



b) LA CAUSE ILLICITE

- 231.** Jusqu'à présent, la Cour n'exige pas (encore) des Cours et Tribunaux qu'ils subordonnent la neutralisation ou l'annulation d'une convention, viciée par une cause illicite au constat que son exécution aboutit, directement ou indirectement, à faire naître ou à maintenir une situation illicite.

Elle approuve les décisions qui, ayant constaté l'existence d'une cause illicite, concluent à l'irrecevabilité de l'action en justice ou à l'annulation de la convention.

Saisis d'une action en paiement d'une dette, issue de paris sur des résultats sportifs ("le foot"), des juges d'appel avaient admis la recevabilité de l'action. Par un arrêt du 10 septembre 2018 3/<sup>352</sup>, la Cour cassation a sanctionné leur décision.

Le moyen de cassation était pris de la violation des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, 4 de la loi du 7 mai 1999 sur les jeux de hasard et la protection des joueurs et 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 22 décembre 2010 déterminant les conditions auxquelles des paris peuvent être admis en dehors d'établissements de jeux de classe IV.

La Cour a rappelé qu'il résulte des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil 3/<sup>353</sup> qu'un contrat 3/<sup>354</sup> dont la cause est illicite parce qu'elle est prohibée par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ne peut avoir aucun effet, de sorte qu'une action tendant à l'exécution d'un tel contrat ne peut être admise. Elle décide ensuite "qu'une action relative à un pari qui a été engagé en violation des articles 4 § 1<sup>er</sup> de la loi du 7 mai 1999 et 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 22 décembre 2010 (...) et partant, en contravention à des règles d'ordre public, ne peut être admise".

Reprenant des constatations en fait, effectuées par les juges d'appel, la Cour observe que l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 22 décembre 2010 a été violé en l'espèce et en déduit que "les juges d'appel qui ont néanmoins considéré comme admissible l'action en paiement des gains du pari, n'ont pas légalement justifié leur action".

Cet arrêt confirme donc le lien qui existe entre l'article 6 (actuellement 2) du Code civil et l'intérêt illégitime.

La Cour souligne que la convention/obligation illicite "ne peut avoir aucun effet" et ajoute qu'une "action tendant à l'exécution d'un tel contrat ne peut être

---

3/<sup>352</sup> Cass. 10 septembre 2018, C.17.0113.N ; voy.ég. Cass. 7 mai 2020, C.19.0423.N ; Cass. 30 septembre 2021, C.21.0002.N.

3/<sup>353</sup> Voy sur cet amalgame les nos 210-211.

3/<sup>354</sup> Ou, plutôt, l'obligation (voy supra n°220).

admise“, ce qui est conforme à la volonté du législateur, qui se trouve à l’origine de l’article 6 (actuellement 2) du Code civil.

**232.** Le même enseignement émerge d’un arrêt du 3 septembre 2013 <sup>3/355</sup>, bien qu’il concerne la restitution en matière pénale.

La Cour de cassation a décidé que la restitution s’étend à toute mesure qui vise à effacer les conséquences matérielles d’une infraction déclarée établie, dans le but de rétablir la situation de fait qui existait avant la commission de l’infraction. Estimant que la restitution garantit l’intérêt général et qu’elle est d’ordre public, la Cour en a déduit que la nature civile de la restitution n’empêche pas le juge pénal d’ordonner la restitution d’office ou sur réquisition. Elle a conclu que “si un contrat est obtenu à l’aide d’une infraction et qu’il ne peut, dès lors, sortir aucun effet, la restitution peut consister en une annulation de ce contrat prononcée par le jugé pénal, celle-ci ayant un effet rétroactif“.

De nombreux délits (des faux et leur utilisation, des escroqueries, des détournements de confiance, des vols...) s’accompagnent (souvent) de contrats qui préparent l’infraction, la réalisent et/ou qui font disparaître le butin. Dans ces contrats, les motifs d’au moins une partie, qui prépare, réalise ou cache une infraction pénale, sont entachés d’illicéité.

Le droit pénal est une longue énumération d’interdictions, imposées par le législateur sans qu’il ait prévu une possibilité de dérogation. Les lois pénales sont dès lors d’ordre public. Elles intéressent aussi l’ordre public puisqu’elles interdisent des comportements qui constituent <sup>3/356</sup>, notamment en cas de répétition ou de généralisation, un danger pour la sécurité, la santé, l’enseignement et la libre disposition des autres et pour le vivre ensemble (démocratique) conçu, mis en œuvre, maintenu, surveillé, contrôlé et financé par le législateur. <sup>3/357</sup>

En relevant “si un contrat est obtenu à l’aide d’une infraction et qu’il ne peut, dès lors, sortir aucun effet“, la Cour de cassation approuve le juge pénal qui sanctionne l’existence d’un contrat illicite.

