

III.2.2. La jurisprudence récente de la Cour de cassation

- 242.** Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les bonnes mœurs occupent une place encore plus modeste que l'ordre public, comme le démontre notamment un arrêt du 15 juin 2007.^{3/414}

Alors que l'immeuble était en construction, le propriétaire avait déjà conclu un contrat de location.

Le chantier connaissait toutefois des retards considérables, la ville ayant fait arrêter les travaux de construction à plusieurs reprises.

Le bail n'a donc pas pris effet à la date convenue de sorte que le propriétaire subissait une perte de loyers, dont il réclamait la réparation à la ville.

Au rez de chaussée, trente chambres avec une fenêtre donnant sur la rue, étaient destinées à des activités de prostitution ("raamprostitutie").

Aussi bien en première instance qu'en appel il fut décidé que l'objet de la location de ces trente chambres était illicite.

L'enrichissement résultant de l'exploitation de la prostitution d'autrui était jugé contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, même en l'absence de faits pénalement sanctionnables dans le chef du bailleur... qui s'est adressé à la Cour de cassation.

Par une interprétation très libre de la décision attaquée, la Cour a décidé que les juges d'appel avaient constaté que le bail était conclu pour trente chambres au rez de chaussée avec l'intention de mettre en œuvre et de maintenir une situation contraire à l'ordre public. Elle a rejeté le pourvoi de cassation.

Les juges d'appel avaient conclu à l'illicéité du bail (pour les trente chambres) à cause de l'enrichissement du bailleur, qui résulterait de l'exploitation de la prostitution d'autrui. Ils sanctionnaient donc le comportement et les motifs économiques du bailleur.

Pour sa part, la Cour lit dans leur décision que les juges d'appel ont constaté que le bail a été conclu avec l'intention (le motif) de mettre en œuvre et de maintenir une situation contraire à l'ordre public.

L'illicéité du bail et de l'enrichissement du bailleur n'intéressent manifestement pas la Cour ; "motu proprio" elle déplace le débat ^{3/415} et focalise sur la situation qui résulte de l'exécution du bail, qu'elle déclare contraire à l'ordre public.^{3/416}

^{3/414} Cass. 15 juin 2007, C.05.0456/0457.N. ; voy. ég. Civ. Anvers 8 janvier 2016, RW 2019-2020, 833.

^{3/415} Tout en attribuant, à tort, ce "glissement" aux juges d'appel.

^{3/416} Les juges d'appel visaient l'enrichissement du bailleur par l'exploitation de la prostitution d'autrui, qu'ils déclaraient contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, constitutif d'un bail dont l'objet était illicite.

Elle évite ainsi de se prononcer sur les activités économiques et les motifs lucratifs dans lesquels s'inscrit le bail litigieux ; elle pardonne leur illicéité éventuelle et se concentre sur la situation qui en résulte, dont elle déclare qu'elle est contraire à l'ordre public, tout en attribuant cette déclaration aux juges d'appel.^{3/417}

Elle n'a manifestement pas envie d'entrer dans "les détails" des bonnes mœurs, dont elle ne fait même pas état ^{3/418} ou de détailler les raisons qui mènent à la conclusion que la situation est contraire à l'ordre public.

243. Au début des années 1980, la Cour a pourtant essayé de donner un nouvel élan aux bonnes mœurs, plus particulièrement en droit pénal.

Dans un arrêt du 24 novembre 1981 ^{3/419}, la Cour décidait que les bonnes mœurs ne peuvent pas être déterminées en fonction de l'opinion d'un grand nombre de personnes, reprise par les Cours et Tribunaux.

Évolutives, elles doivent au contraire être appréhendées en fonction des valeurs qui relèvent de la moralité publique, protégées par la loi, telles qu'elles sont perçues, à un moment donné, par la conscience collective.

Dans un arrêt du 15 juin 1982 ^{3/420}, la Cour répétait que les bonnes mœurs sont à déterminer en fonction des valeurs, qui relèvent de la moralité publique et qui sont protégées par la loi, telles qu'elles sont perçues, à un moment donné, par la conscience collective.

Atteignant des sommets d'abstraction, ces "définitions" n'ont pas su convaincre la jurisprudence ou la doctrine.

Les idées de l'avocat général Janssens de Bisthoven, dont les conclusions précédaient l'arrêt du 24 novembre 1981 ^{3/421}, inspiraient la Cour de cassation. Il considérait que les bonnes mœurs sont évolutives, vagues, complexes et qu'elles s'appuient sur une multitude de valeurs.

A titre exemplatif, il retenait comme valeurs : la pudeur, l'ordre social, le vivre ensemble, l'intégrité physique et la liberté, qu'il estimait protégées par la loi.
^{3/422}

^{3/417} Voy ég. supra nos 220-230.

^{3/418} La Cour "oublie" également les bonnes mœurs dans son arrêt du 30 janvier 2015, C.14.0285.N, voy supra n°223.

^{3/419} Cass. 24 novembre 1981, Pas.1982, I, 411.

^{3/420} Cass. 15 juni 1982, Pas. 1982, I, 1192.

