, 122-123, n°92).

3/⁵¹ H. De Page, Traité, I, 106, n°89.

3/⁵² H. De Page, Traité, I, 109, n°90 (les majuscules se trouvent dans le texte de De Page).

3/⁵³ H. De Page, Traité, I, 109, n°90.

3/⁵⁴ H. De Page, Traité, I, 109, n°90.

Le contrôle judiciaire effectué par le biais de la notion générale des “bonnes mœurs” ne lui faisait pas peur ^{3/55}, mais un contrôle effectué avec la notion générale de l’ordre public lui donnait des sueurs froides.

Il redoutait un contrôle à la lumière des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques des motifs économiques ou financiers qui constituent, très souvent, la cause des obligations contractuelles. Il ne voulait pas que les Cours et Tribunaux se prononcent notamment sur la licéité du but de lucre, de la spéculation, de l’importance d’une marge bénéficiaire...

Par prudence, il sacrifia dès lors et la cause comme condition essentielle de la convention et la notion générale de l’ordre public ^{3/56}, les remplaçant par l’objet-utilité sociale PRESUMEE et par (sa définition de) la loi d’ordre public.

L’élimination de la cause et l’illumination que seule la loi d’ordre public peut entraîner la nullité (absolue) d’un acte juridique ou d’une obligation, n’apaisaient toujours pas De Page.

Il ne voulait pas qu’une définition d’inspiration démocratique de la loi d’ordre public vienne mettre en danger le système économique-juridique du droit privé.

Il développait dès lors la thèse que l’ordre public est une notion indéfinissable, critiquant en passant la Cour de cassation, avant de sortir de ses manches une définition salubre de “l’indéfinissable” : “la loi d’ordre public est celle qui touche aux intérêts essentiels de l’Etat ou de la collectivité ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques fondamentales sur lesquelles repose l’ordre économique ou moral de la société.”^{3/57}

175. De Page n’a pas su convaincre la “science” juridique de la validité de sa nouvelle théorie de l’acte juridique. Doctrine et jurisprudence ont continué à retenir la cause comme une condition essentielle et à se servir de l’ordre public en tant que notion générale.

Sa “définition” de la loi d’ordre public a, par contre, fait le bonheur, de la jurisprudence et de la doctrine.

Par un arrêt du 9 décembre 1948 ^{3/58} la Cour de cassation l’a adopté, sans interruption jusqu’à ce jour. ^{3/59}

Pourtant l’encre à peine séchée, De Page attaquait lui-même “sa définition” : “on aperçoit immédiatement par ce qui précède qu’une définition formellement exacte, ou procédant par voie d’énumérations limitatives, est réellement

^{3/55} Voy. plus en détail, infra nos 238-239.

^{3/56} Ainsi que la loi qui intéresse l’ordre public, visée par l’article 6 (actuellement 2) du Code civil, que De Page n’a pas estimé digne du moindre commentaire (voy ég. infra n° 209).

^{3/57} H. De Page, Traité, I, 111, n° 91.

^{3/58} Cass. 9 décembre 1948, Pas. 1948, I, 699.

^{3/59} Voy. infra nos 185-205.

impossible. Pour déterminer la disposition d'ordre public, il faut à chaque fois, analyser l'esprit de l'institution et rechercher en quoi et par quoi elle est en rapport avec les exigences essentielles de la collectivité ou les bases fondamentales du droit privé".^{3/60}

Même après l'adoption de sa définition par la Cour de cassation, De Page n'a pas renoncé à cette autocritique.

Se méfiant de sa propre définition, il voulait surtout convaincre les juristes de l'impossibilité d'une définition formellement exacte de l'ordre public ou de la loi d'ordre public.

Son objectif n'était pas une définition ; il demandait aux juristes et, in fine, aux Cours et Tribunaux d'analyser, au cas par cas, "l'esprit de l'institution" et de chercher "en quoi et par quoi (la loi) est en rapport avec les exigences essentielles de la collectivité ou les bases fondamentales du droit privé", faible écho de sa définition. La chute libre de l'ordre public en droit privé était entamée.

c) UN SEMBLANT DE DÉFINITION

- 176.** Il est difficile d'être en désaccord avec De Page quand il critique sa "définition" de la loi d'ordre public.

Il a déclaré d'ordre public la loi qui touche aux intérêts de l'Etat ou de la collectivité, mais ne répond pas aux nombreuses questions que cette affirmation suscite.

Qu'entend De Page par les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité ? Comment distingue-t-il un intérêt essentiel d'un intérêt non essentiel ? Comment justifie-t-il l'existence d'intérêts non essentiels dans le chef de l'Etat ou de la collectivité ? Pour quelles raisons fait-il une différence entre l'Etat et la collectivité ? Estime-t-il que les intérêts essentiels de l'Etat passent toujours avant les intérêts essentiels de la collectivité ?

