



*III.1.2.3.4. L'ordre public sans domicile fixe*

- 197.** En droit interne 3/169 et en droit conventionnel 3/170, la notion générale de l'ordre public est omniprésente. Il est dès lors difficile de contester l'utilité de l'ordre public dans la conception et la construction d'un système juridique (cohérent), sauf à prétendre que les législateurs et les Etats-membres se trompent depuis toujours.

En droit interne, l'ordre public est le résultat concret que les législateurs obtiennent par le respect des interdictions et des ordres qu'ils imposent aux personnes qui se trouvent sous leur autorité.

Le respect des lois prohibitives et impératives par les personnes qui sont concernées par les ordres et les interdictions qui en émanent, produit l'ordre public, c'est-à-dire l'organisation du vivre ensemble que les législateurs conçoivent, mettent en œuvre, maintiennent, surveillent et financent, en principe, en conformité avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

En droit conventionnel, les Etats-membres se servent de leur ordre public afin de limiter l'exercice par les titulaires des droits et libertés, accordés conventionnellement. Ce faisant, ils protègent l'organisation de leur vivre ensemble par des ordres et des interdictions qu'ils imposent aux personnes, qui se trouvent sous leur autorité. L'ordre public en droit interne et l'ordre public en droit conventionnel sont donc des compagnons de route.

Même s'il est possible d'aller beaucoup plus loin dans leurs analyse et élaboration, les grandes lignes, qui caractérisent l'ordre public dans une société démocratique, sont connues en droit public. L'ordre public se concentre sur la réalisation des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, que la Constitution, la Convention EDH et les articles 2 et 3 TUE énoncent.

Le droit privé se contente au contraire d'une "définition" de l'ordre public qui, de l'aveu de son auteur, n'en est pas une. 3/171

La Cour de cassation ne prête en outre aucune attention à cette définition quand elle se prononce sur l'application de l'ordre public par des Cours et Tribunaux. Réduit aux applications (hétérogènes), admises 3/172 par la Cour de cassation,

---

3/169      Voy supra n° 185.

3/170      Voy supra nos 64-77 et 118-120 et infra nos 304-310.

3/171      Voy supra n°175.

3/172      Ou susceptibles de l'être.

l'ordre public est maintenu dans une forme de coma artificiel, mettant en berne les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.<sup>3/173</sup>

Il n'étonnera, dans ces conditions, personne que l'ordre public se trouve sans statut juridique en droit privé.

Il n'est pas reconnu comme un principal général de droit qui interdit la méconnaissance de l'ordre public ou comme une règle jurisprudentielle du même gabarit.

L'ordre public reste une notion "vague" et "ouverte", que les Cours et Tribunaux apprécient souverainement. Ses contours dépendent de la "sagesse" hétérogène du pouvoir judiciaire et, en cas de pourvoi en cassation, du contrôle par la Cour de cassation de la légalité de l'application qui a été faite de l'ordre public.

Que l'ordre public se trouve sans statut en droit privé entraîne des différences de traitement qui ne sont pas raisonnables.

La Cour de cassation a en effet reconnu l'existence d'autres principes généraux de droit <sup>3/174</sup> dont les applications par des dispositions légales et conventionnelles sont beaucoup moins nombreuses et moins importantes que celles de l'ordre public. Les justiciables qui font appel à l'ordre public sont donc moins bien protégés en droit (privé) que ceux qui peuvent se prévaloir d'un principe général de droit reconnu par la Cour de cassation.

**198.** L'absence d'une définition précise et pratique et d'un statut juridique s'expliquent par une stratégie pleinement assumée par le pouvoir judiciaire, qui minimise le rôle et l'influence de l'ordre public (d'inspiration démocratique) en droit privé.

S'il est impossible de définir correctement l'ordre public, comme le prétendent en droit privé la doctrine et la jurisprudence majoritaires <sup>3/175</sup>, il serait en effet curieux et même incohérent de lui donner le statut d'une règle de droit.

Cette situation est toutefois incongrue comme le droit public le démontre.

Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, consacrés par la Constitution, la Convention EDH et les articles 2 et 3 TUE sont réalisés et doivent être réalisés par l'organisation du vivre ensemble, dont les législateurs assument la responsabilité exclusive.