Elle respecte la volonté du législateur quand elle décide qu’une convention illicite ne peut sortir aucun effet. Le juge pénal peut donc neutraliser cette convention (article 2 Code civil) ou l’annuler. <sup>3/358</sup> Il ne s’agit par ailleurs pas d’une simple faculté, mais d’une obligation dont il s’acquitte en ordonnant, le cas échéant d’office dans le respect des droits de la défense, l’annulation ou la neutralisation du contrat illicite.<sup>3/359</sup>

---

<sup>3/355</sup> Cass. 3 septembre 2013, P.10.1836.N; ég. Cass. 14 décembre 2012, C.12.0232.N.

<sup>3/356</sup> Ou susceptible de constituer un danger.

<sup>3/357</sup> Sous le contrôle de la Cour constitutionnelle.

<sup>3/358</sup> Parce que la cause des obligations est entachée d’illicéité.

<sup>3/359</sup> Voy supra n°221.

- 233.** Le revirement jurisprudentiel de la Cour de cassation en matière d'intérêt illégitime et d'objet illicite n'a pas encore contaminé la cause illicite.<sup>3/360</sup>  
Confrontée à une cause illicite, les Cours et Tribunaux privent la convention d'effet par son annulation ou par l'irrecevabilité de l'action en justice de la personne qui poursuit son exécution.

Eu égard aux interactions qui existent entre l'intérêt (il)légitime, les motifs (il)licites des parties et les objets (il)licites de leurs obligations ou conventions, cette différence de traitement pose problème.

Réalisant des motifs qui sont différents pour chaque partie, le débiteur accepte de s'engager à l'exécution d'une obligation, que le créancier souhaite obtenir. Leurs motifs respectifs convergent, pour des raisons personnelles, vers un objet (une prestation concrète) que le débiteur promet au créancier et dont ce dernier se satisfait.

Les motifs (personnels) de chaque partie se concrétisent obligatoirement par l'objet des obligations/créances sur lequel elles se sont accordées. Les motifs de chaque partie déterminent l'avantage matériel ou moral (l'intérêt) qu'elle vise par l'objet de chaque obligation, par la convention et par son exécution.

Puisque l'objet des obligations/conventions et l'intérêt sont des manifestations de leur cause, il est incohérent que le critère qui caractérise l'illicéité de la cause se trouve écarté quand l'(il)légitimité d'un intérêt ou l'(il)licéité de l'objet d'une obligation ou d'une convention est abordée.

### III.1.2.5. Cinquième conclusion

- 234.** L'ordre public et la loi d'ordre public occupent une place importante dans la jurisprudence, en particulier celle de la Cour de cassation. Il ne s'agit toutefois pas de l'ordre public légal, déterminé par le législateur, mais d'un ordre public judiciaire, qui est élaboré sous le contrôle de la Cour de cassation.

La définition de la loi d'ordre public, empruntée par la Cour à De Page, se trouve à l'origine de l'ordre public judiciaire. Implicitement, elle désigne la Cour comme l'autorité qui, depuis 1948, défend en droit privé les bases juridiques (immuables ?) de l'ordre économique ou moral de la société contre "vents et marées", même s'ils sont l'expression de la volonté du législateur et donc de la démocratie.

---

<sup>3/360</sup> Le dommage illicite échappe également à cette "cure de jouvence (illusoire)" jurisprudentielle : Cass. 14 mai 2003, P.02.1204.F ; L. CORNELIS, *Openbare orde*, 369-384.

Les intérêts essentiels de l'Etat ou de la collectivité n'interviennent en droit privé qu'avec la bénédiction de la Cour.

Avec cette définition, la Cour de cassation est devenue un contre-pouvoir redoutable. Elle vérifie et contrôle la compatibilité de l'ordre public légal avec sa conception des bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société. Elle décide quand une loi est d'ordre public ou intéresse l'ordre public, le plus souvent sans la moindre explication.<sup>3/361</sup>

Elle refuse tout statut juridique à l'ordre public, préférant qu'il reste une notion ouverte et vague dont elle peut se servir à sa meilleure convenance, ce que la doctrine traduit par la "flexibilité" de l'ordre public. <sup>3/362</sup>

Elle a "dilué" la rigueur de l'ordre public en élaborant la loi de droit impératif, dont l'existence dépend, une fois de plus, de sa décision.<sup>3/363</sup>

La Cour a également décidé que les Cours et Tribunaux <sup>3/364</sup> peuvent, mais ne doivent pas invoquer d'office l'application éventuelle de l'ordre public, d'une loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public, sauf si une partie a invoqué spécialement des éléments en fait ou en droit qui conduisent à leur application.<sup>3/365</sup>

La Cour se dispense toutefois de l'application de cette "règle", lorsque le moyen de cassation et/ou le mémoire en réponse vise des éléments en fait ou en droit, même spécialement invoqués, qui pourraient conduire à l'application d'une règle d'ordre public. Elle partage cette "faiblesse" avec d'autres hautes juridictions. <sup>3/366</sup>

- 235.** Se servant des technicités du droit privé, la Cour se réserve le droit d'être en désaccord avec le législateur, avec sa conception de l'ordre public et, dans ce cas, de faire prévaloir sa volonté sur celle du législateur.