^{3/421} JANSSENS DE BISTHOVEN, conclusions précédant Cass. 24 novembre 1981, R.W. 1981-1982, 1816-1819.

^{3/422} L'ordre social et le vivre ensemble ne sont pas des valeurs (essentiels) mais le résultat de leur prise en charge par les personnes qui contrôlent le pouvoir politique.

L'objectif de l'avocat général n'était toutefois pas d'approfondir la signification des bonnes mœurs.

Il voulait au contraire rappeler aux Cours et Tribunaux que les bonnes mœurs expriment la conscience collective 3/⁴²³ qui repose sur des données objectives qu'ils doivent mettre en avant.

Dans ses arrêts du 24 novembre 1981 et du 15 juin 1982, la Cour a suivi l'approche de son avocat général, mais elle n'a pas persévéré dans cette voie.

Seule la conscience collective en matière d'atteinte à la pudeur 3/⁴²⁴ a survécu à ces arrêts. Pour le surplus, les bonnes mœurs connaissent le sort d'autres notions orphelines qui survivent péniblement dans la jurisprudence de la Cour de cassation.

III.2.3. Sixième conclusion

- 244.** Il était communément admis au 19^{ème} siècle que les bonnes mœurs font partie de l'ordre public. Elles étaient associées à la morale publique qui condamne la mauvaise foi et la méchanceté de l'homme dans toutes leurs formes.

Réjettant de toutes ses forces l'ordre public, De Page a fait des bonnes mœurs son cheval de bataille. Elles doivent maintenir dans les relations humaines "les grands principes de loyauté, de correction, de désintéressement, de dignité", en un mot "l'idéalisme nécessaire sans lequel les rapports entre les hommes ne se nourriraient que d'égoïsme et d'intérêt".

La doctrine et la jurisprudence n'ont pas suivi De Page dans le rejet de la notion générale de l'ordre public et dans son enthousiasme pour les bonnes mœurs 3/⁴²⁵, mais ils ont repris sa définition de la loi d'ordre public qui "fixe, en droit privé, les bases juridiques de l'ordre économique ou moral de la société". Par cette porte, les bonnes mœurs continuent leur existence par le biais de l'ordre public.

Peu en vue, maintenues soigneusement à l'arrière-plan par la doctrine et par la jurisprudence contemporaine, les bonnes mœurs ont perdu leur substance. Reléguées à la morale sexuelle, elles se sont même fait dépasser par le consentement éclairé entre "adultes".

3/⁴²³ "Un grand nombre de personnes" ne suffit pas.

3/⁴²⁴ Notamment Cass.24 mai 2011, P.10.1990.N ; Cass. 4 janvier 2017, P.16.0871.N. ; cfr. Cass. 29 octobre 2019, P.19.0800.N.

3/⁴²⁵ Qu'ils ont doté d'une signification "judiciaire", le cas échéant détachée de la volonté du législateur (voy supra noos 187-193).

Il est pourtant impossible que les bonnes mœurs disparaissent : qu'il s'agisse de loyauté, de correction, de désintéressement, de dignité (humaine), de goûts, de modes de vie, de morale sexuelle..., les bonnes mœurs s'expriment toujours et partout par des normes de comportement, dont la méconnaissance est ressentie comme une atteinte au vivre ensemble et à ses valeurs essentielles. Elles sont apparentées aux normes générales de prudence ^{3/426}, avec la particularité que leur méconnaissance entraîne des sanctions.^{3/427}

- 245.** La déroute des bonnes mœurs relance la discussion qui porte sur la définition de l'ordre public et sur son importance en droit privé.

Les bonnes mœurs et l'ordre moral n'ayant plus la cote, l'ordre public se trouve réduit en droit privé aux bases juridiques de l'ordre économique. Ils ont évincé les bases juridiques de l'ordre moral, au point que "qui dit économique, dit moral".

De Page aurait déduit de cette situation que l'idéalisme, nécessaire dans les relations humaines, a disparu et que les rapports entre les hommes ne se nourrissent, dorénavant, que d'égoïsme et d'intérêt. ^{3/428}

Pourquoi les fondements juridiques de l'ordre moral n'ont-ils pas su faire jeu égal ^{3/429} avec ceux de l'ordre économique ? Pour quelles raisons la doctrine et la jurisprudence sont-elles restées en défaut de les élaborer et de les défendre comme elles élaborent et défendent les bases juridiques de l'ordre économique ? Pourquoi ne se sont-elles pas prononcées sur les relations, souvent houleuses entre (les bases juridiques de) l'ordre économique et moral de la société ?

Il n'est pas plus difficile d'identifier les bases juridiques de l'ordre moral que celles de l'ordre économique.

Il suffit de relire Domat, les rédacteurs du Code civil ou De Page ^{3/430} et les bases fondamentales de l'ordre moral défilent devant les yeux, prêtes à s'appliquer notamment aux activités économiques et financières.

Si la doctrine et la jurisprudence se sont désintéressées des bases juridiques de l'ordre moral en droit privé, il ne s'agit pas d'un concours de circonstances, mais d'un choix assumé.