---

<sup>3/173</sup> La cohérence entre l'application de l'ordre public en droit privé et les principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques dépend du bon vouloir de la Cour de cassation.

<sup>3/174</sup> Par exemple le principe général de droit qui interdit l'abus de droit, dont les applications légales et conventionnelles se comptent sur les doigts d'une main.

<sup>3/175</sup> Voy supra nos 178, 182 et 187-193.

Leurs lois (impératives et prohibitives) concrétisent la démocratie, ses principes, finalité et règles de fonctionnement et, à cet effet, limitent inévitablement l'exercice des droits et libertés de leurs titulaires.

L'ordre public naît du respect et de l'exécution des lois par l'ensemble des personnes qui se trouvent sous l'autorité des législateurs. L'ordre public n'a donc rien d'une situation théorique, abstraite ou imaginaire, mais se réfère à une situation de fait, qui peut et doit être décrite et analysée dans ses moindres détails, jour et nuit, d'heure en heure.

Il n'a rien de vague, d'ouvert, de flexible et il ne doit pas s'adapter à la moindre évolution du vivre ensemble.

Trouvant ses racines dans la Constitution et dans des traités prioritaires, l'ordre public structure, de façon cohérente et durable, le vivre ensemble. Il convient dès lors que le vivre ensemble s'oriente sur l'ordre public, c'est-à-dire sur les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Si des modifications de l'ordre public sont à envisager, il échet de suivre les procédures prévues. Il faut dès lors s'outiller d'une loi (règle de droit) suffisamment précise et accessible, nécessaire dans une société démocratique et qui répond à un besoin social impérieux, outre qu'elle doit être pertinente et proportionnelle. Si la modification vise les principes mêmes, la finalité ou les règles de fonctionnement démocratiques, il échet de modifier la Constitution et les traités internationaux concernés, dans le respect des procédures prévues à cet effet.

- 199.** Les ambitions de la Constitution et de la Convention dépassent le rôle que le droit privé assigne ou souhaite assigner à l'ordre public. Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques sont stables, robustes et durables dans l'intérêt de la société véritablement démocratique qu'ils génèrent. Les lois et l'ordre public, qu'elles appellent, répondent aux mêmes objectifs.

Il s'agit dès lors d'une contre-vérité que l'ordre public devrait être flexible et capable de s'adapter à la moindre évolution qui se produit au sein du vivre ensemble. Ce sont, au contraire, sous réserve d'une modification constitutionnelle, conventionnelle ou législative, les évolutions qui se produisent en société qui doivent s'inscrire dans les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui se trouvent à l'origine de l'ordre public.

L'ordre public n'a donc rien d'ouvert ou de vague. Ces "caractéristiques" ont été imaginées par des "privatistes", cherchant à justifier l'injustifiable dans un système juridique qui se veut cohérent et respectueux de la règle de droit et de l'Etat de droit, véritablement démocratique.

Leur stratégie se heurte par ailleurs aux principes constitutionnels de l'égalité et de la non-discrimination.

Elevant l'hétérogénéité à un "art" (celui de la comédie ?) la jurisprudence donne à l'égalité et à la non-discrimination une signification qui est inconciliable avec leur contenu, sens et portée. Elle prétend que les différences de traitement <sup>3/176</sup>, qui résultent de l'ordre public perçu comme une notion "vague" et ouverte, ne sont pas à apprécier en fonction d'un critère objectif, légitime, pertinent et proportionnel, appliqué par les Cours et Tribunaux. Selon les privatistes, la différence de traitement se justifierait par la sagesse (discrétionnaire) des magistrats, qui appliquent l'ordre public.

Leur intervention et leur sagesse, à géométrie variable, privent les justiciables non seulement des garanties qui résultent des articles 10-11 de la Constitution, mais aussi de la certitude que l'ordre public, que le pouvoir judiciaire doit garantir, s'inspire des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

### *III.1.2.3.5. La loi de droit impératif ou l'ordre public allégé*

- 200.** La théorie, développée en droit privé, est à première vue d'une simplicité séduisante. Il existerait trois catégories de lois : des lois d'ordre public ou qui concernent l'ordre public ou les bonnes mœurs (i), des lois de droit impératif (ii) et des lois supplétives (iii).