Ainsi s'explique qu'elle rechigne à sanctionner la méconnaissance d'une règle d'ordre public ou qui touche à l'ordre public par un acte juridique ou une convention.

Une sentence arbitrale rendue en violation d'une règle d'ordre public ne peut être annulée, selon la Cour, que lorsque son exécution aboutit à une situation qui heurte l'ordre public.<sup>3/367</sup>

---

<sup>3/361</sup> Sans se soucier de la volonté du législateur et de la définition de De Page (voy supra nos 187-193).

<sup>3/362</sup> Voy supra nos 197-199.

<sup>3/363</sup> Voy supra nos 200-205.

<sup>3/364</sup> Qui sont des experts en droit privé.

<sup>3/365</sup> Voy supra n° 200; l'application d'office d'une règle d'ordre public requiert le respect des droits de la défense.

<sup>3/366</sup> Qu'il s'agisse de la Cour EDH ou de la Cour de justice.

<sup>3/367</sup> Voy Cass. 28 novembre 2014, C.12.0517.N.

L'intervention au civil du Ministère public est limitée aux cas qui mettent l'ordre public en péril par un état de choses auquel il importe de remédier, condition qui ne se trouve pas dans l'article 138bis § 1er du code judiciaire. 3/<sup>368</sup>

La Cour n'aime pas 3/<sup>369</sup> les contraintes qu'elle décerne dans l'article 2 (anciennement 6) du Code civil.<sup>3/<sup>370</sup></sup> La neutralisation et l'inefficacité d'une convention illicite ne lui conviennent pas, elle préfère parler de son annulation 3/<sup>371</sup>, dont elle peut déterminer et détermine les effets en droit.<sup>3/<sup>372</sup></sup>

Souhaitant préserver la force obligatoire de la convention même illicite, la Cour a développé une jurisprudence qui restreint l'irrecevabilité d'une action en justice, fondée sur un intérêt illégitime, aux actions en justice qui font naître ou maintiennent une situation illicite.<sup>3/<sup>373</sup></sup>

Dans la même veine, l'objet illicite d'une obligation ou d'une convention n'entraîne la nullité que si leur exécution fait naître ou maintient une situation illicite.<sup>3/<sup>374</sup></sup>

Ces exemples ont en commun que la Cour œuvre pour un ordre public dont elle détermine non seulement le contenu, le sens et la portée, mais aussi les conséquences juridiques en cas de méconnaissance.

En droit privé, l'ordre public est donc de nature judiciaire : l'ordre public que le législateur envisage n'y trouve place qu'avec l'assentiment de la Cour, qui le façonne au passage comme elle l'entend.

La Cour se ralliera à l'ordre public légal et donc à la volonté du législateur quand elle considère que son intervention est conforme aux bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société dans la conception que la Cour en a. 3/<sup>375</sup> Si elle estime, par malheur pour le législateur, qu'il porte atteinte aux bases

---

3/<sup>368</sup> Voy supra n° 188.

3/<sup>369</sup> Suivant l'exemple de De Page.

3/<sup>370</sup> Voy supra n°209.

3/<sup>371</sup> Voy supra nos 210-211.

3/<sup>372</sup> Notamment en introduisant, depuis 2015, l'idée d'une nullité partielle ou en instaurant une possibilité de réparation (Cass. 7 novembre 2019, C.19.0061.N : appliquant anticipativement une disposition d'un avant-projet de loi, empruntée au BGB (code civil allemand), la Cour a décidé qu'une convention illicite doit être maintenue, sauf disposition légale contraire, si l'illicéité est réparée ou est susceptible d'être réparée, de sorte que le "but" de la loi d'ordre public méconnue est respecté ou est susceptible d'être respecté).

3/<sup>373</sup> Voy supra nos 217-219.

3/<sup>374</sup> Voy supra nos 222-230 ; voy. ég. Cass. 30 septembre 2021, C.21.0002.N.

3/<sup>375</sup> Quand le législateur protège, aux yeux de la Cour, suffisamment le droit à la propriété, l'épargne, la force obligatoire des conventions.

juridiques de cet ordre économique ou moral, elle réagit. <sup>3/376</sup> Elle cherche et trouve les moyens qui lui permettent de neutraliser ou, à tout le moins, d'atténuer les effets de la volonté du législateur.

Ce faisant, elle remplace, l'ordre public légal par l'ordre public judiciaire de son choix.