^{3/426} C'est-à-dire le comportement de l'homme normalement prudent et raisonnable dans les mêmes circonstances qui est un étalon en responsabilité extracontractuelle.

^{3/427} Notamment la neutralisation de l'acte juridique ou de la convention contraire aux bonnes mœurs ; l'annulation de l'obligation dont l'objet ou la cause heurte les bonnes mœurs.

^{3/428} Voy supra n°238.

^{3/429} L'année dans laquelle la Cour de cassation a adopté la définition de (la loi de) l'ordre public (voy supra n° 187).

^{3/430} Voy supra nos 236 et 238-239.

Il fait partie des certitudes du vivre ensemble démocratique que l'atteinte intentionnelle aux droits et libertés d'autrui par dol, fraude, mensonge, tromperie, violence, menace, chantage, mauvaise foi, lésion, abus de la faiblesse, des besoins, de l'ignorance, des passions d'autrui et/ou par l'externalisation de risques, de coûts, de pertes et de dommages... heurte les bases juridiques de l'ordre moral, les bonnes mœurs et la morale collective.

Il est tout aussi certain que ce type d'actes, de comportements, d'activités ou de situations prospèrent dans les sphères économiques et financières, dominées par l'intérêt pécunier, l'envie, la spéculation et la chasse à l'accumulation et à la concentration – illimitées - de revenus et de richesses.

Il n'est pas exceptionnel que les bases juridiques de l'ordre économique sont utilisées pour "normaliser" des actes, comportements, activités et situations, qui méconnaissent manifestement les bases juridiques de l'ordre moral.^{3/431}

Elles n'aiment pas trop parler de ce choix, mais la doctrine et la jurisprudence n'ont pas hésité. Elles ne se laissent dicter la loi ni par la volonté du législateur, ni par l'ordre moral, les bonnes mœurs ou la morale collective. Ils font tout, sinon beaucoup pour que les bases juridiques de l'ordre moral s'accommodent des bases juridiques de l'ordre économique.

III.3. L'intérêt général

III.3.1. La doctrine

246. La doctrine a toujours eu un grand faible pour l'intérêt général.

Lors de la préparation du Code civil, Grenier observa : "ce qui constitue l'ordre public tient à l'intérêt de tous, et la loi doit protéger les mœurs". ^{3/432}

Laurent était un incondicional et explique : "la mission du législateur est de veiller sans cesse aux intérêts généraux de la société. Il a donc le pouvoir de les régler comme il l'entend. C'est plus qu'un droit pour lui, c'est un devoir. Il doit le remplir, quand même il froisserait des intérêts particuliers, car il est de l'essence de la société que l'intérêt individuel cède devant l'intérêt social". ^{3/433}

Son attachement à la liberté contractuelle ^{3/434} n'empêcha pas qu'il enseigna : "Lors donc que le législateur dispose dans l'intérêt de la société, il impose la volonté générale aux volontés particulières, ce qui implique que les individus ne

^{3/431} Voy. ég. supra n° 241.

^{3/432} GRENIER, Rapport du 27 février 1803 à l'assemblée générale du Tribunal, in Locré, op.cit., I, 313 (souligné par l'auteur).

^{3/433} F. LAURENT, op.cit., I, 73, n°35 (souligné par l'auteur).

^{3/434} Ib, I, 75, n°37.

peuvent pas déroger à la loi, car en y dérogeant ils mettraient leurs convenances au-dessus des convenances de la généralité.

Que s'ils se permettent de violer une loi d'intérêt général, alors la considération de l'autorité de la loi reprend toute sa force. Si les volontés particulières doivent plier devant la volonté générale, les actes par lesquels un individu s'est mis en opposition contre la volonté de tous ne peuvent être maintenus sans compromettre l'existence de la société". 3/⁴³⁵

Bien que conscient de l'enchevêtrement de l'intérêt général ou social et les intérêts privés, le cœur de Laurent ne balançait pas entre les deux : "la loi, votée par la majorité, est par cela même l'expression de la volonté nationale et la volonté de tous doit l'emporter sur la volonté individuelle, sinon il n'y a plus de société car la société n'est pas autre chose que la prédominance de la volonté générale sur la volonté particulière". 3/⁴³⁶

Le basculement démocratique a mis fin à l'entente parfaite qui existait entre la doctrine et l'intérêt général.

De Page éprouvait les mêmes sentiments hostiles à l'égard de l'intérêt général qu'à l'égard de l'ordre public 3/⁴³⁷

La doctrine contemporaine a pris l'habitude de présenter l'ordre public et l'intérêt général comme des synonymes évidents 3/⁴³⁸ et ne prête aucune attention aux propos de Laurent, tenus, il est vrai, dans une société d'une autre époque.