La qualification d'une loi serait en outre un jeu d'enfant. Il suffit de savoir si la loi tolère ou non une (forme de) dérogation.

La loi est qualifiée d'ordre public ou concerne l'ordre public ou les bonnes mœurs quand elle ne tolère aucune dérogation.

Elle est de droit impératif quand la loi admet la validité d'une dérogation <sup>3/177</sup>, toutefois soumise à des conditions particulières que la loi énonce ou implique.

La loi supplétive s'applique par défaut : les personnes, qui se trouvent dans son champ d'application, déterminent leur situation juridique. Si elles ne prévoient rien, la loi supplétive s'appliquera à leur situation, mais elles peuvent à tout moment décider d'y mettre fin et organiser autrement leur situation juridique, le cas échéant avec effet rétroactif.

La qualification de la loi a des conséquences juridiques.

Les actes juridiques et les conventions qui sont contraires à une loi d'ordre public ou qui intéresse l'ordre public ou les bonnes mœurs <sup>3/178</sup> sont neutralisés <sup>3/179</sup> ou frappés de nullité absolue. <sup>3/180</sup> La méconnaissance de ces lois établit

---

<sup>3/176</sup> Et l'ingérence (dé)raisonnable dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté (voy supra nos 87-107).

<sup>3/177</sup> Par un acte juridique ou par convention.

<sup>3/178</sup> Sur la terminologie, voy. supra nos 164-165.

<sup>3/179</sup> Par application de l'article 2 (anciennement 6) du Code civil ; voy infra nos 208-215.

<sup>3/180</sup> Voy infra nos 220-233.

en outre l'existence d'un comportement fautif ou frauduleux 3/<sup>181</sup>, susceptible d'engager la responsabilité pénale et/ou civile de leur auteur s'il se trouve dans leurs conditions d'application.

Toute personne qui dispose d'un intérêt matériel ou moral peut se prévaloir en justice de la violation d'une loi d'ordre public ou qui concerne l'ordre public ou les bonnes mœurs.

Les Cours et Tribunaux étant censés connaître la loi 3/<sup>182</sup>, il leur appartient de soulever d'office 3/<sup>183</sup> la méconnaissance d'une loi d'ordre public ou qui touche à l'ordre public ou aux bonnes mœurs dès qu'il résulte d'un élément en fait ou en droit qu'elle aurait pu se produire.

La Cour de cassation a toutefois transformé cette obligation en simple faculté, ce qui semble contestable. 3/<sup>184</sup>

L'action en justice à l'encontre d'un acte juridique ou d'une convention qui est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou à une loi de cette nature, se prescrit après un délai de dix ans, qui commence à courir à partir du jour qui suit leur survenance. L'exception déduite de la méconnaissance de l'ordre public, d'une loi d'ordre public ou qui intéresse l'ordre public ou des bonnes mœurs ne se prescrit toutefois pas.

Le régime juridique des lois supplétives se situe à l'opposé de ces règles. Si elles s'appliquent avec la même force obligatoire que les lois d'ordre public ou qui concernent l'ordre public ou les bonnes mœurs aussi longtemps que les personnes, concernées par leur application n'en décident pas autrement, elles peuvent à tout moment décider de déroger à la loi supplétive 3/<sup>185</sup>, même avec effet rétroactif, à condition qu'elles ne portent pas atteinte aux droits acquis des tiers.

**201.** Le régime de la loi de droit impératif se situe entre ces deux régimes.

Le 14 décembre 1801, Portalis déclara déjà à ce sujet devant le Corps législatif : "On annule les conventions contraires au droit public ; mais on n'annule pas celles contraires à des lois qui ne touchent qu'au droit privé ou à des intérêts particuliers. Voilà la maxime de tous les temps. C'est de cette maxime que dérive la distinction si connue des nullités absolues que rien ne peut couvrir, et

---

3/<sup>181</sup> Frauduleux lorsque la violation de la loi est animée par la volonté de son auteur de causer un dommage à autrui (voy. A.K. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit*, 316-322).