## III.2. Les bonnes mœurs

### III.2.1. La doctrine

#### III.2.1.1. Les travaux préparatoires

- 236.** Les rédacteurs du Code civil étaient attachés aux bonnes mœurs, pour les raisons que Portalis exposa : “les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois : elles sont le véritable ciment de l'édifice social. 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 remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel, et par les calculs du vice“. <sup>3/377</sup>

Il associait l'ordre public et les bonnes mœurs à la sauvegarde de la morale et de la législation. <sup>3/378</sup>

Grenier souligna également la nécessité des bonnes mœurs : “sans cette mesure, la société veillerait en vain, par les lois les plus sages, à son repos et à sa prospérité“. <sup>3/379</sup>

Bigot de Préameneu se manifesta aussi en leur faveur : “Bientôt l'inévitable et plus fâcheux inconvénient de la civilisation se fit ressentir : les rapports des citoyens entre eux se multiplient. En vain Numa Pompilius avait-il consacré à la fidélité sur le Capitole, un temple auprès de celui de Jupiter : ce culte religieux ne peut subjuguier la mauvaise foi, et le silence des lois lui laissa prendre un libre et funeste essor“. <sup>3/380</sup>

---

<sup>3/376</sup> En particulier, à la liberté individuelle, à l'autonomie de la volonté, à la liberté contractuelle, à la libre circulation, à la liberté de commerce et l'industrie, à la libre concurrence, au droit de la propriété..., c'est-à-dire aux intérêts économiques et financiers protégés par ces notions.

<sup>3/377</sup> PORTALIS, *Second exposé des motifs*, in Loqué, *Législation civile*, I, 306.

<sup>3/378</sup> Ib, 236.

<sup>3/379</sup> GRENIER, *Rapport à l'Assemblée général du Tribunaux du 27 février 1803*, in Loqué, *Législation civile*, I, 313.

<sup>3/380</sup> BIGOT DE PREAMENEU, *Exposé des motifs du 27 janvier 1804*, in Loqué, *Législation civile*, VI, 148.

Thiesse observa : “Qui ne sait que le prétexte du bien des mœurs, dans ces circonstances, n’est jamais que le masque de l’amour des richesses“ .3/381  
Chacun exprima, à sa manière, la même préoccupation : tous se méfiaient de la nature humaine, de son goût prononcé pour ses intérêts personnels au détriment des intérêts des autres.

Ils n’étaient pas les premiers à s’inquiéter du côté sombre de l’homme. Domat avait déjà écrit :

“C’est donc le dérèglement de l’amour qui a dérégulé la société et au lieu de cet amour mutuel, dont le caractère était d’unir les hommes dans la recherche de leur bien commun, on voit régner un autre amour tout opposé, dont le caractère lui a justement donné le nom d’amour propre parce que celui en qui cet amour domine, ne recherche que des biens qu’il se rend propre et qu’il n’aime dans les autres que ce qu’il peut en rapporter à soi.

C’est le venin de cet amour qui engourdit le cœur de l’homme et l’appesantit et qui ôtant à ceux qu’il possède la vue et l’amour ou leur vrai bien, et bornant toutes leurs vues et tous leurs désirs au bien particulier où il les attache, est comme une peste universelle, et la source de tous les maux qui inondent la société. De sorte qu’il semble que comme l’amour propre en ruine les fondements, il devait la détruire, ce qui oblige à considérer de quelle manière Dieu soutient la société, dans le déluge des maux qu’il fait l’amour propre.

Cet état des hommes porte ceux qui ne se conduisent que par l’amour propre, à s’assujettir aux travaux, aux commerces et aux liaisons que leurs besoins rendent nécessaires. Et pour se les rendre utiles et y ménager et leur honneur et leur intérêt, ils y gardent la bonne foi, la fidélité, la sincérité, de sorte que l’amour propre s’accommode à tout pour s’accommoder de tout. Et il sait si bien assortir les différentes démarches à toutes ses vues, qu’il se plie à tous les devoirs, jusqu’ à contrefaire toutes les vertus et chacun voit dans les autres, et s’il étudiait verrait en soi-même, ces manières si fines que l’amour propre sait mettre en usage pour se cacher et s’envelopper sous les apparences des vertus mêmes qui lui sont les plus opposées“ .3/382

Lors d’une intervention du 5 mars 1803 devant le Corps législatif, Faure a abordé la relation qui existe entre l’ordre public et les bonnes mœurs :

“A l’égard des bonnes mœurs, il y a même raison : je dirai plus, l’une est une dépendance nécessaire de l’autre. Les mots ordre public eussent seuls pu suffire et l’addition qu’on a faite n’a pour objet que de donner à la rédaction de l’article 3/383 toute la clarté dont elle était susceptible. En effet, tout ce qui

---

3/381 THIESSE, *Discours dans le corps législatif du 15 décembre 1801*, in Loqué, *Législation civile*, I, 272.