De Coninck observe que l'intérêt général est encore plus indéterminé que l'ordre public et fustige les applications hétérogènes qui en sont faites. 3/⁴³⁹

Sans grand succès Romain essaye de situer l'intérêt général à l'égard de l'ordre public. Il associe l'intérêt général à l'ordre public essentiel 3/⁴⁴⁰ : "Il y a d'abord la partie de l'ordre public qui peut être qualifiée de technique ou essentielle, à savoir celle regroupant les normes à caractère essentiel, compte tenu de l'organisation de la société qui tend à la réalisation de l'intérêt général, normes qui souvent s'imposent aux individus dans leurs rapports avec la personne étatique, et qui sont susceptibles de variation et évolution en fonction des

3/⁴³⁵ Ib, I, 76-77, n°39.

3/⁴³⁶ Ib, I, 72-73, n°33.

3/⁴³⁷ Voy supra nos 174-175.

3/⁴³⁸ Notamment R. DEKKERS et A. VERBEKE, op.cit., III, 42-43, n° 72 ; S. STIJNS, op.cit., 38, n° 49; P. WERY, op.cit., 302, n° 310 et 305, n° 312. Quelques auteurs n'associent pas les deux notions, mais ne s'expliquent pas à ce sujet (P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., I, 338, n° 216 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, op.cit., 78 .

3/⁴³⁹ J. DE CONINCK, loc.cit., 195-197, n°15-16.

3/⁴⁴⁰ Qu'il oppose à l'ordre public fondamental ; voy supra n°181.

changements affectant la société et son organisation dans le temps et dans l'espace".^{3/441}

- 247.** Notions "vagues" et "ouvertes", l'intérêt général et son contraire, l'intérêt privé, se trouvent à la merci de la doctrine. Elle se sert avec bonheur de cette distinction afin de justifier ou de contester l'application par le pouvoir judiciaire de l'une ou l'autre règle de droit.

A court d'arguments ou d'inspiration, l'intérêt général et/ou l'intérêt privé, non autrement définis, font office de bouée de sauvetage.

L'intérêt général se trouve ainsi au centre de la loi d'ordre public, de la loi de droit impératif et de la théorie des nullités.

Doctrine et jurisprudence considèrent en effet qu'une loi est d'ordre public quand elle protège l'intérêt général et qu'elle est de droit impératif quand elle ne concerne que des intérêts privés.^{3/442}

Leur méconnaissance par une convention ou un autre acte juridique est en principe sanctionnée par la nullité absolue quand il s'agit d'une violation de l'ordre public, d'une loi qui intéresse l'ordre public ou qui est d'ordre public, alors que la nullité relative sanctionne la violation d'une loi de droit impératif.

A défaut de critère qui distingue ce qui touche à l'intérêt général et ce qui ne concerne que des intérêts privés, ces classifications se fondent cependant sur les préférences hétérogènes de la doctrine, des Cours et des Tribunaux, dont la pertinence est également hétérogène et dès lors très limitée.^{3/443}

Se référant à l'existence de la loi de droit impératif, certains auteurs invoquent qu'il n'est pas suffisant qu'une loi ou une règle de droit intéresse l'intérêt général pour qu'elle soit d'ordre public.^{3/444}

D'autres font valoir que la nullité, absolue ou relative, ne devrait être prononcée par les Cours et Tribunaux que si cette sanction est appropriée au but, qui est

^{3/441} J.F. ROMAIN, loc.cit., 32, n° 13 (souligné par l'auteur). Cette description ressemble au droit public, en particulier aux règles de fonctionnement des pouvoirs publics.

^{3/442} Voy notamment I. CLAEYS, *Nietigheid van contractuele verbintenissen in beweging*, dans "Sancties en nietigheden", Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2003, 291, n° 33; P. LEFEBVRE et M. SERVAIS, *Vers une conception large de l'ordre public à l'instar de la portée qui lui est conférée dans le cadre de l'annulation de sentences arbitrales*, Arbitra, 2014, 301, n°1; M.W. KNIGGE et S. VOET, *De toelaatbaarheid van procesovereenkomsten naar Nederlands en Belgisch recht*, TPR 2014, 1129-1130, n° 22 ; D. PHILIPPE, *Condition purement potestative, nullité, cause et prescription : un savant mélange*, R.C.J.B. 2016, 571, n° 23 ; J. VAN MEERBEECK, loc.cit., 35-37, nos 37-39 ; J. VAN ZUYLEN, loc. cit., 854-855, n°7, 856-859, n° 9 et 865-867, n°13.

^{3/443} Voy supra nos 203-205.

^{3/444} Notamment: R. DEKKERS et A. VERBEKE, op.cit., III, 43, n° 72 ; S. STIJNS, op.cit., 39 et 50; W. VAN GERVEN et S. LIERMAN, op.cit., 79-81 ; P. VAN OMMESLAGHE, op.cit., I, 345-348; P. WERY, op.cit., I, 303, n° 812 a.

poursuivi par la loi méconnue, ainsi qu'aux circonstances. Cette décision appartiendrait au pouvoir judiciaire.^{3/445}

Ces opinions ne vont pas dans le même sens, mais la doctrine ne s'en émeut pas. Une vision cohérente de l'intérêt général ne fait manifestement pas partie de ses priorités.