3/<sup>182</sup> L'idée est exprimée par deux adages : "da mihi factum, dabo tibi ius" (donne-moi les faits, je te donnerai le droit) et "iura novit curia" (le tribunal connaît le droit).

3/<sup>183</sup> Sous réserve du respect des droits de la défense des parties.

3/<sup>184</sup> Sauf si la règle d'ordre public s'impose en raison de faits spécialement invoqués par les parties ; pour une analyse plus complète de cette "évolution" L. CORNELIS, *Openbare orde*, 279-297 ; ég. infra n° 210.

3/<sup>185</sup> La dérogation doit être valable, c'est-à-dire être conforme aux conditions de validité d'un acte juridique ou d'une convention. Les parties déterminent également la portée de la dérogation.

des nullités relatives qui peuvent être écartées par des fins de non-recevoir“.  
3/<sup>186</sup>

Par son arrêt du 9 décembre 1948 3/<sup>187</sup>, la Cour de cassation s'est, non seulement, alignée sur la définition de la loi d'ordre public, proposée par De Page, mais elle a aussi donné un nouvel élan à la loi de droit impératif en décidant : “l'article 1775 alinéa 6 du Code civil n'a pas le caractère d'ordre public proprement dit, il ne protège que des intérêts privés“.

Encouragée par la jurisprudence et par la doctrine, la Cour de cassation a continué à se servir de la distinction entre la loi d'ordre public et la loi de droit impératif.3/<sup>188</sup>

La loi de droit impératif est une loi hybride. Au départ elle est d'ordre public, mais moyennant le respect de certaines conditions, elle peut se transformer en loi supplétive.

Ce statut hybride, la loi de droit impératif le doit, selon la jurisprudence, au fait qu'elle “ne protège que des intérêts privés“.

Il s'agit des intérêts privés d'une catégorie de personnes, dont les Cours et Tribunaux estiment qu'elles sont protégées par la loi, qualifiée de droit impératif pour cette raison.

La jurisprudence considère en outre que ces personnes, lorsqu'elles sont effectivement protégées par la loi de droit impératif, doivent pouvoir reprendre la main et déterminer, en toute liberté, leur situation juridique. Si la protection légale est acquise et que la personne protégée l'estime dans son intérêt, elle doit pouvoir renoncer valablement à la protection dont elle bénéficie, enseignent la jurisprudence et la doctrine.

La nature de la loi se transforme au moment même où la personne, faisant par hypothèse partie de la catégorie des personnes protégées, acquiert effectivement la protection, conférée par la loi.

Transformation ne vaut pas renonciation. Cette dernière suppose en outre que la personne protégée décide valablement, unilatéralement ou par convention, de mettre fin à la protection légale. Une renonciation, contraire à l'ordre public, à une loi d'ordre public ou qui concerne l'ordre public ou les bonnes mœurs ou, encore, contraire aux conditions de validité prévues par l'article 1108 du code

---

3/<sup>186</sup>      Locré, Législation civile, I, 263.

3/<sup>187</sup>      Cass. 9 décembre 1948, Pas. 1948, I, 699.

3/<sup>188</sup>      Notamment J. VAN ZUYLEN, Ordre public et le droit impératif dans les contrats spéciaux, in P. WERY (éd.), Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux, Limal, Anthemis, 2011, 89-148 ; P. WERY, L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle, in I. SAMOY (éd.), Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht, Anvers, Intersentia, 2005, 121-142.

civil, restera sans effet juridique (article 2 – anciennement 6 – du code civil) ou risque une annulation.

Son caractère hybride fait que seules les personnes protégées peuvent se prévaloir de la méconnaissance de la loi de droit impératif.<sup>3/189</sup>

En cas de violation d'une loi de droit impératif par une convention, la personne protégée peut non seulement solliciter sa neutralisation, mais aussi sa nullité relative.

La nullité relative peut être remédiée par la ratification ou la confirmation de l'acte nul par la personne effectivement, protégée.

Puisque la loi de droit impératif s'impose aussi longtemps que la personne protégée n'a pas acquis la protection et n'a pas (valablement) renoncé à cette protection, les Cours et Tribunaux doivent invoquer d'office sa méconnaissance dès qu'un élément en fait ou en droit fait apparaître cette éventualité.<sup>3/190</sup>

- 202.** Habités à trois catégories de lois, les juristes qui se demandent par qui et comment leur classification s'effectue, sont, semble-t-il, peu nombreux.

La qualification de la loi se fait en déterminant si la loi tolère une dérogation. La réponse devrait se trouver dans le texte de la loi ou, à défaut, dans la volonté qui a animé le législateur et dont la recherche s'impose dès lors.

Il arrive de temps à autre que législateur précise dans le texte de la loi qu'elle s'applique nonobstant tout autre accord ou, à l'inverse, sauf accord contraire.

Il est également possible qu'il préconise que la loi s'applique aussi longtemps que les personnes, dont il protège les intérêts, n'ont pas acquis cette protection et qu'elles n'ont pas renoncé (valablement) à cette protection. <sup>3/191</sup>

Dans ces cas, la loi se prononce sur les possibilités de dérogation et le législateur détermine ainsi sa nature et son régime juridique.

Parfois les travaux préparatoires seront d'une aide précieuse, mais (très) souvent la nature de la loi n'est abordée ni dans le texte de la loi, ni dans les travaux préparatoires.

Dans ces cas, il convient de revenir à l'essence même des interventions du pouvoir législatif, déterminée par la Constitution et confirmée par la Convention EDH.

Par des ordres et/ou des interdictions, les législateurs organisent le vivre ensemble. Ils le conçoivent, le mettent en œuvre, le maintiennent, le surveillent et le financent. De cette façon, ils réalisent et limitent, en conformité avec la

---

<sup>3/189</sup> Que la personne protégée se trouve ou non dans la situation protégée au moment de la méconnaissance.

<sup>3/190</sup> Voy supra n° 200; dans le respect des droits de la défense.

<sup>3/191</sup> Voy. par exemple Cc 4 mars 2021, n° 37/2021.



Constitution, et ensuite la Convention EDH et les Traités de l'UE, l'exercice des droits et libertés des personnes qui se trouvent sous leur autorité. Ils encadrent leurs actes et comportements.

Leurs lois n'interviennent et n'existent pas pour du beurre. Les législateurs poursuivent des objectifs précis qui leur sont assignés par les lois suprêmes et par les électeurs et qu'ils comptent atteindre par (l'exécution) des ordres et des interdictions, qu'ils donnent ou imposent.

Qu'il émane d'un législateur ou d'une autorité publique qui relève du pouvoir exécutif ou judiciaire. 3/<sup>192</sup> L'ordre et à l'interdiction requièrent exigent l'obéissance et leur exécution par les personnes, qui en sont les destinataires. L'autorité impose sa volonté et, dans cette mesure, efface la volonté du destinataire, qui ne pourra que s'aligner sauf à s'exposer à des sanctions et à des contraintes.

En d'autres mots, l'existence des lois supplétives ou des lois de droit impératif dépend d'une décision en ce sens du législateur. Si le législateur n'a pas prévu de dérogation, la loi est d'ordre public. Dans ce cas, elle ne tolère aucune dérogation.

Il est possible de regretter la sévérité du législateur, mais lui seul à la possibilité de réagir et de corriger la loi en introduisant une possibilité de dérogation, le cas échéant après une décision en ce sens de la Cour constitutionnelle.

- 203.** Depuis son arrêt du 9 décembre 1948, la Cour de cassation a pourtant attribué ce pouvoir (législatif) au pouvoir judiciaire : "l'article 1775 alinéa 6 du Code civil n'a pas le caractère d'ordre public proprement dit. Il ne protège que des intérêts privés".3/<sup>193</sup>

Rien dans cette considération fait écho à une recherche de la volonté du législateur.

La Cour 3/<sup>194</sup> substitue, plus simplement, son analyse de la nature de la loi à la (recherche de la) volonté du législateur. Elle crée ainsi des possibilités de dérogation que le législateur n'a pas prévue et les "justifie" par sa décision que la loi (en l'espèce, l'article 1775, alinéa 6 du Code civil) "ne protège que des intérêts privés".

L'arrêt du 9 décembre 1948 et la loi de droit impératif sont devenus des "evergreen" juridiques. Les catalogues jurisprudentiels qui reprennent les dispositions légales, proclamées d'ordre public ou auxquelles cette qualification a été refusée, sont complétés par des catalogues qui reprennent les

---

3/<sup>192</sup> Et même d'une autorité privée (les parents, un employeur, l'assemblée générale des actionnaires...).

3/<sup>193</sup> Cass. 9 décembre 1948, Pas. 1948, I, 699 ; voy. ég. par exemple : Cass. 1<sup>er</sup> avril 2019, C.15.0356.N ; Cass. 9 septembre 2019, C.18.0493.N ; Cass. 8 février 2021, C.18.0464.N.

3/<sup>194</sup> Et invite le pouvoir judiciaire à suivre son exemple, ce qui s'est effectivement produit.

dispositions légales que les Cours et Tribunaux 3/<sup>195</sup> ont estampillées de droit impératif ou qu'ils ont reléguées au droit supplétif.

A première vue, l'approche jurisprudentielle semble pragmatique et adaptée aux circonstances. Pourquoi les Cours et Tribunaux ne seraient-ils pas en mesure de distinguer une loi qui "ne protège que des intérêts privés" d'une loi qui concerne l'intérêt général ? Pourquoi faudrait-il mettre en cause la loi de droit impératif qui protège "adéquatement" les intérêts privés ? La réponse est pourtant simple.

Quand le législateur ne prévoit aucune possibilité de dérogation 3/<sup>196</sup>, il détermine le champ d'application de la loi. Quand le pouvoir judiciaire instaure néanmoins des possibilités de dérogation, notamment en invoquant que la loi "ne protège que des intérêts privés", il intervient dans le travail législatif et emprunte un sens interdit dans le système juridique.

- 204.** D'abord, parce que le pouvoir judiciaire modifie le champ d'application et donc la force obligatoire de la loi qu'il qualifie de droit impératif, lorsque le législateur n'a pas prévu de possibilité de dérogation.

Ensuite parce que cette "liberté" prise avec la séparation des pouvoirs est dépourvue de fondement constitutionnel.

Il est en outre tout bonnement impossible de distinguer la loi qui ne protège que des intérêts privés des autres lois.

Laurent le savait déjà : "L'intérêt social et l'intérêt individuel s'enlaçant, s'enchevêtrant, il est souvent difficile de les distinguer".3/<sup>197</sup>

La Cour de cassation l'admet par ailleurs lorsqu'elle souligne que la loi d'ordre public ne protège pas uniquement des intérêts privés, mais aussi l'intérêt général.3/<sup>198</sup>

Comment parvient-elle à faire la part des choses ? Sa jurisprudence n'est d'aucune aide : elle ne propose aucun critère qui permettrait de reconnaître les lois "qui ne protègent que des intérêts privés". Elle se fie à son appréciation (hétérogène) des faits, synonyme d'instinct et surtout d'autorité : une loi ne protège que des intérêts privés quand les Cours et Tribunaux décident qu'elle ne protège que des intérêts privés et que cette décision est approuvée par la Cour de cassation.

Plus radical encore, il n'existe pas des lois qui ne protégeraient que des intérêts privés.

---

3/<sup>195</sup> En dernier lieu, la décision appartient à la Cour de cassation.

3/<sup>196</sup> Votant ainsi une loi supplétive ou à une loi de droit impératif.

3/<sup>197</sup> F. Laurent, *Principes I*, 77, n°40.

3/<sup>198</sup> Voy Cass. 11 avril 1986, Pas.1986, I, 983 ; Cass. 29 avril 2011, C.10.0183.N ; Voy ég. H. De Page, *Traité I*, 109, n°90.

La loi, porteuse d'ordre ou d'interdiction, réalise et, en même temps, restreint l'exercice des droits et des libertés à condition qu'elle respecte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.<sup>3/199</sup> A condition de rester dans les limites autorisées <sup>3/200</sup>, les titulaires utilisent leurs droits et libertés dans la poursuite d'intérêts privés, dont ils sont, en principe, "seul juge".<sup>3/201</sup>

Le pouvoir judiciaire se méprend donc sur l'intervention du législateur quand il avance qu'il y aurait des lois qui "ne protègent que des intérêts privés". L'objectif du législateur et de ses lois est toujours et avant tout l'organisation du vivre ensemble démocratique (les autres) <sup>3/202</sup> dans l'intérêt des titulaires des droits et des libertés, qu'il réalise et limite à cet effet.

Même quand le législateur s'occupe d'intérêts privés, il détermine leur place dans le vivre ensemble démocratique, dont les principes, la finalité et les règles de fonctionnement s'imposent, sans discrimination, aux intérêts privés.

- 205.** La définition de la loi d'ordre public et la loi de droit impératif qui "ne protège que des intérêts privés" n'apparaissent pas par hasard, côte à côte, dans l'arrêt du 9 décembre 1948.

La loi de droit impératif, laissée à l'appréciation ultime de la Cour, confirme qu'elle se réserve le "pouvoir" de déterminer quand une loi fixe, en droit privé, les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société.

En disant pour droit que la loi qui "ne protège que des intérêts privés" n'est pas d'ordre public, elle protège le libéralisme économique.

Aux prises avec des lois qui ne prévoient aucune possibilité de dérogation, la Cour a cherché et trouvé une issue, qui préserve la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, bases juridiques qu'elle assigne à l'ordre économique ou moral de la société.

Elle "donne" non seulement à la personne protégée, mais aussi à ses cocontractants la possibilité de négocier une solution qui ne correspond plus à la volonté du législateur, au motif que la loi <sup>3/203</sup> "ne protège(ra)it que des intérêts privés".

Aux mains du pouvoir judiciaire, la loi de droit impératif n'est qu'un instrument parmi d'autres qu'il utilise dans la construction et le maintien d'un ordre public judiciaire, qui neutralise, à dessein, l'ordre public légal quand le pouvoir

---

<sup>3/199</sup> Ce qui est contrôlé par la Cour constitutionnelle et par la Cour EDH (voy supra nos 86-132).

<sup>3/200</sup> Déterminées par des lois et règles jurisprudentielles, ces dernières étant déduites des lois.

<sup>3/201</sup> H. De Page, *Traité*, I, 109, n°90 : "l'homme est seul juge de ses intérêts et l'harmonie et l'équilibre social naissent de la lutte des intérêts individuels (libre concurrence)".

<sup>3/202</sup> Voy supra nos 31-41 et 61-83.

<sup>3/203</sup> Qui ne prévoit aucune possibilité de dérogation.

judiciaire 3/<sup>204</sup> considère qu'il pourrait porter préjudice aux bases juridiques du (néo)libéralisme économique.

L'emprise de la loi de droit impératif, définie par le pouvoir judiciaire, ne cesse pas de s'étendre, comme les arrêts suivants le démontrent.

L'attestation relative à la pollution (éventuelle) du sol, à obtenir et à remettre préalablement à la cession d'un terrain, est régie par le droit administratif qui s'occupe incontestablement d'intérêts essentiels... de la communauté, à savoir la santé et la sécurité des personnes pouvant souffrir de la pollution.

Pourtant, dans un arrêt du 22 mars 2018 3/<sup>205</sup> la Cour de cassation a décidé que cette attestation ne protège que l'acheteur d'un terrain pollué, de sorte qu'il agi(ra)it d'une loi de droit impératif.

Dans un arrêt du 23 juin 2016 3/<sup>206</sup>, la Cour a admis qu'il est possible de renoncer à la protection d'une loi de droit impératif, avant que la protection n'ait été acquise effectivement.

La Cour enseigne, dans un arrêt du 16 mai 2011 3/<sup>207</sup>, qu'une loi, dont elle admet qu'elle est d'ordre public, génère des droits subjectifs de droit impératif, dont les parties peuvent en déroger.

Ces décisions démontrent que l'ordre public, conçu et mis en œuvre par les législateurs, se trouve en droit privé sous tutelle judiciaire.

---

3/<sup>204</sup> En particulier la Cour de cassation.

3/<sup>205</sup> Cass. 22 mars 2018, C.17.0067.N.

3/<sup>206</sup> Cass. 23 juin 2016, C.14.0092.N.

3/<sup>207</sup> Cass. 16 mai 2011, S.10.0093.N.