3/382 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delictus*, Paris, Covelier, 1771, IX, II et III. *Traité des lois*, chap.IX, I, II et III (la première édition date de 1665).

3/383 FAURE visait l’article qui est devenu l’article 6 du Code civil.



concerne les bonnes mœurs intéresse l'ordre public, mais tout ce qui intéresse l'ordre public, ne concerne pas les bonnes mœurs".<sup>3/384</sup>

Son intervention pour le maintien dans l'article 6 des bonnes mœurs a convaincu le Corps législatif.

L'analyse des bonnes mœurs par les rédacteurs du Code civil était pertinente et précise : elles protègent la société contre la mauvaise foi et la méchanceté des hommes, contre leur amour des richesses, contre les lâches combinaisons de l'intérêt personnel et contre les calculs du vice. La protection des bonnes mœurs se fait par des (règles de) comportement qui sont garants d'honnêteté, de vertu, de justice, du repos et de la prospérité de la société.

Ils ont souligné le lien indissociable qui existe non seulement entre les bonnes mœurs et la morale, mais aussi entre l'ordre public et les bonnes mœurs.

### III.2.1.2. François Laurent

**237.** Même s'il rejoint l'opinion de Faure <sup>3/385</sup>, Laurent se montre nettement plus réservé que les rédacteurs du Code civil quand il examine les bonnes mœurs : "la législation n'est pas un cours de morale". <sup>3/386</sup>

Il conseille par ailleurs au législateur de limiter ses interventions en cette matière aux situations qui perturbent "l'ordre social".

L'article 1133 du Code civil qui déclare illicite l'obligation dont la cause heurte les bonnes mœurs, oblige Laurent néanmoins à leur examen.

Il constate qu'il "n'est pas nécessaire qu'il y ait une loi concernant les bonnes mœurs pour annuler une convention immorale ; il suffit qu'elle soit contraire aux bonnes mœurs pour qu'elle n'ait aucun effet". <sup>3/387</sup>

Associant les bonnes mœurs à la morale et constatant qu'il existe plusieurs morales religieuses et philosophiques, il défend la thèse que les bonnes mœurs sont identiques pour chaque citoyen. Il attend du pouvoir judiciaire qu'il détermine la morale publique :

"Est-ce à dire que le juge est sans règle en cette manière ? Non, on exagère quand on se plaint de l'incertitude de la morale (...), il faudrait dire que la morale est progressive, elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant ? La conscience humaine. Il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la

---

<sup>3/384</sup> FAURE, *Discours dans la séance du corps législatif du 5 mars 1803*, in Locré, *Législation civile*, I, 319.

<sup>3/385</sup> F. LAURENT, *Principes*, I, 88, n° 54 : "Tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'ordre public, mais tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas les bonnes mœurs".

<sup>3/386</sup> F. LAURENT, *Principes*, I, 89, n° 54 : le droit pénal lui semble prédestiné à s'occuper des bonnes mœurs".

<sup>3/387</sup> Ib, I, 89, n°55.

conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique".<sup>3/388</sup>

Le pouvoir judiciaire, auquel Laurent confiait la détermination des bonnes mœurs, faisait partie de l'élite gouvernante qui, à son époque, contrôlait les pouvoirs politiques, économiques, financières et intellectuels. <sup>3/389</sup> La morale publique et la conscience humaine ou générale, que Laurent envisageait, étaient en symbiose avec leurs intérêts et s'imposaient aux autres et aux "dissidences individuelles qui ne comptent pas".

### III.2.1.3. Henri De Page

**238.** A l'opposé de Laurent, les bonnes mœurs suscitaient l'enthousiasme de De Page.

Dans sa théorie de l'obligation civile <sup>3/390</sup>, il exposa que l'objet de l'acte juridique doit être conforme aux bonnes mœurs, qu'il a dès lors examinées de près.

Le législateur n'ayant pas défini les bonnes mœurs, De Page explique qu'il est impossible de les définir. Il appartient dès lors au pouvoir judiciaire de préciser leur contenu, leur sens et leur portée au gré des applications qui en sont faites. Etant magistrat, De Page indiqua la marche à suivre :

"Toute civilisation comporte un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes et de traditions, formant corps avec la mentalité d'un peuple et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession déterminée. Il existe une morale coutumière sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement. C'est la notion légale des bonnes mœurs. Elle a un sens très clair et les tribunaux l'ont parfaitement compris". <sup>3/391</sup>

Alors que Laurent vise une morale publique dirigée par la conscience humaine, progressive, De Page préfère mettre l'accent sur le caractère coutumier de la morale.

La nuance qu'il apporte aux bonnes mœurs, les met à l'abri d'une actualisation démocratique. A l'époque de De Page la "morale coutumière" était, par définition, celle qui existait avant le basculement démocratique. <sup>3/392</sup> De cette façon, il protégeait les "bases juridiques de l'ordre moral".

---

<sup>3/388</sup> Ib, I, 90, n° 56 in fine.

<sup>3/389</sup> Voy supra nos 168-171.

<sup>3/390</sup> Voy supra n° 174.

<sup>3/391</sup> H. De Page, op. cit., I, 121 in fine: De Page parle d'une morale coutumière ; Laurent visait une morale publique dirigée par la conscience humaine (voy supra n°237).

<sup>3/392</sup> Voy supra n° 173.

Pour les raisons exposées 3/<sup>393</sup>, De Page ne voulait pas entendre parler de l'ordre public comme principe régulateur du vivre ensemble. Il l'estimait trop proche du pouvoir politique, devenu démocratique. Il l'a donc remplacé par les bonnes mœurs, qu'il rattachait aux bons soins des Cours et Tribunaux et à la morale coutumière du 19<sup>ème</sup> siècle.

Ce que les rédacteurs du Code civil et Laurent attendaient de l'ordre public, De Page l'attendait des bonnes mœurs :

“Le domaine de l'application des bonnes mœurs est, à proprement parler, sans limites. On s'en rendra bientôt compte. Cela tient au fait que la malhonnêteté de l'homme est également sans limites, et surtout d'une ingéniosité inépuisable. Il est impossible de préciser tous les cas de conventions contraires aux bonnes mœurs. Disons seulement, avant d'en énumérer les principaux, que c'est grâce au respect des bonnes mœurs, dont les tribunaux se montrent, à juste titre, les gardiens vigilants, que le droit répond à l'une de ses fonctions sociales les plus importantes : le maintien du niveau moral nécessaire à toute société policée dans les rapports d'intérêt pécuniaire, et la sauvegarde de l'idéalisme acquis au cours de vingt siècles de progrès“ .3/<sup>394</sup>

et

“Elle 3/<sup>395</sup> pénètre dans les couches profondes des comportements humains et jusque dans les motifs et les mobiles les plus cachés. Elle maintient le minimum de dignité nécessaire dans les institutions essentielles de la société, qu'il s'agisse de rapports de droit public ou de droit privé. Elle dépiste toutes les fraudes ; elle brise toutes les intentions blâmables ; elle poursuit le mercantilisme là où la dignité même des relations contractuelles commande de le proscrire ; elle élève en un mot la conception des relations humaines en bannissant tout ce qui est vil, inavouable ou injustement intéressé, et entend y maintenir cet idéalisme nécessaire sans lequel les rapports entre hommes ne se nourriraient que d'égoïsme et d'intérêt“ . 3/<sup>396</sup>

- 239.** Les bonnes mœurs, envisagées comme la morale coutumière, consacrent, écrit De Page, “les grands principes de loyauté, de correction, de désintéressement et de dignité“ 3/<sup>397</sup>, dont les Cours et Tribunaux déduisent des règles de comportement.

---

3/<sup>393</sup> Voy supra nos 174-177.

3/<sup>394</sup> H. DE PAGE, op.cit., I, 122-123, n°92 (en petites lettres).

3/<sup>395</sup> De Page vise la morale coutumière.

3/<sup>396</sup> H. DE PAGE, op. cit., I, 122, n°92.

3/<sup>397</sup> Ib, I, 122, n°92.

Soudain, De Page se trouve bien loin du libéralisme économique “en vertu duquel 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>3/398</sup>

Il doit admettre et admet que le vivre ensemble a besoin d’un principe régulateur qui, “dépiste toutes les fraudes ; (...) brise toutes les intentions blâmables ; (...) poursuit le mercantilisme là où la dignité même des relations contractuelles commande de le proscrire ; (...) élève en un mot la conception des relations humaines en bannissant tout ce qui est vil, inavouable ou injustement intéressé, et entend y maintenir cet idéalisme nécessaire sans lequel les rapports entre hommes ne se nourriraient que d’égoïsme et d’intérêt” (souligné par l’auteur).

Ainsi qu’il résulte de l’énumération des conventions contraires aux bonnes mœurs, De Page maîtrisait le sujet. Il visait les conventions relatives au jeu ; le pacte de quota litis ; les conventions qui ont pour objet la vente ou le trafic d’influence ; les conventions ayant pour objet de pousser une adjudication publique de l’Etat ou d’entraver la liberté d’enchères ; le fait pour un mari de livrer sa femme à un tiers dans le but d’obtenir de lui des avantages testamentaires ; l’engagement de ne pas porter plainte ; toute convention emportant prohibition de reconnaître sa responsabilité ; la dichotomie ; toute convention consacrant, sous quelque forme que ce soit, l’usure dans le prêt à intérêt ; toutes clauses, et notamment les clauses pénales, qui dans un contrat, ont pour but d’exploiter l’ignorance ou l’inattention d’autrui de sorte que l’activité contractuelle normale n’est qu’une apparence ; toute convention de circulation fictive ; toute convention ayant pour objet l’organisation ou la perpétration d’une fraude, toute convention ou engagement ayant pour but ou pour effet voulu de méconnaître ou d’éluder des ordres ou des interdictions, imposées par la loi pénale ou par les principes fondamentaux de la morale, admis dans tous les pays civilisés.<sup>3/399</sup>