III.3.2. La jurisprudence récente de la Cour de cassation

- 248.** Il arrive que la Cour qualifie une loi d'ordre public après qu'elle ait relevé qu'elle protège, sert ou intéresse l'intérêt général. ^{3/446} Ainsi, dans un arrêt du 3 septembre 2013 ^{3/447} il a été décidé que la restitution en matière pénale ^{3/448} comporte "toute mesure qui vise à effacer les conséquences matérielles de l'infraction déclarée établie, dans le but de rétablir la situation de fait telle qu'elle existait avant la commission de ladite infraction et donc de garantir l'intérêt général" et elle en a déduit "bien qu'elle soit de nature civile, le juge pénal ordonne la restitution d'office ou sur réquisition du ministère public. En effet, la restitution est d'ordre public...". ^{3/449}

A l'instar de la doctrine, la Cour détermine l'ordre public par l'intérêt général, laissé pour le surplus sans définition, description ou explication et, dès lors, livré à l'imagination (la sagesse) des Cours et Tribunaux et des justiciables, sous le contrôle de la Cour, bien évidemment.

Exceptionnellement, la Cour se réfère à l'intérêt général ^{3/450}, sans renvoi à l'ordre public. Dans ce cas, elle semble se servir de l'intérêt général comme une notion générale, génératrice d'effets juridiques.

Consacré à l'article 446 ter du Code judiciaire, un arrêt du 24 mars 2016 ^{3/451} fait figure d'exemple.

Le législateur a permis au Conseil de l'Ordre des avocats de contrôler la compatibilité des honoraires des avocats avec la discrétion dont ils sont tenus

^{3/445} J. CALLEBAUT, *Een subjectief plechtige verkoop is nietig als de stedenbouwkundige en informatie ontbreekt*, RGDC 2014, 501, n°25; I. CLAEYS, loc.cit., 289, n°29, M.W. KNIGGE et S. VOET, loc.cit., TPR 2014, 1132, n°26; F. PEERAER, op.cit., TPR 2019, 694, nos 33-34; S. STIJNS, *Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming*, in J. Smits et S. Stijns (éds), *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Anvers, Intersentia, 2002, 226; J. VAN MEERBEECK, loc.cit., 35-36; voy. ég. en ce sens Cass. 7 novembre 2019, C.19.0061.N..

^{3/446} Par ex. Cass. 16 mai 2011, S. 10.0093.N ; Cass. 17 octobre 2014, C.13.0604.N.

^{3/447} Cass. 3 septembre 2013, P.10.1836.N.

^{3/448} Visée, dans cette espèce, par l'article 44 du Code pénal et 161 du Code d'instruction criminelle.

^{3/449} Souligné par l'auteur ; voy. supra n° 239.

^{3/450} Par ex. Cass. 10 mars 2016, F.14.0179.N ; Cass. 31 octobre 2013, C.13.005.N ; Cass. 17 mai 2000, P.00.0081.F.

^{3/451} Cass. 24 mars 2016, C.15.0196.N ; voy. ég. supra n°214.

dans l'exercice de leur fonction. Si le Conseil estime que les honoraires excèdent les bornes d'une juste modération, il peut les réduire en ayant égard notamment à l'importance de la cause et à la nature du travail...^{3/452}

Considérant que le Conseil de l'Ordre accomplit dans ce cadre une fonction d'intérêt général, la Cour a décidé dans l'arrêt du 24 mars 2016, que le Conseil ne doit pas tenir compte ni de la décision unilatérale de l'avocat, ni d'accords ou de conventions éventuels entre l'avocat et son client, quel que soit le moment où cette décision unilatérale a été prise ou que ces accords ou conventions ont été conclus et exécutés, sans préjudice du droit de chaque partie de s'adresser à la justice ou à un arbitre.

Puisque la fonction d'intérêt général, assumée par le Conseil, passe avant les accords, conventions ou décisions unilatérales..., la Cour a nécessairement admis que l'article 446 ter du Code judiciaire est d'ordre public et intéresse l'ordre public.

Ce n'est dès lors pas la fonction d'intérêt général que la Cour met en avant, mais la volonté du législateur, clairement exprimée par l'article 446 ter, qui neutralise, comme le commande par ailleurs l'article 2 (anciennement 6) du Code civil, les accords, conventions ou décisions unilatérales qui excèdent les bornes d'une juste modération. Derrière l'intérêt général se profile donc l'ordre public légal, dont la Cour ne veut pas faire état.

III.3.3. Septième conclusion

- 249.** En droit, l'intérêt se réfère à l'avantage matériel ou moral que poursuit une personne.

L'intérêt est général lorsque l'avantage (matériel ou moral), qui résulte d'un acte ou d'un comportement, bénéficie effectivement ^{3/453}, directement ou indirectement, à l'ensemble des personnes qui vivent ensemble, gouvernées par le même pouvoir politique.