Son silence sur tous ces sujets fait penser qu'il voulait surtout donner la possibilité aux juristes d'invoquer que la loi, méconnue par hypothèse, ne concerne pas un intérêt essentiel de l'Etat ou de la collectivité, mordillant ainsi sur la force obligatoire de la loi.^{3/61}

La deuxième partie de la "définition", consacrée au droit privé, est tout aussi approximative. Selon De Page, est d'ordre public en droit privé la loi qui "touche aux bases juridiques fondamentales de l'ordre économique ou moral de la société".

^{3/60} H. De Page, Traité, I, 111, n°91 (en petites lettres dans le texte).

^{3/61} Expression de la volonté d'un législateur (par hypothèse) démocratique.

De quelles bases juridiques s'agit-il ? Quel critère permet d'identifier les bases juridiques fondamentales ? Pourquoi De Page se limite-t-il aux bases juridiques fondamentales de l'ordre économique ou moral ? Considère-t-il que l'ordre politique et/ou social n'ont pas des bases juridiques fondamentales ou qu'elles n'ont rien à chercher en droit privé ? Comment voit-il l'ordre moral ? S'agit-il des bonnes mœurs ? Comment propose-t-il de résoudre les conflits qui se produisent entre l'ordre moral et l'ordre économique ?

De Page relie l'ordre économique au libéralisme économique ^{3/62}, mais ne se prononce pas sur ses bases juridiques fondamentales. Il ne justifie par ailleurs pas sa préférence pour le libéralisme économique.

Il n'était manifestement pas intéressé par ces questions. Il ne voulait pas percer les secrets de la loi d'ordre public ^{3/63}, mais au contraire "démontrer" que l'ordre public et la loi d'ordre public ne sont pas "définissables". Il n'arrive donc pas par hasard à la conclusion qu'il est inutile de se casser la tête : "pour déterminer la disposition d'ordre public, il faut à chaque fois analyser l'esprit de l'institution et rechercher en quoi et par quoi elle est en rapport avec les exigences essentielles de la collectivité ou les bases fondamentales du droit privé".^{3/64}

De Page a vu juste : son approche pragmatique et hétérogène avait tout pour plaire en droit privé. Quand l'heure démocratique a sonné, il a déminé l'ordre public et les lois d'ordre public pour les praticiens du droit privé et il a donné aux Cours et Tribunaux ^{3/65} la possibilité de faire de l'ordre public et des lois d'ordre public ce qu'ils veulent en faire.

Il a surtout atteint son objectif : empêcher que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques s'introduisent en droit privé et, par le biais de l'ordre public, mettent en difficulté l'emprise du libéralisme économique.

- 177.** De Page ne l'a pas dit expressément, mais sa définition fait néanmoins sous-entendre que l'ordre public est différent en droit public et en droit privé.

Avant cette affirmation ^{3/66}, il était admis en droit belge, comme en attestent les travaux préparatoires du Code civil et les analyses de Laurent, que le droit privé est et doit être conforme au droit public, qui héberge les "lois suprêmes".

Effrayé par le basculement démocratique, De Page s'est permis d'enterrer ce principe séculaire, adulé par les juristes aussi longtemps que les mêmes personnes contrôlaient les pouvoirs politiques, économiques et financiers.

^{3/62} H. De Page, Traité, I, 109, n°90 ; voy supra n° 114.

^{3/63} Par ailleurs déjà percés par Portalis et par Laurent voy supra n° 166-171.

^{3/64} H. De Page, Traité, I, 111, n°91 (en petites lettres).

^{3/65} Et, in fine, à la Cour de cassation.

^{3/66} Une fois de plus sans la moindre explication ou justification de sa part.

Il enseigna au contraire que les intérêts essentiels de l'Etat (démocratique) ou de la collectivité (des électeurs) sont pris en considération en droit public. Il faisait aussi comprendre qu'ils ne doivent pas interférer avec les bases juridiques fondamentales de l'ordre économique (libéral) ou moral de la société, qui sont d'ordre public en droit privé.

Implicitement, De Page considère que le droit privé n'a pas à s'occuper des intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité, déjà pris en charge par le droit public. De cette façon, il réserve le droit privé aux seules bases juridiques fondamentales du libéralisme économique ou de la morale.

Sur ce terrain, De Page était un précurseur. Déjà dans les années 1930 il a compris que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques ont comme vocation de modifier le contenu, le sens et la portée du droit privé. Il voyait qu'ils remplaceraient comme bases juridiques les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du libéralisme économique, qui protégeaient, depuis toujours, les intérêts (patrimoniaux) de la minorité qui venait de perdre le contrôle du pouvoir politique, mais qui contrôlait toujours les pouvoirs économiques et financiers.

Fidèle à ses origines, De Page ne voulait pas que l'élite économique et financière perde le contrôle du droit privé.

Bien avant von Hayek, von Mises, Friedman et beaucoup d'autres... De Page a discerné le "problème démocratique". Son analyse juridique a précédé de plusieurs décennies leurs analyses politiques et économiques, qui avaient le même objectif : se soustraire aux effets des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques ; préserver ou, mieux encore, restaurer les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du libéralisme économique.