De Page reconnaît donc qu’une autorité publique, en l’occurrence, le pouvoir judiciaire <sup>3/400</sup>, est juge des intérêts des personnes qui se trouvent sous son autorité et que cette autorité publique fait naître l’harmonie et l’équilibre social. Il n’explique pas dans son Traité pour quelles raisons il refuse ce rôle au législateur.

#### III.2.1.4. La doctrine contemporaine

- 240.** L’enthousiasme qu’éprouvait De Page pour les bonnes mœurs n’a pas été partagé par la doctrine ultérieure.

---

<sup>3/398</sup> Ib, I, 109, n°90.

<sup>3/399</sup> Ib, I, 123-133.

<sup>3/400</sup> Alors qu’il aurait dû désigner le pouvoir législatif s’il avait voulu respecter la Constitution.

Tout en associant les bonnes mœurs à la morale, certains auteurs mettent leurs lecteurs en garde contre des applications trop sévères ou audacieuses des bonnes mœurs.<sup>3/401</sup>

Ils sont nombreux à considérer que les bonnes mœurs font partie de l'ordre public, en particulier des bases juridiques de l'ordre moral de la société.<sup>3/402</sup> Aucun auteur ne propose toutefois de faire l'économie des bonnes mœurs ou, inversement, de remplacer l'ordre public par les bonnes mœurs, suivant ainsi l'exemple du droit allemand.<sup>3/403</sup>

L'enseignement de De Page se manifeste toutefois quand les auteurs décrivent les bonnes mœurs comme la morale coutumière, que toute personne honnête approuve et quand ils se réfèrent aux principes généraux de loyauté, de correction et de dignité qu'on rencontre chez tous les peuples civilisés.<sup>3/404</sup>

Plusieurs auteurs soulignent que les bonnes mœurs se réfèrent à des normes de comportement, J. De Coninck expose que l'ordre public concerne les fondements de la société (ce qu'elle appelle le niveau "macro"), alors que les bonnes mœurs organisent le comportement des personnes (ce qu'elle appelle le niveau "micro").<sup>3/405</sup>

J.F. Romain fait une distinction entre les bonnes mœurs essentielles et fondamentales : "Il y a d'abord une première composante, que l'on pourrait qualifier d'essentielle qui est l'expression de valeurs et de règles de droit constitutives d'une partie de l'ordre social d'une société donnée, à une époque donnée. Cette composante (...) peut connaître une certaine variabilité dans le temps et dans l'espace (...). Il y a ensuite une seconde composante, plus fondamentale, qui pourrait regrouper les autres catégories d'actes susvisés, dont la variabilité est bien moindre, voire nulle dans le temps et dans l'espace. Au sein de cette composante, sont prohibés divers comportements qui apparaissent comme gravement immoraux et contraires à la bonne foi élémentaire existant en matière contractuelle et extracontractuelle".<sup>3/406</sup>

Dans une étude consacrée aux décisions de l'Office européen des brevets dans le cadre de litiges qui portent sur l'exploitation d'inventions biotechnologiques,

---

<sup>3/401</sup> J. DE CONINCK, loc.cit., 199, nos 20-22 ("le droit est fait pour régir des hommes, pas des anges" (traduction libre)) ; P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 338, n°217.

<sup>3/402</sup> Notamment: R. DEKKERS et A. VERBEKE, op.cit., III, 41-42, n° 71 ; S. STIJNS, op.cit., 38, n°49; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, op.cit., 77-79; L. CORNELIS, *Algemene theorie*, 113, n° 110; I. CLAEYS et T.TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, 201-202, nr. 257.

<sup>3/403</sup> A. MEINERTZHAGEN–LIMPENS, loc.cit., 223, n°4 ; Cl. MONGOUACHON, *L'ordre public économique dans le modèle rhénan*, dans "L'ordre public économique", sous la direction de A. LAGET-ANNAMAYER, Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J. 2018, 165-185.

<sup>3/404</sup> R. DEKKERS et A. VERBEKE, op.cit., III, 44, n°74.

<sup>3/405</sup> J. DE CONINCK, loc.cit., 199, nos 20-22.

<sup>3/406</sup> J.F. ROMAIN, loc.cit., 199, nos 20-21, 8.3.

Van De Mosselaer a relevé que l'Office associe les bonnes mœurs à des normes de comportement dans la culture européenne dont l'Office considère qu'elles sont généralement acceptées et dès lors obligatoires.<sup>3/407</sup>

Van Ommeslaghe <sup>3/408</sup> et Wéry <sup>3/409</sup> observent également que les bonnes mœurs, auxquelles ils attribuent un caractère ouvert et évolutif, se trouvent à l'origine de règles de comportement. Ils réservent un rôle important aux traditions et à la jurisprudence qui, dans leur opinion, traduisent en normes de comportement les opinions et les sentiments, qui émergent de la société.

- 241.** Dans une étude plus récente, Candito, Degueldre, Deleuze, Gilson et Hautenne décrivent les bonnes mœurs comme relatives et normatives.

Leur relativité découle de leur variabilité ; leur normativité résulte de "la morale, les goûts et les modes de vie de l'élite culturelle dominante, qui servent d'étalon des bonnes mœurs".<sup>3/410</sup>

Chez ces auteurs, les bonnes mœurs dépassent donc la morale. Elles couvrent également "les goûts et les modes de vie" d'une élite culturelle dominante. Leur champ d'application n'est plus limité aux règles de comportement qui déterminent, comme l'écrivait De Page, la loyauté, la correction, le désintéressement et la dignité humaine.

Ils mettent ainsi le doigt sur la nécessité d'un critère qui fait la distinction entre les normes de comportement qui trouvent leur origine dans la morale et ceux qui résultent des goûts et modes de vie.

La détermination des bonnes mœurs étant confiée au pouvoir judiciaire, comment et avec quel critère les Cours et Tribunaux procèdent-ils ?

Candito, Degueldre, Deleuze, Gilson et Hautenne observent que "les bonnes mœurs sont principalement invoquées en vue d'imposer le maintien et le respect d'une certaine morale sexuelle" et qu'à la suite de la révolution sexuelle (1968 – 1970) la morale sexuelle a régressé, progressivement remplacée par le consentement (éclairé) des personnes concernées.<sup>3/411</sup>

Ils constatent que ce développement s'est fait sous des pressions économiques, "puissant instrument de normalisation", qui ont donné lieu à "un véritable marché de sexe".<sup>3/412</sup>

---

<sup>3/407</sup> S.VAN DE MOSSELAER, loc.cit., 128 et 133.

<sup>3/408</sup> P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 338, n° 217.

<sup>3/409</sup> P. WERY, op.cit., I, 302-303, n°311.

<sup>3/410</sup> C. CANDITO, M. DEGUELDRE, Q. DELEUZE, S. GILSON et N. HAUTENNE, *Les travailleurs du sexe et le droit social : une rencontre inévitable*, in S. GILSON (éd.), Aspects juridiques de la prostitution, Limal, Anthemis, 2017, 157-158.

<sup>3/411</sup> Ib, 158-160.

<sup>3/412</sup> Ib, 158.

Citant F. Caballero, ils concluent : “c’est plus qu’un recul, c’est une débandade“ que subit la morale (sexuelle).

Observateurs lucides, ces auteurs ne font que résumer l’histoire récente des bonnes mœurs : réduites, dans un premier temps, à la morale sexuelle, elles en ont ensuite perdu le contrôle des mœurs au profit du consentement éclairé, donné par les personnes concernées par des actes ou des comportements, dont la licéité fait débat.

A raison, ils se montrent sceptiques. Se servant de la jurisprudence de la Cour EDH, ils font le lien entre le consentement, le droit à la vie privée et la liberté d’expression, ce qui conduit au constat que ces droits et libertés sont susceptibles de restrictions et que les bonnes mœurs/la morale constituent une cause de restriction.<sup>3/413</sup>

Leur analyse est pertinente. L’hétérogénéité des bonnes mœurs, de la morale, des normes de comportement et/ou du consentement éclairé est loin d’être illimitée et ce constat s’étend également à la liberté d’appréciation des Cours et Tribunaux.

Le consentement (même éclairé) est déterminé par des intérêts privés et hétérogènes, façonnés par la situation (souvent éphémère) dans laquelle se trouvent les personnes, concernées par les actes ou les comportements dont la licéité fait débat.

Il est facile de manipuler le consentement des plus faibles, tout en maintenant un faux semblant de consentement éclairé.

Sans restrictions (raisonnables, mais impérieuses) et leur contrôle, le consentement, même “éclairé“, dérègle le vivre ensemble.

Il n’appartient pas aux Cours et Tribunaux de restreindre au cas par cas, à l’aide de leur l’ordre public (judiciaire), leur morale et leurs bonnes mœurs les droits et libertés, accordés par la Constitution et/ou par la Convention EDH. Ce pouvoir -encadré- appartient exclusivement aux législateurs.

---

<sup>3/413</sup> Ib, 164-167.