Qui est la personne qui, avec ses actes et ses comportements, ne poursuit pas des intérêts personnels, mais l'intérêt général, l'intérêt des "autres" ? Compte tenu de la nature humaine, déjà si bien décrite par Domat ^{3/454} et qui ne s'est guère améliorée entretemps ^{3/455}, les personnes bienfaitantes ne courent pas

^{3/452} Un contrôle des prix, dans une forme adoucie, qu'on retrouve aussi dans Cass. 7 novembre 2019, C.19.0048.N.

^{3/453} Même en germe

^{3/454} Voy supra n°236.

^{3/455} Exposé avec lucidité par Chr. DE DUVE, Genetics of original sin. The impact of natural selection on the future of humanity, New Haven, London, Paris, Yale university press/Odile Jacob, 2010, 151-209.

les rues. Qu'il soit investi du pouvoir politique ou qu'il le subisse, l'homme (h/f/x) poursuit avant tout ses intérêts personnels. Tant mieux si ses actes et comportements bénéficient incidemment à d'"autres", tant pis pour eux s'ils en souffrent.

Dans tous les régimes politiques, sauf un, l'intérêt général fait office de façade ou de somnifère, administré aux "autres", qui donne aux gouvernants tout le loisir de vaquer à leurs affaires ^{3/456}, faisant croire aux gouvernés qu'ils agissent dans l'intérêt de tous, du vivre ensemble.

Une technique politique nouvelle et inédite a su renverser ces paradigmes et axiomes. A condition de respecter les principes, la finalité et les règles de fonctionnement véritablement démocratiques ^{3/457}, l'allocation du pouvoir politique aux électeurs aboutit à des assemblées législatives, composées de représentants politiques ^{3/458} qui s'occupent, par des lois impératives et prohibitives, de l'amélioration continue des conditions de vie de tous, de sorte que tous bénéficient effectivement des meilleures conditions de vie possible.

Lorsque la jurisprudence et la doctrine se réfèrent à l'intérêt général, elles ont à l'esprit les avantages – matériels ou moraux – que le législateur démocratique a réalisés et qu'il a par ailleurs l'obligation de réaliser. Elles devraient dès lors reconnaître le rôle prépondérant de la volonté et des pouvoirs du législateur en démocratie.

S'estimant, à tort, investies d'un pouvoir qui leur permettrait de déterminer ce qui relève de l'intérêt général et ce qui ne l'est pas, la jurisprudence et la doctrine s'approprient au contraire l'intérêt général et en font ce qui leur plait. Ce "privilège" jalousement tenu à l'écart des regards car incompatible avec la Constitution, explique que la doctrine et la jurisprudence ne sont pas intéressées par une définition précise et fiable de l'ordre public, des bonnes mœurs ou de l'intérêt général. ^{3/459}

III.4. Le bilan de l'ordre public en droit privé

- 250.** L'analyse en droit privé de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'intérêt général risque d'être (très) mal perçue et vécue par de nombreux experts en droit privé.

^{3/456} Afin d'améliorer leurs conditions de vie par l'accumulation et la concentration (illimitées) de revenus et de richesses.

^{3/457} Voy supra nos 31-41 et 61-77.

^{3/458} Ils siègent au nom, pour le compte et dans l'intérêt de toutes les personnes (la Nation) qui se trouvent sous leur autorité.

^{3/459} Situation qu'elles pourraient facilement éviter si elles le voulaient.

Par leur formation et à cause d'elle, ils croient que le droit privé rend de meilleurs services à la société que le droit public.^{3/460} Les privatistes estiment le droit privé supérieur au droit public.

Ils attribuent au droit privé des mérites et des vertus, dont ils pensent – en silence – qu'ils sont inaccessibles au droit public. ^{3/461}

La mise en cause d'opinions et de convictions, transmises de génération en génération, requiert certes des arguments sérieux, ... mais ils ne manquent pas quand il s'agit de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'intérêt général dans le cadre du vivre ensemble démocratique.

Au moment même où s'est produit le basculement démocratique, le droit privé a rompu avec l'ordre public, les bonnes mœurs et l'intérêt général, auxquels il avait réservé pendant des siècles un accueil plus que chaleureux.

L'éloge fait en droit privé au législateur, à son ordre public, aux bonnes mœurs et à l'intérêt général dont il savait si bien s'occuper, s'est brusquement évaporé dans la première partie du 20^{ème} siècle.

L'explication est politique : ayant perdu le contrôle du pouvoir politique, l'élite économique, financière et intellectuelle ^{3/462} ne contrôlait plus le législateur et la loi. Du coup, elle se méfiait du pouvoir politique comme de la peste.

Le suffrage universel, unique et obligatoire redessina le paysage politique. Aux commandes du pouvoir politique depuis des siècles, l'élite gouvernante en connaissait les possibilités dans les moindres détails. Sous sa gouvernance, le droit (public et privé), l'ordre public, les bonnes mœurs et l'intérêt général avaient été ses instruments armés, au service de ses intérêts.

Elle savait qu'aux mains d'une majorité d'électeurs ^{3/463}, le législateur utiliserait le pouvoir politique afin d'améliorer les conditions de vie des gouvernés, laissés depuis toujours pour compte, ce qui impliquerait inévitablement une "autre" distribution des revenus et richesses, qui serait nécessairement "défavorable" pour l'élite.

