

VI.3.3. Un ordre public de trop

- 346.** A chaque régime politique, aussi singulier soit-il, correspond un système juridique et un ordre public, qui sont caractérisés par la même singularité.

Quand le régime politique établit une distinction entre les fonctions législatives et juridictionnelles, il attend en général du pouvoir judiciaire qu'il se soumet au pouvoir législatif et qu'il s'efforce à faire respecter ses lois.

Dans cette logique, l'ordre public est légal et les lois (impératifs/prohibitifs) qui constituent le système juridique, complété par des règles jurisprudentielles qui respectent la volonté des législateurs, doivent être appliqués fidèlement par les Cours et Tribunaux. Dans ce cas de figure, le pouvoir judiciaire agit comme l'ange gardien de l'ordre public légal.

La situation rencontrée en droit (privé) belge et dans le droit dérivé de l'Union est par contre inédite. La "cohabitation" 6/106 entre un ordre public légal et un ordre public judiciaire, qui ne partagent pas les mêmes principes, la même finalité et les mêmes règles de fonctionnement, interpelle.

Leur cohabitation repose sur le principe non-écrit que l'ordre public légal se trouve chapeauté en droit privé et en droit dérivé de l'Union par un ordre public judiciaire, construit sur "les fondements juridiques de l'ordre économique", empruntés au libéralisme économique du 19^{ème} siècle.6/107

Leur "living apart together" implique que le droit public peut s'inspirer des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, à condition qu'il ne porte pas atteinte à la "pleine application" du droit de l'Union et du droit privé. Sous la pression des intérêts protégés par le droit privé et par le droit dérivé de l'Union 6/108, le droit public perd, en pratique, du terrain et il s'en accommode.

Soyons précis : le libéralisme économique 6/109 et la démocratie ne sont pas faits pour s'entendre. Leurs principes, leur finalité et leurs règles de fonctionnement sont incompatibles, ce que l'histoire a démontré à maintes reprises et continue à démontrer sans détours.

Alors que le libéralisme économique se sert de l'arme redoutable de la discrimination et justifie par mille et une raisons que les plus forts contrôlent dans leur intérêt et à leur profit tous les pouvoirs (politique, économique,

6/106 Imaginée, gérée et surveillée par le pouvoir judiciaire.

6/107 Renforcés, depuis 1975, en néolibéralisme (économique).

6/108 Les privatisations, la régulation des aides d'Etat, l'extension de la collaboration entre les secteurs privés et publics (essentiellement régie par le droit privé)...

6/109 Et le néolibéralisme encore moins.

financier et intellectuel) 6/¹¹⁰, la démocratie prône l'égalité et la non-discrimination. Elle entend garantir à tous les titulaires 6/¹¹¹, par l'exercice des (mêmes) droits et libertés, les meilleures conditions de vie possible, comparables dès lors à celles des autres, au moyen de l'exercice du pouvoir politique, contrôlé – indirectement – par le suffrage universel, unique et obligatoire des électeurs.

Quand le (néo)libéralisme économique est au meilleur de sa forme 6/¹¹², les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques se trouvent inévitablement en souffrance.

Quand la démocratie connaît son heure de gloire 6/¹¹³, les plus forts ne gagnent plus "tout". Ils sont obligés à partager avec d'"autres", ce qui va à l'encontre des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique.

L'explication est simple ; il est matériellement impossible d'éradiquer les discriminations et, en même temps, d'introduire et d'encourager des différences de traitement.

347. Il y a donc un ordre public de trop.

Pour les juristes, la question d'un ordre public en surnombre ne devrait même pas se poser.

Ils connaissent en effet la hiérarchie des normes et les normes prioritaires.

Ils savent que la Constitution 6/¹¹⁴ et ensuite la Convention EDH et les Traités de l'UE trouvent leur fondement (valeurs et objectifs) dans la démocratie et dans les droits et les libertés, exercés sans discrimination par leurs titulaires.

Logiquement ils devraient défendre l'ordre public légal et condamner l'ordre public judiciaire dès qu'il s'en écarte.

Le contraire s'est produit et, plus étonnant encore 6/¹¹⁵, continue à se produire. Ils trouvent mille et une raisons (excuses) qui justifieraient cette cohabitation inhabituelle.

Ils invoquent la pleine application du droit de l'Union et l'autonomie du droit privé. Ils font valoir que le droit de l'Union et le droit privé d'inspiration

6/¹¹⁰ Ce qui est le résultat recherché du "chacun pour soi et le plus fort / le meilleur gagne (tout)".

6/¹¹¹ Dont elle assume la responsabilité du fait qu'ils se trouvent sous son autorité.

6/¹¹² Ce qui était notamment le cas pendant la belle époque.

6/¹¹³ Ce qui s'est produit, modestement, pendant les trente glorieuses (1945-1975).

6/¹¹⁴ A laquelle beaucoup de juristes ont promis, sous serment, la fidélité.

6/¹¹⁵ Au moment du tournant démocratique, les juristes étaient des membres éminents de la minorité gouvernante, au contrôle des pouvoirs politique, économique, financier et intellectuel. Depuis plusieurs générations, qui ont grandi en démocratie, les juristes ne font plus partie de l'élite économique et financière, mais continuent, majoritairement, à avoir plus d'affinités avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique et sa traduction en droit, qu'avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

(néo)libérale ont conduit à des conditions de vie améliorées et à la prospérité depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

Pour eux, le droit privé et le droit (dérivé) de l'Union sont les gardiens indispensables et infaillibles de la liberté, de la libre disposition, de la propriété... Ils attribuent au pouvoir judiciaire une grande flexibilité, un travail "sur mesure", capable de tenir compte des circonstances, des nouveaux "développements" au sein de la société, des intérêts concrets qui s'opposent, tout en faisant preuve de la plus grande sagesse, qui protégerait les faibles et l'intérêt général.

Les juristes savent pourtant que ces "raisons", même si leur fondement se confirmerait 6/116, ne justifient pas la réécriture de la Constitution, de la Convention EDH ou des valeurs et objectifs de l'UE.

Il n'est pas impossible de modifier ces normes prioritaires, mais des procédures particulières sont prévues à cet effet et s'imposent dès lors, en particulier, aux juristes.6/117

- 348.** Si la théorie du libéralisme économique, traduite en fondements juridiques qui font la pluie et le beau temps en droit privé et dans le droit dérivé de l'Union, avait pour effet d'améliorer les conditions de vie de tous et de partager la prospérité, on le saurait depuis longtemps.

Notamment le 19^{ème} siècle se serait déroulé autrement. La belle époque n'aurait pas enregistré des accumulations et des concentrations, illimitées et accélérées, de revenus et de richesses par une minorité élitaine et gouvernante. 6/118 Elle se serait au contraire occupée de la pauvreté et de l'extrême pauvreté des personnes, qui n'avaient pas la chance d'appartenir à la minorité gouvernante. Elle aurait procédé à la (re)distribution 6/119 des revenus et des richesses accumulés et concentrés.

Ces mesures n'ont pas été adoptées et elles n'ont même pas été envisagées, parce qu'elles n'ont jamais fait partie de l'ADN du libéralisme économique.

Pour quelle raison, une théorie économique inchangée 6/120 produirait-elle, un siècle plus tard, des conséquences diamétralement opposées ?

Ce ne sont dès lors pas le (néo)libéralisme économique et ses fondements juridiques qui, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, ont fait la différence,

6/116 Ce qui n'est pas le cas comme les dérèglements climatique et écologique, la montée des inégalités patrimoniales et les déficits démocratiques le démontrent.

6/117 Aussi longtemps que cette modification n'est pas intervenue, les normes prioritaires s'imposent.

6/118 B. MILANOVIC, *Global inequality*, 118-154 ; T. PIKETTY, *Capital et idéologie*, 149-243 et 489-508; B. VAN BAVEL, *The invisible hand*, 208-228.

6/119 Qui est inévitable si le but est d'améliorer les conditions de vie (en matière de sécurité, de santé, d'enseignement et de libre disposition) de tous, de sorte qu'ils disposent, dans la mesure du possible, des meilleures conditions de vie, comparables à celles des autres.

6/120 Renforcée entretemps par le néolibéralisme.

mais bien les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui brillaient par leur absence pendant le 19^{ème} siècle.

L'Etat-providence 6/121 est né avec la démocratie, malgré et en dépit du libéralisme économique qui s'en passerait par ailleurs volontiers.6/122

- 349.** Il est régulièrement insinué que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques sonneraient le glas de la liberté, de la libre disposition, de la propriété, de l'entreprise (privée)... s'ils devaient se manifester en droit privé ou dans le droit de l'Union. 6/123

Le libéralisme économique, présenté par ses adeptes comme une bouée de sauvetage, n'a pourtant pas le monopole de la libre disposition, de la liberté, du droit de propriété, des activités économiques ou financières....

La démocratie est certes née par réaction, mais elle veut que la libre disposition 6/124, les droits et libertés 6/125, la propriété 6/126 et les activités économiques et financières6/127 bénéficient à tous, alors que les régimes politiques oligarchiques et ploutocrates antérieurs les réserv(ai)ent à une élite minoritaire et gouvernante.

Elle est donc née par souci de liberté, de libre disposition et de l'exercice des droits et libertés, accessibles à tous. Elle a entouré la liberté, la libre disposition et l'exercice des droits et libertés de garanties constitutionnelles et conventionnelles, dont le respect fait l'objet de contrôles externes et indépendants.

Il est, dans ces conditions, vexatoire de vouloir prétendre que la démocratie serait opposée à la liberté, aux droits et aux libertés, à la propriété, à l'entreprise...

Les personnes qui se méfient de la démocratie et qui considèrent qu'elle menace "la liberté" 6/128 ont sans doute leurs raisons.

6/121 Synonyme de conditions de vie améliorées et d'un partage obligé de la prospérité et du bien-être accru(e).

6/122 Comme le démontrent ses "performances" au 19^{ème} siècle.

6/123 Sans la moindre preuve, ces affirmations prêtent à la démocratie des intentions, qui sont contraires à ses principes, à sa finalité et à ses règles de fonctionnement.

6/124 Valeur essentielle que la démocratie retient et protège au même titre que la sécurité, la santé et l'enseignement des titulaires de droits et libertés.

6/125 Accordés sans discrimination par la Constitution et la Convention EDH.

6/126 Droit constitutionnel, confirmé par l'article 1^{er} PPA.

6/127 Ces activités sont protégées non seulement par la Constitution, mais également par la Convention EDH.

6/128 Parce qu'elles craignent le partage ou pensent qu'ils pourraient bénéficier de plus de liberté dans un régime politique qui n'est pas démocratique.

Elles perdent cependant de vue que les différences de traitement, qui sont inhérentes au et indissociables du libéralisme économique 6/129, constituent des interdictions et des restrictions pour les personnes qui subissent la loi du plus fort. Leur liberté fait les frais des différences de traitement.

Les législateurs démocratiques qui restreignent ou interdisent l'exercice d'un droit ou d'une liberté, savent non seulement que leur intervention doit être nécessaire dans une société démocratique, répondre à un besoin social impérieux et être pertinente et proportionnelle en adéquation avec l'objectif légitime qu'ils poursuivent, mais aussi qu'elle peut faire l'objet d'un contrôle – qu'ils ont eux-mêmes mis en place – par la Cour constitutionnelle, la Cour EDH ou par le pouvoir judiciaire de l'UE.

Ces garanties et procédures respectent la libre disposition, la liberté, la propriété, les activités économiques de tous, ce que ne fait pas du tout la loi du plus fort qui se soustrait à tout contrôle et croit pouvoir justifier ses activités, ses actes et ses comportements par le seul libéralisme économique, dont il se proclame juge.

350. La prétendue rigueur des lois et leur prétendu manque de souplesse seraient dépourvus de la flexibilité qu'offre la jurisprudence, qui travaillerait "sur mesure" avec la sagesse qui s'impose.

La flexibilité et le travail "sur mesure" ne font pas partie en tant que tels des missions constitutionnelles du pouvoir judiciaire.

Dans la mesure où la flexibilité et le travail "sur mesure" se réfèrent à l'idée que les Cours et Tribunaux appliquent les lois 6/130 aux faits qu'ils déclarent établis et mettent ainsi un terme aux conflits dont ils sont saisis, ils ne mangent pas du pain.

Les experts en droit privé 6/131 attendent cependant plus de la flexibilité et du "sur mesure". Ils souhaitent que les Cours et Tribunaux "trouvent" le droit, le façonnent, l'affinent... en fonction des circonstances propres à chaque litige, des intérêts en jeu, des besoins et des valeurs sociaux qu'ils déterminent.

Ils font valoir que les législateurs, à cause de la généralité et de l'abstraction des lois 6/132, ne peuvent pas tout prévoir et qu'ils sont (seraient) dépassés par la complexité de la vie actuelle.

6/129 Qui résultent inévitablement du "chacun pour soi" et du "que le meilleur gagne" parce qu'il y a toujours un ou plusieurs gagnants qui prend/prennent tout (ou, à tout le moins, la part la plus grande possible).

6/130 Et les règles jurisprudentielles qui en sont déduites dans le respect de la volonté du législateur.

6/131 Aussi bien au niveau national qu'au niveau de l'Union

6/132 Qui garantissent l'égalité et la non-discrimination de (l'application de) la loi.

Ils en veulent pour preuve que les lois sont, à leur avis, souvent inadaptées aux évènements et aux situations, qui donnent lieu à litige, ou aux évolutions que le vivre ensemble traverse.

L'inaptitude des législateurs expliquerait également la pauvre qualité des lois. Le tout fait que le législateur devrait passer le flambeau du droit au pouvoir judiciaire et se mettre en retrait.

Obligé de dire le droit 6/¹³³, les partisans de l'ordre public judiciaire estiment que le pouvoir judiciaire est le mieux placé à faire le droit. 6/¹³⁴

Un peu d'ordre dans les idées ne fait pas de mal. L'appel à la flexibilité et/ou au sur mesure, confié par hypothèse au pouvoir judiciaire 6/¹³⁵, se heurte aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques.6/¹³⁶

En démocratie, la conception, l'organisation, le maintien, la surveillance, le contrôle et le financement du vivre ensemble 6/¹³⁷ sont le privilège des électeurs. Leur volonté transite par les législateurs 6/¹³⁸, élus démocratiquement, qui se servent du pouvoir politique qu'ils exercent au nom, pour le compte et dans l'intérêt des personnes qui se trouvent sous leur autorité. Dans l'intérêt de tous, ils réalisent et limitent de façon "raisonnable" les droits et libertés, accordés sans discrimination aux personnes dont ils assument la responsabilité.

351. En démocratie, la "flexibilité" des lois et leur application "sur mesure" font déjà partie du contenu, du sens et de la portée des lois et des droits et libertés qu'elles réalisent et limitent.

La volonté du législateur est la mesure de la flexibilité qu'il accorde par la loi et ses applications.

Quiconque qui modifie la loi ou son champ d'application 6/¹³⁹ méconnaît la loi. Il se croit en droit de corriger le législateur et/ou de se substituer à lui.

6/¹³³ Article 5 du Code judiciaire : "il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

6/¹³⁴ Notamment F. PEERAER, loc.cit., TPR 2019, 685-688 ; ég. R. MORTIER, Over vertrouwen als bouwsteen van een Legitieme Justitie – rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 2021, RW 2021-2022, 390-405.

6/¹³⁵ Sous le contrôle ultime de la Cour de cassation

6/¹³⁶ Dans son analyse du droit privé en common law, K. PISTOR (The code of capital, 205-234) arrive à la même conclusion.

6/¹³⁷ Qui couvre l'ensemble des actes, des comportements, des activités et des relations, dont le vivre ensemble est fait.

6/¹³⁸ Et leurs agents d'exécution, désignés par la Constitution.

6/¹³⁹ En l'écartant, en refusant de l'appliquer alors qu'elle est applicable ou en l'appliquant à des situations, des actes, des comportements ou des relations que le législateur n'a pas visé.

D'une certaine manière, circonscrite avec soin par les législateurs, ce pouvoir exorbitant est reconnu à la Cour constitutionnelle, à la Cour EDH et au pouvoir judiciaire de l'Union par des normes prioritaires.

Le pouvoir judiciaire n'a pas cette compétence. Les Cours et Tribunaux sont censés appliquer et faire appliquer les lois en cas de litige.

La flexibilité et le sur mesure, même s'ils seraient à portée de main du pouvoir judiciaire 6/140, ne peuvent en aucun cas justifier l'écartement de la Constitution. Il n'appartient pas aux magistrats du pouvoir judiciaire de se prononcer 6/141, dans l'exercice de leurs fonctions, sur "la rigueur" du législateur et de ses lois, sur un manque éventuel de souplesse, sur une inaptitude ou une impuissance alléguée du législateur à comprendre ou à prendre en considération la complexité de la vie actuelle...

Des considérations de ce type 6/142 sont étrangères à la mission que la Constitution a confiée au pouvoir judiciaire.

Le recours à la flexibilité et au "sur mesure" n'est qu'un prétexte, qui cache une mauvaise compréhension de la loi et du droit, quand il ne s'agit pas de mauvaise volonté.

A l'occasion de son interprétation, la rigueur des termes d'un contrat se transforme souvent en flexibilité et en du "sur mesure", quand l'interprète prend la peine de s'intéresser à la volonté des parties au moment de leur accord.

De la même façon, la volonté du législateur, exprimée par la loi, implique une certaine marge de manœuvre et de flexibilité dans son application, tout en respectant, loyalement, la volonté du législateur.6/143

La recherche de la volonté du législateur n'est pas populaire et est souvent négligée. 6/144

Le pouvoir judiciaire préfère se tenir à "l'imprécision" du texte de la loi, ce qui lui donne la possibilité d'attribuer à la loi une signification qu'il considère être conforme aux fondements juridiques de l'ordre économique (ou moral) (néo)libéral.

6/140 Ce qui reste à démontrer : comment des magistrats (individuels) parviendraient-ils à mieux maîtriser la complexité de la vie actuelle ?

6/141 Et encore moins de sanctionner le législateur en écartant ou en modifiant la loi.

6/142 En outre, personnelles et sans légitimité démocratique.

6/143 Voy supra n°186.

6/144 La détermination par la jurisprudence de la loi d'ordre public et de loi de droit impératif (voy. supra nos 187-193 et 200-205) le confirment.

Il est possible que la volonté du législateur ne se laisse pas déterminer avec certitude ou précision. 6/¹⁴⁵ Dans ces cas 6/¹⁴⁶, le pouvoir judiciaire ne doit pas créer le droit, mais interpréter la loi (obscur) en conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui résultent de la Constitution et de la Convention EDH.

6/¹⁴⁵ Cette hypothèse est visée par l'article 5 du Code judiciaire.

6/¹⁴⁶ A distinguer de la situation dans laquelle les Cours et Tribunaux ont un doute sur la constitutionnalité d'une loi. Dans ce cas, ils doivent adresser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, dans le respect des droits de la défense.