- 251.** De Page n'était certainement pas le seul juriste en Belgique ou ailleurs à s'inquiéter, mais il est le seul à avoir développé, en Belgique, une théorie qui faisait du droit privé une poche de résistance, se trouvant à l'abri des principes, de la finalité et des règles démocratiques, auxquels le droit public avait déjà été livré.

En homme instruit et intelligent, il savait que le droit privé, élaboré au 19^{ème} siècle, était à l'effigie des intérêts de l'élite, qui venait de perdre le contrôle du

^{3/460} La "privatisation" (partielle) de certains services publics est une des nombreuses manifestations de cette idée (erronée).

^{3/461} Afin de préserver l'amour propre des "publicistes".

^{3/462} Dont les juristes faisaient partie historiquement.

^{3/463} Même politiquement inexpérimentés.

pouvoir politique. Il voyait que cette élite avait su conserver le contrôle des pouvoirs économiques et financiers malgré les turbulences de la première partie du 20^{ème} siècle. Il comprenait, dans ces conditions, qu'il ne serait pas si facile pour le nouveau pouvoir politique de remplacer le droit privé du 19^{ème} siècle par un droit privé d'inspiration démocratique, d'autant plus que les juristes, formés "à l'ancienne", ne disparaissaient pas du jour au lendemain. Il était conscient de "l'opportunité" qui se présentait à ce moment de l'histoire : il y avait moyen de protéger le droit privé en vigueur contre les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Dans sa théorie de l'acte juridique, De Page n'y allait pas de main morte. Il mettait une croix sur la cause, sur l'ordre public et sur l'intérêt général. Il proposa une "définition" de la loi d'ordre public dont il reconnaissait "humblement" les imperfections, mais qui avait l'avantage de mettre les bases juridiques existantes de l'ordre économique ou moral de la société au centre du droit privé.^{3/464} Il a fait l'éloge des bonnes mœurs en tant que principe régulateur du vivre ensemble.

Il confiait au pouvoir judiciaire le soin de déterminer, au cas par cas, non seulement les lois d'ordre public, mais aussi la consistance des bonnes mœurs.

Seul avec son Traité, De Page n'aurait pas su changer le cours de l'histoire du droit privé en démocratie, mais la Cour de cassation a aussitôt compris où il voulait en venir, comme le démontre son arrêt du 9 décembre 1948.^{3/465}

Dans ces années, la Cour de cassation était toujours la Cour suprême du Royaume. La Cour constitutionnelle, la Cour EDH et le pouvoir judiciaire de l'Union n'existaient pas encore. La Cour de cassation contrôlait et déterminait seule la jurisprudence. Son autorité était au zénith.

- 252.** Elle a adopté la définition de la loi d'ordre public, proposée par De Page, mais elle a surtout pris au cœur de contrôler par ses arrêts les applications que font les Cours et Tribunaux de tout ce qui touche, de près ou de loin, à l'ordre public. De la théorie de De Page, la Cour a retenu l'idée maîtresse, qu'elle a renforcée. Prférant la continuité à la disruption, elle n'a pas rompu avec la cause, avec l'ordre public ou avec l'intérêt général. Elle a compris qu'elle ne devait pas toucher au droit privé existant, si elle voulait le préserver.^{3/466}

^{3/464} Contrôlées par l'élite économique et financière.

^{3/465} Cass. 9 décembre 1948, Pas.1948, I, 699 ; voy. supra nos 187-193.

^{3/466} Qu'elle avait contrôlé, contrôlait et continuerait par ailleurs à contrôler de sorte qu'il était conforme à ses préférences économiques et morales.

Elle pouvait dès lors se passer des bonnes mœurs et de la morale (publique, coutumière ou collective) et se concentrer essentiellement sur les bases juridiques de l'ordre économique (existant) de la société.

Plus prudente que De Page, elle n'a pas fait état du libéralisme économique comme fondement du vivre ensemble et de son système juridique. Cette précision était parfaitement inutile puisque les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du libéralisme économique étaient fidèlement traduits en droit privé par les lois et les règles jurisprudentielles existantes et ce depuis des siècles.

Son arrêt du 9 décembre 1948 ^{3/467} ne pouvait pas être mal compris par le monde juridique ou par le pouvoir politique.

La Cour annonçait qu'elle "veillerait" en droit privé sur le maintien de l'ordre public (existant) par la protection des bases juridiques de l'ordre économique (ou moral) (existant) de la société. Passant à l'acte, elle décidait avec autorité que l'article 1775 alinéa 6 du Code civil est de droit impératif, sans se soucier de la volonté du législateur.

Depuis lors, la Cour s'est entourée d'un arsenal de règles jurisprudentielles qui constituent et protègent l'ordre public judiciaire, dont elle est l'auteur.

Elle ne s'oppose pas nécessairement ou systématiquement à l'ordre public légal.^{3/468}

Aussi longtemps la Cour estime que les résultats obtenus avec l'ordre public légal respectent les bases juridiques de l'ordre économique (ou moral) dans la lecture qu'elle leur donne, elle suit et applique les décisions et les politiques des législateurs.

Dès qu'elle considère que ces bases juridiques sont malmenées ou menacées ^{3/469} par les décisions ou les politiques des législateurs, elle fait prévaloir l'ordre public judiciaire, qu'elle développe au fur et à mesure. Elle fait appel à ou crée une règle jurisprudentielle qui neutralise l'application ou les effets juridiques de l'ordre public légal.

S'appuyant sur son autorité au sein du pouvoir judiciaire et sans se préoccuper de la volonté du législateur, elle détermine notamment ^{3/470} quand une loi est d'ordre public ou quand elle est de droit impératif. Le justiciable ne doit pas compter sur des explications : tout est dit avec la décision de la Cour.

Elle laisse mijoter l'ordre public comme une notion vague et ouverte, ce qui le condamne à des applications hétérogènes par les Cours et Tribunaux, au mieux difficilement déchiffrables.

^{3/467} Cass. 9 décembre 1948, Pas. 1948, I, 699 ; voy supra nos 187-205.

^{3/468} Voulu et réalisé par les législateurs.

^{3/469} Ou pourraient être malmenées.

^{3/470} A titre d'exemples ; voy ég. supra nos 206-233.

Elle décide quand et dans quelles conditions les Cours et Tribunaux doivent invoquer d'office la violation (éventuelle) de l'ordre public ou d'une loi d'ordre public dans les causes dont ils sont saisis.^{3/471}

- 253.** Le pouvoir judiciaire, la doctrine, les facultés de droit et les praticiens du droit sont aux anges. La majorité des juristes acclame l'ordre public judiciaire, en réclame toujours plus et encourage la Cour à poursuivre sa démarche, qui fait leur bonheur et celui des personnes qui en bénéficient depuis, au moins, le 19^{ème} siècle.

Comment s'expliquent cette satisfaction et cet emballement ?

Les fondements juridiques de l'ordre moral se trouvent sur une voie de garage. Les bonnes mœurs et la morale collective ne sont plus courtisées en droit privé.^{3/472}

La Cour a abandonné ce terrain à l'ordre public légal, à condition qu'il n'empiète pas sur les bases juridiques de "son" ordre économique.

L'ordre public (judiciaire) étant réservé aux bases juridiques de l'ordre économique de la société, ces fondements juridiques ont un nom

Il s'agit d'un héritage, qui remonte au 19^{ème} siècle et qui a subi une "rénovation" à partir d'environ 1975.

En 1948, l'héritage du 19^{ème} siècle se résumait aux principes, finalité et règles de fonctionnement du libéralisme économique, élaborés par et pour une élite minoritaire et gouvernante, qui contrôlait les pouvoirs politique, économique, financier et intellectuel.

L'héritage économique avait (et a toujours) un volet juridique : des règles juridiques (lois, règles jurisprudentielles) qui sont une traduction parfaite et éprouvée des principes, de la finalité et des règles fonctionnement du libéralisme économique. Elles organisent et protègent les activités économiques et financières dans l'intérêt des personnes qui les contrôlent. Elles garantissent que les résultats de ces activités reviennent aux personnes qui contrôlent les pouvoirs et les activités économiques et financiers.

Pendant les trente glorieuses (1945-1975), la Cour de cassation a veillé sur cet héritage économique et juridique avec un ordre public judiciaire, qui disciplinait le droit privé.

Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques ont été subordonnés à l'héritage économique et juridique, préservé par la Cour de cassation.

^{3/471} Règles qu'elle omet d'appliquer dans les recours dont elle est saisie.

^{3/472} Voy supra nos 242-245.

Le néolibéralisme (+/- 1975) a renforcé les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du libéralisme économique, lorsque les économistes et les juristes sont sortis de l'ombre, fait par la démocratie.

L'ordre public judiciaire, toujours dirigé d'une main de maître par la Cour de cassation, s'est nourri de leur enthousiasme. Le droit privé, à "bonne" distance du droit public, était (est) au service des intérêts privés, rien d'autre compte. Même les législateurs ont commencé à le croire, subissant l'influence et les pressions des pouvoirs économiques et financiers qu'ils ne contrôlent pas.

Est-il concevable que les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique et juridique rejoignent harmonieusement les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques ?

Les chapitres qui suivent, démontrent que cet espoir n'a pas lieu d'être. Les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique visent une production et une distribution des revenus et des richesses qui sont aux antipodes du vivre ensemble démocratique.

La démocratie est née parce qu'elle pouvait et peut mettre fin aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique. Ce message clair et précis se trouve par ailleurs exprimé par la Constitution, la Convention EDH et les articles 2 et 3 du TUE.

Ce ne sont pas les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques qui se trouvent à l'origine des dérèglements climatiques et écologiques, de l'aggravation des inégalités patrimoniales et des poussées identitaires qui menacent le vivre ensemble. Ce "tour de force" est imputable aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement du néolibéralisme économique et juridique, dont l'application se heurte aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques.