

PORTÉE DU CODE CIVIL ET SOURCES DU DROIT PRIVÉ : LA GAGEURE DE L'ARTICLE 1.1

PAR

JÉRÉMIE VAN MEERBEECK

CONSEILLER À LA COUR D'APPEL DE BRUXELLES
PROFESSEUR INVITÉ À L'UCLouvain SAINT-LOUIS BRUXELLES

*Les lois tirent leur autorité de leur existence et
de leur usage : il est dangereux de les ramener
à leur naissance (Montaigne)*

1. – Il était temps que le législateur s'intéresse sérieusement au premier article du Code civil. Il faut dire que cette disposition avait été quelque peu délaissée au cours des décennies.

2. – L'article 1^{er} du Code civil de 1804 disposait, en ses deux premiers alinéas, que les lois étaient « exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le Premier Consul » et qu'elles seraient « exécutées dans chaque partie de la République, du moment où la promulgation en pourra être connue »⁽¹⁾. En 1807, les termes « premier Consul » et « la République » ont été remplacés, actualité politique oblige, par les termes « l'Empereur » et « l'Empire ».

La création du nouvel État belge n'a, semble-t-il, pas beaucoup ému les civilistes de l'époque⁽²⁾. Il faudra en effet attendre l'entrée en

(1) Relevons que l'article 1^{er} du Livre préliminaire du projet de Code civil, dit « Projet de l'an VIII », était déjà consacré à la question des sources du droit, quoique dans un sens fort différent de celui qui nous occupe : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes » (P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. 2, p. 1). La disposition disparaîtra à la suite notamment des remarques du tribunal d'appel de Lyon, pointant des « abstractions métaphysico-légales essentiellement **sujètes**, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation » (*Ibid.*, t. 4, p. 36).

(2) Comme le relève Fr. Rigaux, l'article 1^{er} de l'ancien Code civil « a été transformé en une double norme constitutionnelle », à savoir d'une part l'article 69 (devenu 109) de la Constitution (« Le Roi sanctionne et promulgue les lois ») et, d'autre part, l'article 129 (devenu 190) relatif à la publication des lois (Fr. RIGAUX, « Le titre préliminaire du Code civil », *J.T.*, 2004/12, n° 6132, p. 247).

vigueur de l'article 29 de la loi du 15 décembre 1949 « corrigeant les termes périmés du texte français du Code civil et y constatant certaines abrogations tacites »⁽³⁾ pour que l'article 1^{er} soit explicitement abrogé⁽⁴⁾. Le trou béant laissé à l'entrée de notre Code civil restera en l'état pendant près de 70 ans, jusqu'à ce que la loi du 18 juin 2018 fasse remonter d'une place l'article 2 originaire du Code (« La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif »)⁽⁵⁾, avant que l'article 1^{er} ne soit finalement abrogé par la loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} du Code civil⁽⁶⁾.

3. – Le nouvel article 1.1. du Code civil a un tout autre objet que la promulgation des lois ou leur effet dans le temps. Intitulé « sources », il n'a toutefois pas uniquement pour objet de mentionner les sources « officielles » du droit civil (II) mais également de préciser le champ d'application matériel du nouveau Code, à savoir « le droit civil, et plus largement le droit privé » (I). Il conviendra enfin de dire quelques mots de ces sources qui n'ont pas eu la chance d'être adoubees par le législateur (III).

I. – LA PORTÉE DU CODE CIVIL

4. – La première phrase de l'article 1.1 est libellée comme suit : « Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé ».

5. – Dans leur commentaire de cette disposition, les auteurs de la proposition de loi portant le livre 1^{er} exposent que le Code civil « constitue le fondement de notre ordre de droit privé », qu'il contient « un

(3) *Mon. b.*, 1-3 janvier 1950, p. 2. Mieux vaut tard que jamais, cette même loi a en outre veillé à remplacer certains termes « périmés » comme « Empereur » ou « France » par « État » ou « Belgique ».

(4) On considère cependant que, depuis 1814, l'article 1^{er} avait été tacitement abrogé par un arrêté des Commissaires-généraux des Hautes Puissances alliées du 25 février 1814, un arrêté du Gouverneur-général Civil de la Belgique du 3 mars 1814, l'article 120 de la Loi fondamentale pour le royaume des Pays-Bas 24 août 1815, la loi du 2 août 1822 relativement à la promulgation des lois, un arrêté du Gouvernement Provisoire du 5 octobre 1830, le Décret du Congrès National du 27 novembre 1830, l'article 129 de la Constitution du 7 février 1831, la loi du 19 septembre 1831 concernant la sanction et la promulgation des lois et la loi du 28 février 1845 prescrivant un nouveau mode de sanction et de promulgation des lois, elle-même modifiée par la suite puis abrogée (D. HEIRBAUT et G. BAETEMAN (dir.), « Édition cumulative du Code civil », *T.P.R.*, Gand, 2004, vol. I, p. 4).

(5) Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Mon. b.*, 2 juillet 2018, p. 53455.

(6) *Mon. b.*, 1^{er} juillet 2022, p. 54079.

classement systématique et rationnel des règles juridiques » et « les règles fondamentales du droit civil » et qu'il « esquisse le cadre de référence pour l'ensemble du droit privé »⁽⁷⁾. En énonçant que le Code civil « régit le droit civil, et plus largement le droit privé », ceux qui ont tenu la plume n'avaient donc manifestement pas pour seul objectif de préciser les sources du droit privé mais également de préciser la portée de ce Code, qui a vocation à régir l'ensemble du droit privé, « sans préjudice » des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, sur lesquels nous reviendrons⁽⁸⁾.

6. – Les travaux préparatoires se fondent sur le postulat selon lequel le droit privé constitue le droit commun de notre ordre juridique, applicable à défaut de règle particulière. Il y est en effet précisé que le Code civil « énonce par excellence le droit commun » et que ses articles « ont une vocation naturelle à s'appliquer de manière générale »⁽⁹⁾. On retrouve cette prise de position dans les travaux préparatoires du livre 5 du nouveau Code civil qui concernent l'article 5.13 alors en projet et qui ont été rédigés concomitamment à ceux du livre 1^{er}. Pour mémoire, cette disposition stipulait, dans sa version d'origine :

« Le présent chapitre contient les règles générales qui sont applicables à tous les contrats, en ce compris les contrats multipartites, et aux clauses contractuelles, à moins que leur nature, leur portée ou la loi s'y oppose.

Les règles particulières aux contrats spéciaux sont établies dans le Livre 7 qui concerne chacun de ces contrats, dans le Code de droit économique et dans les lois particulières ».

Pour les auteurs du texte, cette disposition exprimait « la règle selon laquelle le chapitre 1 du Titre I^{er} du Livre 5 du Code civil contient le droit commun des obligations contractuelles, applicables en principe à l'ensemble des contrats », droit commun dont l'application pouvait « être complétée ou écartée par des dispositions légales particulières qui définissent le régime d'un contrat en particulier (on parle alors de "contrats spéciaux" comme indiqué à l'alinéa 2 de la disposition en

(7) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 6. Selon L. Cornelis et R. Feltkamp, c'est la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui constituent le fondement de notre ordre de droit privé, et non le Code civil (L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Over het BW als fundament van de privaatrechtelijke ordening en het einde van de rechtspraak als bron van privaatrecht », disponible à l'adresse suivante, consultée pour la dernière fois le 13 décembre 2023 : <https://corporatefinancelab.org/tag/cornelisfeltkamp/>).

(8) De sorte qu'il aurait peut-être fallu, tant pour éviter de donner l'impression que cette disposition traite des sources du Code civil que pour faire droit à son contenu réel, l'intituler comme suit : « Sources du droit privé et portée du Code civil ».

(9) *Ibid.*, p. 5.

projet) ». Et de préciser : « Tel peut aussi être le cas des contrats administratifs, des contrats de l'administration [...] »⁽¹⁰⁾.

7. – Ces considérations n'ont pas manqué de faire réagir la section de législation du Conseil d'État. Dans son avis sur la proposition de loi relative au livre 5, ce dernier a fait part de ses doutes quant à la portée de cette disposition, en ce qu'elle semblait avoir vocation à s'appliquer à certains contrats de l'administration alors que l'article 1.1, alinéa 1^{er}, du Code civil en projet limitait la portée de ce Code aux « institutions juridiques relevant du droit privé », qualification qui ne pourrait convenir aux « contrats administratifs » et aux « contrats de l'administration »⁽¹¹⁾.

En d'autres termes, et en simplifiant quelque peu, la haute juridiction (traditionnellement connotée davantage publiciste) rappelait aux auteurs (privatistes) du texte⁽¹²⁾ qu'il ne pouvait être affirmé dans le même souffle que le nouveau Code civil avait vocation à régir le « droit privé » et que, son livre 5, consacré aux obligations, aurait une portée plus large en étant susceptible de s'appliquer par défaut à des contrats de droit public. Derrière cette apparente querelle purement terminologique se profilait un débat philosophique aux racines nettement plus profondes. Sans pouvoir lui rendre la justice qu'il mérite⁽¹³⁾, on se contentera de pointer qu'il oppose ceux qui considèrent que le droit public, plus spécifiquement le droit administratif, est un droit autonome⁽¹⁴⁾ et ceux qui estiment qu'il s'agit d'un droit dérogatoire, le droit privé étant le droit commun qui s'applique sauf exception⁽¹⁵⁾. On l'aura compris, un des enjeux principaux consiste à déterminer

(10) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 22-23.

(11) Avis du Conseil d'État n° 68.947/2 du 26 mars 2021 sur la proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/002, pp. 5-6. Dans son avis relatif à la proposition de loi portant le Livre 1, le Conseil d'État renvoie à ces observations (avis du Conseil d'État n° 68.946/2 du 26 mars 2021 sur la proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/002, p. 2).

(12) Il est précisé que la rédaction de l'avant-projet de loi a été confiée aux professeurs E. Dirix et P. Wéry (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 4).

(13) Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, « Droit public et droit privé : *ni summa, ni divisio* ? », in J. VAN MEERBEECK, P.-O. DE BROUX, Th. LÉONARD et B. LOMBAERT (coord.), *La distinction entre droit privé et droit public*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 9-56, spéc. pp. 42 et s.

(14) P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002. Plus récemment, voy. du même auteur : « Le droit administratif belge n'est pas un droit dérogatoire au droit commun », *R.I.E.J.*, 2020, p. 233.

(15) M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office : pour une relecture civile et judiciaire à l'aide du droit commun de l'exécution*, Bruges, la Charte, 2001. Voy. plus récemment M. NIHOUL, « Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ? », in

s'il faut chercher dans le droit privé ou dans le droit public la solution à une question de droit public pour laquelle il n'existe pas de règle particulière.

8. – Toujours est-il que, apparemment sensibles aux remarques du Conseil d'État, M. Geens et consorts ont déposé un amendement n° 3 afin de compléter l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} par une seconde phrase, précisant que le Code civil « s'applique en toutes matières, sans préjudice des règles propres à l'exercice de la puissance publique ». Ce texte visait malgré tout « à confirmer l'application du droit privé à titre de droit commun, y compris aux personnes morales de droit public et/ou lorsque l'intérêt général est en cause »⁽¹⁶⁾. En effet, il n'existerait pas « de différence à ce point fondamentale entre les personnes morales de droit privé et celles de droit public qui permettrait d'exclure, par principe et d'emblée, ces dernières du champ d'application du droit privé, et ce eu égard notamment au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination »⁽¹⁷⁾.

Soucieux sans doute de rassurer les publicistes, les auteurs du texte précisaient toutefois que le fait que le droit public (et plus particulièrement le droit administratif) constitue un droit spécial dérogatoire au droit commun n'implique pas qu'il serait d'interprétation stricte. Au contraire, « le droit public connaît une certaine autonomie et une dynamique propre qui ont notamment permis l'émergence d'un certain nombre de principes généraux du droit administratif qui sont d'application générale à l'action administrative » et l'objet du nouveau Code n'est « nullement » de remettre « en cause l'application des règles propres à l'action publique »⁽¹⁸⁾. Et M. Geens et consorts de rappeler au Conseil d'État que la première version du texte indiquait déjà que le Code s'appliquait « sans préjudice des lois particulières », y compris, par conséquent, de celles de droit public. C'est donc afin « de préciser les domaines respectifs du droit privé et du droit public » que la nouvelle

M. ANDRÉ et al. (dir.), *Guerre et paix. Mélanges en l'honneur du professeur Bruno Colson*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 424 et s.

(16) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 4. Et de citer, entre autres, la thèse précitée de M. Nihoul. Évoquant ensuite la thèse de P. Goffaux, les auteurs du texte soulignent que « même les auteurs qui refusent de voir dans le droit privé l'expression du droit commun » admettent que leur propos n'est pas de construire une « cloison étanche entre droit civil et droit administratif ou encore d'expurger ce dernier de toute référence au droit civil » (*Ibid.* ; qui renvoie au texte cité à la note 14 ci-avant).

(17) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 4.

(18) *Ibid.*, p. 5.

phrase a été proposée, pour réserver « expressément l'application des règles propres à l'exercice de la puissance publique »⁽¹⁹⁾. Les termes « en toutes matières » confirment par ailleurs que, selon le législateur, le Code civil constitue bien le « droit commun »⁽²⁰⁾. L'amendement n° 3 et l'article 1.1 ainsi modifiés ont ensuite été adoptés à l'unanimité⁽²¹⁾.

9. – Enfin, suite à une note de légistique ayant donné lieu à un amendement n° 8, les termes « sans préjudice des règles propres » ont été remplacés par les termes « sous réserve des règles propres »⁽²²⁾. La justification donnée était que la première expression ne correspondait pas à l'intention exprimée dans l'amendement n° 3, l'expression « sans préjudice de » signifiant, selon cette note, que la « disposition énoncée » est « sans incidence sur l'application d'une autre disposition », les deux dispositions étant « sur le même plan » et pouvant « s'appliquer cumulativement » alors que les termes « sous réserve de » indiquent « l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit »⁽²³⁾.

En d'autres termes, l'expression « sous réserve de » indique la prévalence des règles propres à l'exercice de la puissance publique. Seulement, l'expression « sans préjudice de », elle, a bien été conservée dans le début du paragraphe, ce qui signifie en principe que le législateur a voulu indiquer que l'adoption du Code civil était sans incidence sur les lois particulières, les coutumes et les principes généraux du droit, ces normes se trouvant « sur le même plan » que le nouveau Code, et

(19) *Ibid.*, p. 6.

(20) M. NIHOUL, « Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ? », *op. cit.*, p. 424.

(21) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 15.

(22) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/006, p. 2.

(23) *Ibid.* En néerlandais, les mots « *zonder afbreuk te doen aan de regels die eigen zijn* » ont été remplacés par les mots « *onder voorbehoud van de regels die eigen zijn* ». La note de légistique est reprise en annexe du Rapport de la deuxième lecture de la proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/007, p. 59. Elle renvoie au *Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires* du Conseil d'État, qui reprend cette explication en p. 5 : « Ne confondez pas les locutions “sans préjudice de” et “sous réserve de” qui sont utilisées pour éviter tout doute quant à la manière dont des dispositions et des actes s'articulent. La locution “sans préjudice de” est synonyme de “indépendamment de”. Elle signifie que la disposition énoncée est sans incidence sur l'application d'une autre disposition ; les deux dispositions sont donc sur le même plan et elles peuvent s'appliquer cumulativement. Pour sa part, la locution “sous réserve de” indique l'ordre de prééminence entre deux dispositions en conflit, soit qu'elles appartiennent à deux actes différents, soit qu'elles se situent l'intérieur d'un même acte ; la disposition qui énonce la réserve produit ses effets uniquement lorsque la disposition réservée ne trouve pas à s'appliquer » (disponible à l'adresse suivante : http://www.raadvst-conseilat.be/?lang=fr&page=technique_legislative).

les règles concernées pouvant « s'appliquer cumulativement ». Nous y reviendrons dans la deuxième partie de notre contribution.

10. – L'article 1.1, alinéa 1^{er}, finalement adopté est donc rédigé comme suit :

« Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique ».

11. – Dans son commentaire de l'article 1.1, P. Goffaux regrette que les travaux préparatoires entretiennent l'idée que « le droit administratif serait un droit dérogatoire à un droit commun que serait le droit privé », tout en relevant que le législateur s'en est « tenu à une conception – heureusement – très édulcorée du droit commun »⁽²⁴⁾. Selon lui, la « règle de droit privé ne s'appliquera pas automatiquement à l'action administrative » dès lors qu'il « faut au préalable s'assurer de sa compatibilité avec les exigences propres à l'exercice de la puissance publique ». Dès lors que « l'intérêt général et ses exigences sont toujours sous-jacents à l'action publique, on doit en réalité bien vite constater que le droit privé ne peut en règle jouer qu'un rôle marginal en droit administratif et que lorsqu'il en joue un plus important, c'est le plus souvent ou bien parce que les règles issues du droit privé consacrent en réalité une solution qui transcende les branches du droit [...], ou bien parce que l'administration intervient faiblement parée de ses attributs de puissance publique en sorte qu'il y a davantage de place pour l'application de règles de droit privé [...] »⁽²⁵⁾.

12. – Il est vrai que le recours aux termes « règles propres » à l'exercice de la puissance publique **pourrait** indiquer qu'ils ont vocation à revêtir un sens plus large que celui des termes « lois particulières » repris dans la première phrase de l'article 1.1⁽²⁶⁾. Il n'est toutefois pas certain que le lien entre « les exigences propres à l'exercice de la puissance publique » et l'affirmation selon laquelle « l'intérêt général et ses exigences sont toujours sous-jacents à l'action publique » correspondent à l'intention du législateur telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires. Comme indiqué ci-avant, la modification du texte proposée suite à l'avis du Conseil d'État précisait explicitement que le texte en projet

(24) P. GOFFAUX, « Acte détachable du contrat et validité du contrat : deux contentieux réconciliés », note sous Cass., 22 janvier 2021, *R.C.J.B.*, 2023, pp. 234-235.

(25) *Ibid.*, p. 235.

(26) En ce sens, voy. M. NIHOUL, « Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ? », *op. cit.*, p. 424.

visait « à confirmer l'application du droit privé à titre de droit commun, y compris aux personnes morales de droit public et/ou lorsque l'intérêt général est en cause »⁽²⁷⁾.

13. – Par ailleurs, s'il est vrai que le commentaire de l'amendement n° 3 renvoie à l'article précité du professeur Goffaux, c'était manifestement pour souligner que « même les auteurs qui refusent de voir dans le droit privé l'expression du droit commun admettent que leur propos » n'était pas d'ériger « une cloison étanche entre droit civil et droit administratif »⁽²⁸⁾.

14. – Enfin, on relèvera encore que les auteurs du texte expliquent que la référence à l'exercice de la « puissance publique » doit se comprendre en référence au droit de l'Union européenne, pointant qu'il existe sur cette notion « une abondante jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui pourra servir d'indicateur pour la délimitation des domaines respectifs du droit privé et du droit public »⁽²⁹⁾. Pour autant que cette indication soit prise au sérieux par les interprètes de la nouvelle disposition, elle ne sera pas dénuée de conséquence.

En effet, l'amendement cite un arrêt de la Cour de justice qui témoigne de l'approche restrictive suivie par celle-ci lorsqu'il s'agit d'exempter les autorités publiques des règles applicables dans l'Union européenne. Dans cette affaire, la juridiction européenne devait déterminer si une action en justice relevait ou non de la notion de « matière civile et commerciale », au sens du règlement n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et, plus spécifiquement, quels litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé étaient exclus de son champ d'application. Selon les juges du Kirchberg, il faut qu'il s'agisse d'un recours dans lequel l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique, ce qui implique « l'exercice par celle-ci de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre les particuliers », la cour précisant que « la finalité publique de certaines

(27) Voy. ci-avant, § 8.

(28) Voy. ci-avant, la note 16. M. Nihoul tire du reste une conclusion inverse de l'analyse de cette disposition, à savoir que « le droit administratif n'est pas, en droit belge, un droit autonome » (M. NIHOUL, « Est-ce la faute à Napoléon si le droit administratif belge vit sans codification ? », *op. cit.*, p. 424).

(29) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/003, p. 7.

activités ne constitue pas, en soi, un élément suffisant pour qualifier ces activités comme étant accomplies *iure imperii* »⁽³⁰⁾.

En d'autres termes, une transposition fidèle des enseignements luxembourgeois aurait pour effet de limiter assez drastiquement la portée de l'article 1.1 en ce qu'il vise les règles propres à l'exercice de la puissance publique – et d'augmenter à due concurrence l'emprise du Code civil – même s'il n'en demeure pas moins que toutes les règles de droit public constituent des « lois particulières » au sens de la première phrase de cette disposition.

15. – On nous rétorquera, à juste titre sans doute, que les problèmes précités sont éminemment théoriques, dès lors que le cas de figure dans lequel il n'existe, pour une question de droit public, pas de règle particulière, ne se présente pas tous les jours⁽³¹⁾. Pas tous les jours, certes, mais les praticiens n'ignorent pas que la réalité ne manque jamais de surprendre les juristes les plus imaginatifs. Mieux vaut s'y préparer.

II. – LES SOURCES (OFFICIELLES) DU DROIT CIVIL

A. – *Le choix des sources*

16. – Dès lors qu'il « constitue le fondement de notre ordre de droit privé », le Code civil pourrait, en théorie, « avoir pour vocation de régir tous les rapports privés »⁽³²⁾. Il s'agit d'une « mission qui est toutefois impossible », concèdent les auteurs de la proposition de loi, la « complexité de notre société » ne permettant « pas de renfermer toutes les règles en un seul code »⁽³³⁾. Il en résulte d'une part qu'une « législation

(30) C.J.U.E., 25 mars 2021, *Obala i lučice*, C-307/19, EU:C:2021:236, pts 64-65. Il faut préciser que la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion de prérogatives de puissance publique concerne également d'autres matières, notamment le droit de la concurrence qui ne s'applique pas aux « activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique » (voy. récemment C.J.U.E., 24 mars 2022, *GVN*, C-666/20 P, EU:C:2022:225, pt 69-71).

(31) Avec, faut-il le dire, la complexité accrue posée par l'application des principes généraux du droit public.

(32) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 6.

(33) *Ibid.* Portalis avouait déjà avoir été frappé par « l'opinion, si généralement répandue, que, dans la rédaction d'un Code civil, quelques textes bien précis sur chaque matière peuvent suffire, et que le grand art est de tout simplifier en prévoyant tout », alors que, si « (t)out simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre », en revanche « (t)out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre » (« Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 1, p. 477). Plus de deux mille ans plus tôt, Aristote ne disait pas autre chose : « La loi est toujours universelle. Or, sur certains points, il n'est pas possible de s'exprimer correctement en termes généraux [...] la faute n'est pas inhérente à la loi

spécifique reste [...] inévitable » et, d'autre part, qu'il a paru « utile » au législateur « d'énumérer les autres sources juridiques »⁽³⁴⁾. Si le Code civil régit « le droit civil, et plus largement le droit privé », c'est donc « (s)ans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit » selon les termes de l'article 1.1. Quant aux usages, précise le texte en son alinéa 2, ils ne sont « une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère ».

17. – Les autres « sources » du droit privé que le Code civil sont donc officiellement énumérées : il s'agit des lois particulières, des principes généraux du droit, des coutumes et, dans la mesure où la loi ou le contrat s'y réfère, des usages. Si chacune de ces catégories **mérite** **un** **petit mot d'explication**, on peut déjà noter que, *a contrario* et à défaut du recours au mot « notamment », le législateur semble avoir estimé qu'il s'agissait des *seules* autres sources du droit privé⁽³⁵⁾. La jurisprudence n'est, ainsi, pas reprise en tant que source du droit, pas davantage que la doctrine ou l'équité⁽³⁶⁾. Cette sélection peut sans doute se justifier, il ne faut pas perdre de vue pour autant qu'il s'agit bien d'un choix politique (registre normatif) et non d'un simple constat (registre descriptif).

Ainsi, d'autres législateurs ont estimé qu'il convenait de faire une place – certes modérée – à la doctrine et à la jurisprudence. L'article 1^{er}, § 3, du Code civil suisse dispose ainsi que le juge « s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence », alors que l'article 1.6 du Code civil espagnol prévoit que la jurisprudence complète l'ordre juridique avec la « doctrine » (« *la doctrina* ») qui a été établie avec le temps par la cour suprême dans son interprétation et son application de la loi, de la coutume et des principes généraux du droit.

Même dans notre ordre juridique, le choix opéré par le législateur ne correspond pas nécessairement à un consensus doctrinal indiscutable. À titre d'exemple, tant R. Dekkers qu'H. De Page incluaient la doctrine

ni au législateur, mais à la nature des choses [...] » (ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, L. V, trad. par R. Bodéüs, Paris, Flammarion, 2008, pp. 92-94).

(34) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 5. Et de citer les codes civils espagnol, autrichien et estonien qui contiennent une disposition similaire. L'article 1^{er} du Code civil espagnol dispose en effet que les sources du « système juridique espagnol » sont les lois écrites, les coutumes et les principes généraux du droit.

(35) En réalité, comme on le verra, le législateur avait manifestement à l'esprit les sources du droit civil *contraignantes* (voy. ci-après, § 47).

(36) Ces sources seront brièvement abordées dans la troisième partie de cette contribution.

et la jurisprudence parmi les sources du droit civil⁽³⁷⁾, le second y ajoutant en outre l'équité⁽³⁸⁾.

18. – On le voit, la question n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. Et pour cause : la notion de « source du droit » est loin d'être univoque⁽³⁹⁾. On enseigne traditionnellement la distinction classique entre source formelle et source matérielle, dont l'origine reste incertaine. Alors que certains estiment qu'on la doit au juriste Allemand du 19^e siècle Georg Friedrich Puchta, voire au lointain héritage aristotélicien⁽⁴⁰⁾, d'autres lui dénie cette paternité et insistent sur le fait que ce serait François Gény qui aurait, il y a plus d'un siècle, défini le premier la notion de source formelle⁽⁴¹⁾. Selon l'éminent juriste français, cette notion vise « les injonctions d'autorités, extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, **compétement** formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique »⁽⁴²⁾. Plus récemment, I. Hachez a écrit que la notion de source ~~matérielle implique pour sa part de s'intéresser~~ à « l'origine des règles de droit du point de vue de

(37) R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1954, t. I, p. 11.

(38) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1962, 3^e éd., t. I, p. 16.

(39) Elle a été qualifiée, par les auteurs, comme étant tour à tour « inutilisable », « problématique », « passablement obscure » voire « dangereuse » (voy. les références citées dans I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *R.I.E.J.*, 2010/2, p. 10). Pour le philosophe J.-L. Vullierme, la notion de source du droit, « c'est le bazar, ou l'auberge espagnole », elle « ne satisfait personne ; et tous s'accorderont aisément pour s'en prendre à elle, et en faire le bouc émissaire de leurs opinions contradictoires » (J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit. (Spéculations sur les sources du droit) », *A.P.D.*, 1982, p. 6). Selon lui, si les sources du droit « débordent tout espoir de réduction formelle », cela résulte de « la rétroaction du droit sur ses propres sources », le droit conditionnant « les sources qui le conditionnent » selon un cercle qui n'est pas vicieux mais « plein de santé au contraire » (*Ibid.*, p. 11).

(40) S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, PUF, Que Sais-je ?, 2018, p. 20. L'auteur relève que la distinction connaîtra également une certaine postérité en *common law*, mais dans un sens fort différent du nôtre. Ainsi, le juriste anglais Salmond aurait écrit en 1903 que la législation, la coutume, le précédent et la doctrine étaient, avec le contrat, des sources matérielles du droit (*Ibid.*, p. 27 et la réf. citée).

(41) I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *op. cit.*, p. 4 : « Si l'école de droit historique allemande a, à propos de l'ordre juridique étatique, développé la notion de source du droit dans une perspective pluraliste, elle n'a en revanche pas introduit de distinction entre ce que nous qualifions, à la suite de Gény, de source formelle et de source matérielle ». Voy. également A. DUFOUR, « La théorie des sources du droit dans l'école de droit historique », in *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, P.U.F., 1991, p. 244 : « Force est [...] de reconnaître l'indistinction fondamentale du concept de *source du Droit*, qui apparaît chez Savigny comme chez Puchta comme un concept *générique*, recouvrant tantôt la notion de *source formelle*, tantôt celle de *source matérielle*, et parfois l'une et l'autre ». S. Goltzberg admet que ce ne serait qu'avec Gény que la notion de source du droit serait devenue, en France, une « question scientifique » (S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 23).

(42) Fr. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., 1919, Paris, L.G.D.J., T. I, p. 237.

leur contenu », à leurs « fondements éthiques, psychologiques, sociologiques, économiques, politiques »⁽⁴³⁾.

Les juristes de droit continental, notamment belges, ont tendance à privilégier les sources formelles, considérant que les sources matérielles devraient rester l'apanage des autres disciplines⁽⁴⁴⁾. Encore faut-il s'entendre sur ce qui constitue une source formelle. Là aussi, les positions doctrinales divergent. En France, Paul Roubier admettait la jurisprudence parmi les règles formelles⁽⁴⁵⁾, alors que Jean Carbonnier considérait que seules la loi écrite et la coutume pouvaient revêtir cette qualification⁽⁴⁶⁾. En Belgique, c'est bien de source formelle que parlait R. Dekkers lorsqu'il évoquait la loi, la jurisprudence, la doctrine et la coutume⁽⁴⁷⁾. Quoi qu'il en soit, il est clair que n'accède pas à ce statut prestigieux qui veut, au point que certains auteurs n'hésitent pas à parler du « club fermé des sources formelles du droit »⁽⁴⁸⁾.

19. – Les auteurs de la proposition de loi portant le livre I^{er} n'ont pas clairement précisé si les sources qu'ils nommaient dans l'article 1.1 devaient être qualifiées de source formelle ou de source matérielle⁽⁴⁹⁾. On peut cependant penser que c'est la notion de source formelle, comprise comme norme contraignante, que le législateur avait à l'esprit⁽⁵⁰⁾.

(43) I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *op. cit.*, pp. 7-8. Dans cet article, I. Hachez avait « tendance à privilégier une acception large de la notion » de source formelle, « entendant par là, de manière très générale, le processus de création des règles juridiques ou, pour le dire autrement, l'origine des règles de droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration » et visant « sous ce terme, aussi bien la procédure d'élaboration de la loi, que le processus coutumier » (*Ibid.*, p. 7).

(44) *Ibid.*, p. 9.

(45) P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1951, 2^e éd., pp. 8-11. Il considérait par contre que la coutume n'était, tout comme la doctrine, pas une source formelle (*Ibid.*, pp. 11 et s.).

(46) J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes*, Paris, Puf, 1979, 12^e éd., p. 15.

(47) R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, *op. cit.*, p. 11. Ch. Perelman citait, outre la loi, la coutume et la jurisprudence parmi les sources formelles du droit (Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *A.P.D.*, 1982, p. 23). H. Battifol incluait également la jurisprudence parmi les sources formelles (H. BATTIFOL, « Préface », *A.P.D.*, 1982, p. 2).

(48) D. DE JONGHE, S. SEYS et Fr. TULKENS, « Les principes généraux du droit », in Y. CARTUYVELS *e.a.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthemis/Publ. FUSL, Limal, Bruxelles, 2012, p. 494. Dans le même sens, voy. S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, *op. cit.*, p. 21 : « Le groupe des sources formelles est, si l'on ose dire, un club où toutes les sources tentent d'entrer ».

(49) La seule référence explicite que nous avons pu identifier est reprise dans le commentaire de la notion de coutume : « Parmi les sources juridiques formelles figure toujours le droit coutumier » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 6).

(50) Sur ce point, voy. ci-après, §§ 47-48. De façon plus anecdotique mais symptomatique du flou qui règne en la matière, un site officiel de l'Union européenne (le portail « E-justice ») reprend un « aperçu des différentes sources du droit en Belgique », tout en précisant que le contenu a été fourni par la Belgique. Il est indiqué qu'il existe « cinq catégories de sources formelles », dont trois ont un « caractère contraignant », à savoir « la loi, le droit coutumier et les principes généraux du droit » et « deux autres ne sont pas contraignantes, mais simplement “persuasives” : la jurisprudence

B. – *La loi*

20. – De nos voisins français, nous n'avons pas seulement hérité le Code civil, mais également, comme l'écrit Perelman, son « ontologie positiviste [...] étatiste et légaliste », qui « résulte de la combinaison des idées de Montesquieu et de Rousseau »⁽⁵¹⁾. Nul n'ignore l'accent mis par le premier sur la séparation des pouvoirs, reléguant les juges au statut de « bouche qui prononce les paroles de la loi », des « êtres inanimés qui n'en peuvent modérer la force ni la rigueur »⁽⁵²⁾. Quant à Rousseau, on lui attribue volontiers la paternité de la conception de la loi comme fruit de la volonté générale, issue elle-même du contrat social⁽⁵³⁾. La combinaison du principe de séparation des pouvoirs promu par le premier (renforcé par la méfiance généralisée qui régnait, dans la France de l'époque, à l'égard des juges) et de l'essor des idées démocratiques, nourries à l'aune de la notion de volonté générale forgée par le second (érigeant le pouvoir législateur en seul créateur légitime des normes) a tout naturellement amené l'idée que la mission du juge se limitait à l'application mécanique de la loi, claire, précise et infaillible⁽⁵⁴⁾. Il en est résulté à la fois un discrédit de la jurisprudence et de la coutume, sur lequel nous reviendrons dans le cadre de l'examen de ces sources, et un véritable culte de la loi⁽⁵⁵⁾.

Outre sa légitimité démocratique, la loi pouvait en effet s'enorgueillir, aux yeux des plumes les plus illustres, d'une qualité non négligeable : la capacité de garantir la sécurité juridique en raison de sa clarté et de sa précision, sources de prévisibilité. Ainsi, si Fr. Gény classait la « loi écrite » au premier rang des sources formelles, c'était surtout du fait que, « par la vertu de la formule qui l'exprime et par la puissance de l'autorité qui l'a marquée de son sceau », elle assurait « le

et la doctrine ». Le site [précise](https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-be-maximizeMS-en.do?clang=fr&member=1) encore : « Contrairement aux sources formelles, les sources matérielles ne contiennent pas de véritables règles de droit ». Il « s'agit notamment de la bonne foi, de l'équité et de la conduite raisonnable » (https://e-justice.europa.eu/content_member_state_law-6-be-maximizeMS-en.do?clang=fr&member=1).

(51) Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *op. cit.*, p. 29.

(52) MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Flammarion, 2008, Livre XI, ch. VI, pp. 244-256.

(53) J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, Flammarion, 2001, spéc. pp. 148-149.

(54) Sur la question, voy. J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis/ Publ. de l'Université Saint-Louis, 2014, pp. 255 et s.

(55) J. Chevallier évoque ainsi « la mystique qui entoure la loi » (*L'État post-moderne*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2008, p. 101). Ce culte de la loi est sans doute un des facteurs qui permet d'expliquer qu'il ait fallu si longtemps pour voir apparaître, en France comme en Belgique, une juridiction constitutionnelle : le législateur étant infaillible et seul légitime, pourquoi et comment justifier de le soumettre à un contrôle juridictionnel ?

maximum de sécurité et de certitude dans l'ordre juridique »⁽⁵⁶⁾. Encore plus explicite, De Page écrivait que le statut de la loi en tant qu'« une des sources essentielles du droit » tenait « non pas tant à ce qu'elle émanait du peuple-souverain, mais à ce qu'elle constituait la forme de réalisation par excellence d'un besoin juridique fondamental : *le besoin de sécurité* »⁽⁵⁷⁾.

21. – On retrouve les mêmes idées de légitimité démocratique et de sécurité juridique, combinées au postulat de l'insécurité jurisprudentielle, dans l'exposé du professeur S. Stijns, nommée coprésidente de la Commission de réforme du droit des obligations chargée de la rédaction du livre 5 : « Le Code de 1804 confère un rôle majeur à la jurisprudence, ce qui nuit à la stabilité du droit. La formulation claire du texte en projet simplifie le droit et rétablit la sécurité juridique. En effet, la jurisprudence est souvent source de doutes à l'égard de l'interprétation des jugements ou des arrêts, et cette incertitude plane jusqu'à ce que l'occasion soit donnée à la Cour de cassation de statuer sur une affaire. Ce processus est également lent et fragmenté, car la Cour doit d'abord être saisie et ne peut répondre qu'à propos du moyen en question. La proposition de loi à l'examen bénéficie également d'une plus grande légitimité démocratique »⁽⁵⁸⁾.

C'est donc sans surprise que le nouveau Code civil reprend comme première source du droit privé (autre que lui-même), les « lois particulières ». Encore faut-il s'entendre sur la notion de « loi » ainsi visée. Selon une distinction, classique elle aussi, ce terme peut en effet se comprendre dans un sens formel ou dans un sens matériel. Dans la première acception, il s'agit d'une norme qui a la *forme* d'une loi, en ce qu'elle a été adoptée en cette qualité par un pouvoir législatif, qu'elle présente ou non une portée générale et abstraite⁽⁵⁹⁾. Dans notre système juridique, il s'agit évidemment des « lois » adoptées par le parlement fédéral (en ce compris le nouveau Code civil), mais également de leurs équivalents au niveau des entités fédérées : les décrets des parlements des

(56) FR. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 238.

(57) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 16. Dans le même sens, voy. G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la loi en droit français », *A.P.D.*, 1939, pp. 7-28 ; M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et le déclin du principe de légalité », in *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, pp. 73-76.

(58) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du C. civ., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/004, p. 89.

(59) I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », op. cit., p. 12.

Régions et Communautés ainsi que les ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale. Dans son sens *matériel*, la loi renvoie à toute norme générale et abstraite, adoptée par une autorité publique quelconque⁽⁶⁰⁾. En ce sens, il peut s'agir aussi bien d'une directive de l'Union européenne que d'un règlement communal.

22. – Quelle signification avait en tête le législateur lorsqu'il a affirmé que le Code civil régit le droit civil, et plus largement le droit privé « (s)ans préjudice des lois particulières » ? Les travaux préparatoires citent, à titre d'exemple de législation particulière, les « autres codes comme le Code de droit économique » et les « nombreuses lois spéciales et décrets spéciaux »⁽⁶¹⁾, ce qui pourrait donner l'impression qu'il est uniquement question de lois formelles. Il est cependant précisé plus loin que l'intention du législateur était de privilégier le sens matériel et non le sens formel : « Sauf indication contraire, les termes “loi”, “dispositions légales” et “règles”, utilisés à plusieurs reprises dans le présent projet, sont compris comme des références à la loi au sens matériel du terme. Cela inclut la loi au sens formel, les normes adoptées par les régions et les communautés, les normes de droit international produisant un effet direct dans l'ordre juridique interne, les principes généraux du droit et même les ordonnances et règlements pour autant qu'ils aient été adoptés dans le respect de la hiérarchie des normes »⁽⁶²⁾.

Cette affirmation mériterait sans doute des développements qui dépassent l'ambition de la présente contribution. On se contentera d'attirer l'attention du lecteur sur le fait que toutes les lois formelles ne sont pas des lois au sens matériel⁽⁶³⁾, que certaines « normes adoptées par les régions et les communautés » sont des lois au sens formel⁽⁶⁴⁾, que

(60) *Ibid.*, p. 13. ~~« Bien plus : même dans une conception matérielle de la loi, l'inventaire des sources formelles du droit est susceptible de variations, mentionnant ou omettant, par exemple, les conventions collectives de travail ».~~ On pourrait être tenté de conclure que les coutumes et les principes généraux du droit, sur lesquels nous reviendrons, ne sont pas des lois au sens matériel à défaut d'avoir été « adoptés » plutôt que « consacrés » (ou découverts) par une autorité publique quelconque (le juge). Le législateur considère cependant que, à tout le moins, les principes généraux du droit constituent des lois au sens matériel (voy. la référence dans la note n° 62 ci-après). Toute l'ambiguïté réside, on l'aura compris, dans le sens à donner au terme « adopté » quand il est question de ces normes non écrites.

(61) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 6. La référence à la notion de « loi spéciale » doit être appréhendée avec prudence dès lors qu'elle revêt un sens particulier dans notre ordre juridique (voy. l'article 4 de la Const.).

(62) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 5.

(63) On pense notamment aux lois de naturalisation, qui ne sont pas des normes générales et abstraites.

(64) Voy. ci-avant, § 29.



les ordonnances (dont certaines sont du reste également des lois au sens formel) et règlements qui comportent une norme générale et abstraite sont des lois au sens matériel, même dans l'hypothèse où ils n'auraient pas « été adoptés dans le respect de la hiérarchie des normes » (notion qui n'est pas autrement précisée) et que la liste précitée n'est évidemment pas exhaustive (on peut évoquer les arrêtés royaux et ministériels, parmi tant d'autres)⁽⁶⁵⁾. On pourrait enfin ergoter sur le fait que les principes généraux du droit, dont on nous dit qu'ils sont des lois au sens matériel, sont visés séparément dans l'article 1.1. Le texte vise cependant les lois « particulières », ce qui permet en théorie d'en exclure les principes généraux du droit, d'autant qu'il semble que le législateur ait eu à l'esprit les « lois écrites » en rédigeant l'article 1^{er} du Code civil⁽⁶⁶⁾.

23. – Plus fondamentalement, le fait de retenir la notion de loi au sens matériel appelle quelques réflexions complémentaires compte tenu de l'utilisation des termes « sans préjudice » qui précèdent ceux de « lois particulières ». En effet, on l'a vu⁽⁶⁷⁾, l'expression « sans préjudice de » signifie que la disposition en cause (ici, une disposition du Code civil) serait « sans incidence sur l'application d'une autre disposition » (les « lois particulières »), les deux dispositions étant « sur le même plan » et pouvant « s'appliquer cumulativement ». On peut considérer que tel est bien le sens qu'a voulu lui donner le législateur dès lors qu'il a, suite à une note de légistique, remplacé cette expression dans la suite du 1^{er} alinéa consacré à la puissance publique pour y préférer l'expression « sous réserve de(s) règles propres », afin d'indiquer la prévalence de celles-ci, mais n'a pas modifié le début de l'alinéa relatif aux autres sources du droit civil/privé.

Or, s'il ne fait pas de doute que les normes supérieures à la loi (comme les règles de droit international ayant un effet direct ou les normes constitutionnelles) ne peuvent être impactées par le nouveau Code civil

(65) Ce qui n'est pas explicitement affirmé mais le recours à un « notamment » avant l'énumération aurait pu dissiper tout doute. L. Cornelis et R. Feltkamp regrettent ainsi l'absence de définition de la loi au sens matériel (L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Over het BW als fundament van de privaatrechtelijke ordening en het einde van de rechtspraak als bron van privaatrecht », *op. cit.*, p. 2).

(66) Ce qui permet d'expliquer le traitement différencié qui est également réservé aux coutumes, dont la qualification de loi au sens matériel est sujette à caution à défaut d'autorité publique quelconque pour les adopter (sur ce point, voy. ci-après, §§ 27 et s.).

(67) Selon la note de légistique reprise dans les travaux préparatoires, qui cite le Guide de légistique du Conseil d'État (voy. ci-avant note 23).

en vertu du principe de légalité⁽⁶⁸⁾, le même principe s'opposerait à ce qu'une règle du nouveau Code vienne contredire une norme supérieure. Il ne pourrait en tout cas, dans cette hypothèse, y avoir application cumulative des deux dispositions contradictoires. En d'autres termes, c'est « sous réserve » et non « sans préjudice » de ces normes supérieures que le Code civil régit le droit privé.

Une telle application cumulative ne serait pas davantage envisageable dans le cas d'un conflit avec des normes de rang inférieur à celui des lois formelles : le même principe de légalité imposerait, en effet, nécessairement de donner la priorité à la disposition du Code civil, de sorte que celui régirait la situation « au préjudice » de la norme inférieure jugée contraire.

Quant aux normes de même rang que le Code civil, à savoir les autres lois formelles, un éventuel conflit devra se résoudre à l'aune des adages bien connus : *lex specialis* et *lex posterior*⁽⁶⁹⁾. En ce qui concerne le premier, il est entériné par l'article 1.1 du nouveau Code : son adoption n'a pas vocation à porter préjudice à des lois « particulières »⁽⁷⁰⁾. Quant aux règles à vocation aussi générale que le Code civil qui seraient adoptées postérieurement à celui-ci, les travaux préparatoires précisent qu'il « est recommandé » d'intégrer autant que possible la nouvelle réglementation en matière de droit privé dans le Code civil, notamment dans le cadre de « la mise en œuvre d'instruments européens »⁽⁷¹⁾. À défaut, il faudra leur appliquer le principe *lex posterior* et préférer leur application à celle du Code civil. Reste la question des règles aussi générales que le Code civil mais adoptées antérieurement sans avoir été (explicitement) abrogées par celui-ci : soit on les qualifie malgré tout de « lois particulières », ce qui ne serait guère heureux tant d'un point de vue

(68) Principe qui inclut le principe de hiérarchie des normes et constitue un principe général du droit de rang constitutionnel (P. MARCHAL *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 47-48 et 103 ; voy. également Cass., 3 novembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, liv. 9, 1710 ; Cass., 26 mai 2003, *Arr. Cass.*, 2003, n° 1261, et concl. J. LECLERCQ ; Cass., 31 janvier 2020, R.G. n° F.18.0025.F, www.juportal.be et concl. A. HENKES). Les normes de droit international ayant un effet direct peuvent en outre se prévaloir du principe général du droit consacrant la primauté du droit international sur le droit interne (Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, avec concl. proc. gén. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH).

(69) Sur ces adages, voy. P. A. FORIERS, « Les antinomies en droit », *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 439-456 ; C. BOTMAN, « Lex specialis derogat generali », in Y. NINANE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 529-539.

(70) Encore qu'il aurait fallu, ici aussi, utiliser les termes « sous réserve de » pour souligner la prévalence des lois particulières.

(71) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 6.

légistique qu'au regard de l'intention du législateur quant à la portée du nouveau code, soit on y applique l'adage *lex posterior*, mais il est alors difficile de considérer que l'application du Code civil se fera « sans préjudice » de ces règles.

C. – La coutume

24. – La coutume est traditionnellement définie comme « une règle de droit, en général non écrite, qui prête à une pratique constante et répétée un caractère juridique contraignant reconnu par les intéressés eux-mêmes »⁽⁷²⁾. Les travaux préparatoires de la proposition de loi portant le titre 1^{er} vont dans le même sens, en la définissant comme « une règle qui découle d'un usage continu généralement perçu comme contraignant »⁽⁷³⁾.

25. – La reconnaissance par le Code civil de la coutume en tant que source officielle du droit privé constitue sans aucun doute une belle revanche pour celle-ci. En effet, l'adoption du Code civil en 1804 devait venir couronner un long processus censé consacrer l'avènement de la loi écrite et la disgrâce de la coutume, la première incarnant l'idéal de sécurité juridique et la seconde représentant, avec la jurisprudence, l'archétype de son contraire.

Jusqu'à la fin du Moyen-Âge, la loi n'avait joué qu'un rôle minime par rapport à la coutume⁽⁷⁴⁾. L'insécurité juridique susceptible d'affecter la coexistence de coutumes contraires applicables dans un même royaume amènera cependant les souverains français à les mettre par

(72) J. POUmarede, V^o « Coutume », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, 2^e éd., p. 119. Fr. Gény définissait la coutume dans un sens comparable : « En effet, la formation d'un droit coutumier suppose, d'abord, que, par une suite suffisante d'actes répétés, se soit établie une pratique constante, concernant un rapport de la vie sociale. Et voilà l'élément de fait, qui sert à la coutume de substratum nécessaire. Mais, ce n'est pas encore assez. Il faut, de plus, pour qu'un rapport, consacré par l'usage, soit érigé en rapport de droit positif (1) ; que la pratique, d'où il résulte, le constitue avec un caractère de nécessité (*opinio necessitatis*), de façon à l'imposer, au besoin, en vertu d'une règle munie de la sanction publique (2). Et, c'est en ce sens seulement, que cette pratique révélera un sentiment juridique » (Fr. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 320). Et de préciser, déjà, la pauvreté doctrinale en la matière : « Notre littérature juridique est, sur ce point, d'une indigence [à peu près] absolue » (*Ibid.*).

(73) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n^o 55-1805/001, p. 6 (qui se réfère à Cass., 16 février 1979, *Pas.*, I, p. 718 et à A. VAN OEVELEN, « Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht », note sous Cass. 9 décembre 1999, *R.W.*, 2001-2002, pp. 990 et s).

(74) K. BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Éd. Thémis, 2008, p. 446.

écrit avant de leur préférer la loi⁽⁷⁵⁾. La révolution scientifique au 17^e siècle suivie des Lumières françaises au 18^e siècle vont promouvoir l'idée que la tradition est source d'obscurantisme et que la raison doit passer au premier plan, en faisant, conformément à la méthode cartésienne, *tabula rasa* du passé. Alexis de Tocqueville résumera le « point de départ » commun à la base de l'état d'esprit des « gens de lettres » français de l'époque en ces termes : « il convient de substituer des règles simples et élémentaires, puisées dans la raison et dans la loi naturelle, aux coutumes compliquées et traditionnelles qui régissent la société de leur temps »⁽⁷⁶⁾.

26. – Rédigé au début du siècle suivant, le Code civil de 1804 se devait donc de constituer l'accomplissement suprême de la Raison et de l'idéal de sécurité juridique, par l'adoption de règles précises et complètes nettoyées des scories des anciennes coutumes⁽⁷⁷⁾ : le produit final constitue plutôt une savante combinaison d'anciennes coutumes germaniques du nord de la France, de droit romain et de droit canon, où la raison aura finalement joué un rôle assez modeste⁽⁷⁸⁾. Quoi qu'il en soit, l'idée selon laquelle le Code civil avait vocation à régir l'ensemble du droit privé a longtemps prévalu, l'école de l'exégèse ayant « nié avec conviction » que la coutume puisse être une source de droit

(75) Ainsi, en 1454, Charles VII adopte l'ordonnance de Montils-les-Tours qui impose la rédaction de toutes les coutumes, afin, *précise* son article 125, d'éviter que « les parties prennent des coutumes contraires en un même pays », ce qui permettrait que les magistrats jugent « mieux et plus certainement » et de « mettre de la certitude dans les jugements tant que faire se pourra » (ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1825, tome IX, pp. 252-253, selon la version modernisée par J.-M. CARBASSE et G. LEYTE, *L'État royal XII^e-XVIII^e siècle. Une anthologie*, Paris, PUF, 2004, p. 207). François Ier poursuivra ensuite le projet d'unification du droit entamé par ses prédécesseurs, qui entraînera la mise en chantier, lors de la seconde moitié du 16^e siècle et sous l'impulsion du juriste Charles Dumoulin, de la politique de réformation et de codification des coutumes de l'ensemble du royaume (A. RIGAUDIÈRE, « Un rêve royal français : l'unification du droit », in *Comptes-rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 148^e année, N. 4, 2004, pp. 1555-1560).

(76) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 4^e éd., Paris, Éd. Lévy Frères, 1859, pp. 233-235.

(77) Plusieurs passages font état de la volonté des auteurs du Code civil de promouvoir une sécurité juridique maximale (voy. les réf. citées dans J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 279-280). Un siècle plus tard, Demogue confirmait que la sécurité juridique explique que les coutumes tendent à être remplacées par des lois écrites et les lois par des codes (R. DEMOGUE, *Les Notions fondamentales du droit privé, essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Éd. Arthur Rousseau, 1911, p. 67).

(78) J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, O.U.P., 1992, pp. 264 et 312. Ce dont était déjà conscient Portalis, qui reconnaissait que les rédacteurs du code avaient fait une « transaction entre le droit écrit et les coutumes » et gardé ce qu'il n'était pas nécessaire de détruire : « On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant, sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace » (« Discours préliminaire prononcé par Portalis », op. cit., p. 481).

dans le silence de la loi, *a fortiori* en cas d'incompatibilité avec une disposition légale⁽⁷⁹⁾.

Il faut dire que le texte de 1804 était tout simplement muet sur la question de la coutume. Un siècle après son adoption, Fr. Gény relevait que ce silence paraissait « bien intentionnel » dès lors que le livre préliminaire du projet de Code civil de la commission de l'an VIII, qui sera finalement abandonné, « consacrait formellement la coutume, du moins à titre de supplément à la loi, et en fixait sommairement le caractère »⁽⁸⁰⁾. Il ~~confirmait~~ cependant que, parmi les sources formelles, à la suite de la loi écrite et certes à « un degré inférieur », on trouvait la coutume, même s'il constatait que sa puissance « créatrice de droit » était « de (son) temps, très vivement discutée »⁽⁸¹⁾. À la suite de Gény, la doctrine belge a généralement admis la coutume parmi les sources formelles du droit⁽⁸²⁾. Les travaux préparatoires du nouveau Code civil, qui admettent que la codification Napoléon « n'a jamais pu totalement supplanter la coutume », le confirment sans ambiguïté : « Parmi les sources juridiques formelles figure toujours le droit coutumier »⁽⁸³⁾.

27. – Force est toutefois de constater que la coutume ne joue, en pratique et sauf exceptions⁽⁸⁴⁾, qu'un rôle tout à fait marginal. Heureux le praticien qui, au cours de sa carrière, aura eu l'occasion d'invoquer – *a fortiori* avec succès – l'existence d'une coutume. Dans une note publiée dans la *Pasicrisie* sous un arrêt de la Cour de cassation du

(79) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 18.

(80) FR. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 331. En effet, l'article 5 du titre 1^{er} du Livre préliminaire du Projet de l'an VIII définissait la coutume comme « une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune » (P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 2, p. 4). En matière commerciale, dès lors que la loi qui a introduit le Code de commerce n'avait formellement abrogé que les anciennes lois, il en a été déduit que les coutumes commerciales anciennes subsistaient dans la mesure où elles ne violaient pas ce code et les lois particulières (J.-P. BUYLE, « Les usages bancaires sont-ils une source autonome de droit au regard du nouveau code civil ? », *D.B.F.-B.F.R.*, 2023/2, p. 104 et les réf. citées).

(81) FR. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., t. I, p. 238. Certains estiment cependant que la définition qu'il donne de la source formelle peut difficilement s'appliquer à la coutume : « elle n'émane pas d'une autorité extérieure, son auteur (le corps social) se confondant généralement avec son destinataire » (I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », op. cit., p. 5).

(82) Voy. notamment R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, op. cit., p. 11 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 16. Ce dernier précisait toutefois que si la coutume ne pouvait « manifestement pas être écartée comme source de droit, tout au moins en principe », cette source devait être « maniée avec une grande prudence » (*Ibid.*, p. 21).

(83) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 6.

(84) Les travaux préparatoires ~~précisent~~ ainsi que « (l)es règles coutumières jouent, par exemple, un rôle important dans le droit de la vente internationale » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

29 mai 1947, un auteur anonyme écrivait déjà qu'il n'existait plus, à l'époque, « que quelques vestiges » de la « coutume juridique »⁽⁸⁵⁾.

28. – Le fait qu'on considère traditionnellement que la coutume ne donne pas ouverture à cassation n'a sans doute pas aidé⁽⁸⁶⁾. En effet, à quoi bon invoquer une coutume si on ne peut ensuite faire grief au juge de ne l'avoir pas appliquée ? On rappellera que l'article 608 du Code judiciaire dispose que la Cour de cassation « connaît des décisions rendues en dernier ressort qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité » et que l'article 1080 du même Code impose d'indiquer dans la requête de cassation les « dispositions légales dont la violation est invoquée ». Alors que la Cour de cassation a adopté une interprétation plutôt généreuse du terme « loi » visé par la première disposition⁽⁸⁷⁾ et de l'expression « dispositions légales » reprise dans la seconde⁽⁸⁸⁾, la coutume n'a pas réussi à se faire une place dans cette catégorie de plus en plus large.

L'explication pourrait provenir de la circonstance que la coutume est une source de droit non écrite, longtemps assimilée à une question de fait⁽⁸⁹⁾. Ainsi, en 1967, Fr. Rigaux écrivait qu'étaient « soustraites au contrôle de légalité, les sources de droit non écrites », comme la coutume ou les principes de droit international⁽⁹⁰⁾. Un an plus tôt, dans son ouvrage incontournable sur la nature du contrôle de la Cour de cassation, il estimait que la « détermination du contenu de la coutume et des usages » relevait de « questions de fait », qui « échappent au contrôle de la Cour de cassation »⁽⁹¹⁾. La meilleure doctrine confirme, le cas échéant jurisprudence à l'appui⁽⁹²⁾, que la coutume ne peut être invoquée à l'ap-

(85) Note 1 sous Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, I, p. 217. De façon plus imagée, J.-L. Souriaux comparait les civilistes contemporains citant des exemples de coutume à des « ramasseurs de coquillages sur une plage après le passage de plusieurs colonies de vacances ; ils exhibent d'autant plus leurs trouvailles qu'elles sont rares ! » (J.-L. SOURIOUX, « "Source du droit" en droit privé », *op. cit.*, p. 35).

(86) Une solution qui paraissait « judicieuse » à De Page (*Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 21).

(87) À titre d'exemple, on peut citer les règles insérées dans le code de déontologie des médecins vétérinaires (Cass., 11 avril 1991, *Pas.*, I, p. 728). Au passage, on relèvera que l'usage du terme « loi » confirme le culte de la loi évoqué plus haut.

(88) Cette notion « doit s'entendre dans son acception la plus large » et « s'étend notamment aux prescriptions de caractère général édictées par les organes du pouvoir exécutif » (Cass., 18 juin 1970, *Pas.*, I, p. 923).

(89) Et donc, à défaut d'avoir été adoptée par une autorité publique, ne serait pas une loi au sens matériel (voy. ci-avant § 29).

(90) Fr. RIGAUX, « Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation », *R.B.D.I.*, 1967, p. 54, n° 7.

(91) Fr. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 340.

(92) G. DE LEVAL, *Droit judiciaire*, t. 2, vol. 2, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 241.

pui d'un pourvoi⁽⁹³⁾ et, récemment, un conseiller à la Cour de cassation invoquait la même justification que le professeur Rigaux, à savoir que « le droit non écrit est une question de fait laissée à l'appréciation du juge du fond »⁽⁹⁴⁾.

29. – À bien y regarder, toutefois, la jurisprudence de la Cour de cassation qui est évoquée par ces auteurs, du reste fort ancienne⁽⁹⁵⁾, n'est pas aussi claire. Ainsi, l'arrêt cité par G. de Leval pour affirmer que « la Cour de cassation a pu considérer que ne constituent pas des lois au sens des articles 608 et 1080 du Code judiciaire, [...] la coutume et l'usage des lieux » est une décision du 20 janvier 1879 selon laquelle « l'usage des lieux n'étant pas défini par la loi, il appartient exclusivement au juge du fond d'apprécier si les faits articulés aux fins d'établir un tel usage présentent les caractères propres à le constituer »⁽⁹⁶⁾. M. Grégoire part du principe que les coutumes et usages ne peuvent « être visés par un moyen de cassation en conformité avec l'article 1080 du Code judiciaire », de sorte que « la cassation ne pourrait découler que de la violation d'une disposition légale appliquée erronément au mépris d'un usage dont l'existence est constatée par les juges du fond, sans méconnaître la notion légale d'usage, ou de la violation des règles exprimant le principe de la convention-loi lorsqu'il s'agit d'un usage conventionnel »⁽⁹⁷⁾. Cependant, les deux arrêts cités par cet auteur rappellent seulement la règle, dérivée des articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil, selon laquelle, lorsqu'une clause est usuelle, c'est-à-dire lorsqu'elle est généralement reconnue applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, la loi présume que les

(93) B. MAES, *Cassatiemiddelen naar Belgisch recht*, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 92 ; H. BOULARBAH, Ph. GÉRARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 290 ; P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 14 ; M. GRÉGOIRE, « La procédure en cassation en matière civile », in *Le point sur les procédures de cassation*, D. DELVAX et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 112.

(94) M. LEMAL, « Le moyen déduit de la violation de la coutume internationale », in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul Alain Foriers*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 1586.

(95) Il faut souligner au passage que, à l'époque, la Cour de cassation se montrait plutôt généreuse quant aux questions considérées comme étant « de fait » et relevant donc de l'appréciation souveraine du juge du fond. Voy. par exemple Cass., 25 janvier 1906, *Pas.*, I, p. 95, avec concl. proc. gén. JANSSENS : « Attendu, au surplus, que la Cour d'appel, en analysant la teneur et la portée de l'acte du 3 août 1853, et en lui reconnaissant la valeur d'un Traité public international, a tranché une question de fait, et que sa décision sur ce point est souveraine ».

(96) Cass., 20 janvier 1879, *Pas.*, 1879, I, p. 68.

(97) M. GRÉGOIRE, « La procédure en cassation en matière civile », *op. cit.*, p. 112.

parties ont connaissance de cet usage et que, en ne l'excluant pas de leur contrat, elles manifestent leur volonté de l'intégrer dans celui-ci⁽⁹⁸⁾.

On le voit, ces décisions concernent toujours des usages et non des coutumes, même si on comprend que le raisonnement selon lequel le constat du caractère constant de la pratique concernée relève d'une appréciation du fait puisse s'appliquer aux secondes aussi bien qu'aux premiers⁽⁹⁹⁾.

30. – On peut toutefois se demander si, saisie demain d'un pourvoi invoquant la violation d'une coutume, la Cour de cassation jugerait le moyen irrecevable. Elle a en effet admis, dans un arrêt du 12 mars 2001, que la coutume internationale constituait une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire⁽¹⁰⁰⁾, alors qu'elle s'y était refusée jusqu'alors⁽¹⁰¹⁾. Cette jurisprudence a été confirmée par la suite⁽¹⁰²⁾. Si des arguments pourraient sans doute être invoqués pour justifier la différence de traitement entre coutumes nationales et internationales⁽¹⁰³⁾, il est clair que la seule circonstance que la source de droit est non écrite (ou n'aurait pas été adoptée par une autorité publique) n'est plus suffisante pour exclure une norme des « lois » au sens visé par l'article 608 du Code judiciaire (ou des « dispositions légales » de l'article 1080).

L'exclusion des coutumes pour ce motif est d'autant moins justifiable que, on y reviendra, les principes généraux du droit ont acquis ce statut depuis une cinquantaine d'années, alors qu'ils constituent

(98) Cass., 25 septembre 1947, *Pas.*, I, 380 ; Cass., 11 septembre 2008, *Pas.*, I, n° 462. Le premier arrêt était déjà cité par Fr. Rigaux dans le passage précité (ci-avant, note n° 91), qui évoquait en outre trois autres arrêts de la Cour de cassation, tous relatifs aux usages : Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, I, p. 217 (« la généralité d'un usage relève de l'appréciation souveraine du juge du fond »), Cass., 19 février 1953, *Pas.*, I, p. 476 (« le juge du fond a appuyé sa décision sur l'existence d'un usage souverainement constaté par lui et s'incorporant dans la convention des parties ») et 15 mars 1965, *Pas.*, I, 734 (« la violation d'un usage ne donne pas ouverture à un recours en cassation »).

(99) En théorie, comme le rappelle P. Van Ommeslaghe, la constance dans le temps est une condition préalable à la reconnaissance d'un usage comme d'une coutume, ce qui n'est pas le cas de la consécration d'un principe (P. VAN OMMEFLAGHE, « À propos des principes généraux du droit comme normes de droit positif interne », in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 1114). Il faut aussi relever que la distinction entre usage et coutume n'était pas aussi marquée à l'époque où ces arrêts de la Cour de cassation ont été prononcés.

(100) Cass., 12 mars 2001, *Pas.*, I, n° 126.

(101) Et ce, depuis un arrêt souvent cité du 21 janvier 1848, accréditant la thèse selon laquelle les sources de droit non écrites ne donnaient pas ouverture à cassation : « Attendu que la violation des principes du droit des gens ne peut donner ouverture à cassation que pour autant qu'ils soient consacrés par un texte de loi cité à l'appui de la requête » (Cass., 21 janvier 1848, *Pas.*, I, p. 277).

(102) Voy. Cass., 22 novembre 2012, *Pas.*, I, p. 2290 ; Cass., 11 décembre 2014, *Pas.*, I, p. 2860 ; Cass., 6 décembre 2019, *J.T.*, 2020, p. 596 et note Fr. Dopagne ; Cass., 19 novembre 2021, R.G. n° C.21.0095.F, www.juportal.be. Sur le sujet, voy. M. LEMAL, « Le moyen déduit de la violation de la coutume internationale », *op. cit.*, pp. 1585 et s.

(103) Notamment l'article 38.1 du statut de la Cour internationale de justice qui cite les coutumes internationales parmi les sources qui doivent être appliquées par cette cour.

également une source non écrite, qui n'est, en théorie du moins, pas davantage attribuable à une autorité publique.

31. – Cela étant, il se pourrait que le Rubicon ait déjà été franchi et ce, dans l'indifférence générale. Dans un arrêt prononcé le 3 avril 1952, la Cour de cassation a considéré que, bien que l'article 1202 de l'ancien Code civil disposait que la solidarité « ne se présume point » sauf dans les cas où elle « a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi », cette solidarité était « de droit entre débiteurs commerçants tenus d'une même obligation contractuelle »⁽¹⁰⁴⁾. Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises par la suite⁽¹⁰⁵⁾. Par ailleurs, la règle de la solidarité de droit entre débiteurs commerciaux lorsqu'ils sont tenus d'une même obligation contractuelle est considérée comme une « règle coutumière et non pas un principe général du droit »⁽¹⁰⁶⁾, et serait basée sur une coutume ancienne consacrée par une ordonnance sur le commerce de terre de mars 1673⁽¹⁰⁷⁾. Ne peut-on en conclure que la coutume peut être invoquée au moyen d'un pourvoi en cassation ?

Il est vrai que, dans la plupart des arrêts de la Cour de cassation qui répètent l'existence de cette règle coutumière, celle-ci a été mobilisée par la cour pour confirmer une décision en faisant application et non explicitement à titre de « loi » ou « disposition légale » au sens des articles 608 et 1080 du Code judiciaire. Il n'en demeure pas moins que si une telle coutume est de nature à faire échec au principe consacré par l'article 1202 de l'ancien Code civil, qui impose que la solidarité soit prévue par une « disposition de la loi », il devient difficile de contester qu'elle puisse être invoquée au soutien d'un pourvoi qui serait dirigé contre une décision refusant d'en faire application⁽¹⁰⁸⁾. Tel fut du reste

(104) Cass., 3 avril 1952, *Pas.*, I, p. 498.

(105) Cass., 5 décembre 1975, *Pas.*, I, p. 428 ; Cass., 26 janvier 1979, *Pas.*, I, p. 594 ; Cass., 1^{er} octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 171 ; Cass., 25 avril 1985, *Pas.*, I, p. 1044 ; Cass., 25 février 1994, *Pas.*, I, p. 204.

(106) P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, op. cit., p. 14. Dans le moyen ayant conduit à l'arrêt précité du 1^{er} octobre 1981, le demandeur en cassation invoquait de façon exploratoire le « principe général du droit commercial » ou « l'usage commercial selon lequel la solidarité est de droit entre débiteurs commerciaux tenus d'une même obligation contractuelle ». La Cour de cassation s'est contentée de rappeler que « la solidarité est de droit entre débiteurs commerciaux lorsqu'ils sont tenus d'une même obligation contractuelle » et a considéré que la décision entreprise n'avait violé aucune des « dispositions légales indiquées dans le moyen » (Cass., 1^{er} octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 171).

(107) P. VAN OMME-SLAGHE, *De Page. Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1833.

(108) Dans le pourvoi ayant mené à l'arrêt du 26 janvier 1979, les demandeurs commerçants contestaient que la solidarité puisse « être admise à leur égard, puisque l'article 1202 du Code civil prévoit clairement que la solidarité ne se présume point, qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, à moins qu'elle n'ait lieu en vertu d'une disposition de la loi ». Imperturbable, la Cour de

le cas dans un arrêt du 25 avril 1985, dans lequel le demandeur en cassation invoquait notamment la violation de l'article 1202 de l'ancien Code civil ainsi que le « principe général du droit relatif à la solidarité des codébiteurs commerçants ». Après avoir rappelé que la solidarité était « de droit entre débiteurs commerçants tenus d'une même obligation contractuelle », la Cour de cassation a estimé que la « caution dont l'engagement a un caractère commercial, tenue au paiement de la même dette que le débiteur principal, est solidaire, sauf stipulation contraire » et cassé l'arrêt entrepris qui n'avait « pu légalement décider que la solidarité entre débiteurs commerçants n'était pas d'application en l'espèce »⁽¹⁰⁹⁾.

Par conséquent, et sauf à soutenir que cette coutume se serait, avant sa consécration légale⁽¹¹⁰⁾, subrepticement transformée en principe général du droit et ce, à l'insu de la doctrine la plus autorisée, il faut en conclure que la coutume devrait pouvoir être invoquée dans un pourvoi en cassation. Sa consécration dans l'article 1.1 pourrait du reste faciliter un mouvement en ce sens.

32. – Quoi qu'il en soit, on peut (à nouveau) se demander dans quelle mesure le Code civil régit le droit civil (et le droit privé) « sans préjudice » des coutumes, comme le prévoit l'article 1.1. En effet, on considère traditionnellement que « la coutume s'incline devant la loi impérative »⁽¹¹¹⁾. On peut donc déjà considérer que l'entrée en vigueur des dispositions impératives (ou d'ordre public) du nouveau Code

cassation a répété que, « lorsque des commerçants sont tenus par une même obligation contractuelle, il existe de plein droit une présomption de solidarité à leur égard » (Cass., 26 janvier 1979, *Pas.*, I, p. 594 et note).

(109) Cass., 25 avril 1985, *Pas.*, I, p. 1044.

(110) Cette coutume est, en effet, dorénavant consacrée par l'article 5.160, § 2 qui rappelle que la solidarité passive ne se présume pas mais qu'elle « existe de plein droit entre des entreprises, au sens de l'article I.1, alinéa 1er, 1°, du Code de droit économique, qui sont tenues à une même obligation contractuelle », sauf « lorsque l'entreprise est une personne physique et que son obligation contractuelle est manifestement étrangère à l'entreprise ».

(111) I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, Anthemis, Limal, 2012, p. 96. On considère généralement que les règles coutumières ne sont pas impératives, de sorte que les parties peuvent y déroger (P. A. FORTIERS et T. DERVAL, « Section 1 – Le régime des contrats commerciaux – observations générales », in N. THIRION [dir.], *Chronique d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 51 ; voy. également Cass., 16 février 1979, *Pas.*, I, p. 718 ; Cass., 11 septembre 2008, *Pas.*, I, n° 462). En ce qui concerne la règle de la solidarité entre les commerçants codébiteurs d'une même obligation contractuelle, la Cour de cassation a précisé explicitement qu'elle « ne constitue ni une règle d'ordre public ni une règle impérative » (Cass., 25 février 1994, *Pas.*, I, p. 204).

civil⁽¹¹²⁾ est susceptible de se faire « au préjudice » de coutumes avec lesquelles elles seraient incompatibles, sous réserve du sort à réserver aux coutumes internationales⁽¹¹³⁾.

33. – Comment résoudre le conflit entre une coutume et une disposition du Code civil qui ne serait ni impérative ni d'ordre public⁽¹¹⁴⁾ ? H. De Page s'était déjà posé la question, indiquant que si l'école de l'exégèse avait contesté que la coutume constitue une source de droit qui puisse être invoquée à l'encontre d'un texte existant, les « idées tendent également à évoluer sur ce point »⁽¹¹⁵⁾. En effet, poursuivait-il, la coutume ne peut en principe prévaloir à l'encontre d'un texte formel mais « il peut se produire des cas exceptionnels où un usage constant, bien établi et absolument général, déroge à une règle de droit écrit ». Si cette règle n'est pas d'ordre public, poursuivait-il, « il faut admettre l'usage [...], non point parce qu'il se justifie en droit, mais parce que la vie est plus forte que les textes, et précisément le révèle »⁽¹¹⁶⁾.

Il est vrai que les exemples ne sont pas légion, mais on a déjà évoqué le cas de la règle de la solidarité entre commerçants codébiteurs d'une même obligation contractuelle, qui faisait échec (et à tout le moins exception) au principe énoncé par l'article 1202 de l'ancien Code civil⁽¹¹⁷⁾. La question demeure toutefois ouverte.

34. – Enfin, on ne résiste pas au plaisir d'évoquer – à défaut de pouvoir y adhérer en connaissance de cause – la thèse selon laquelle l'arrêté du 14 janvier 1831 du gouvernement provisoire, qui a abrogé le Code civil du Royaume-Uni des Pays-Bas de 1830 qui avait, le 1^{er} février 1831, remplacé le Code Napoléon, ne serait pas valide. Les tenants de cette thèse estiment que, par conséquent, le Code de 1830 existerait toujours légalement en droit belge et que le Code de 1804 n'aurait subsisté qu'à titre de ... « droit coutumier écrit, du moins en ce qui

(112) Tel pourrait être notamment le cas de certaines dispositions en matière de copropriété (Livre 3, titre 4). On peut imaginer qu'il en sera de même de certaines règles qui seront reprises dans les livres qui doivent encore être adoptés (notamment le livre relatif aux contrats spéciaux).

(113) Faut-il en effet reconnaître aux coutumes internationales (dotées d'un effet direct) la primauté qui, depuis l'arrêt *Le Ski*, est reconnue aux traités dotés d'un tel effet ? La question est controversée (voy. à ce sujet A. HENKES, « La Cour de cassation et la coutume internationale - Des agressions territoriales aux immunités d'États : propos d'actualité », *R.D.I.D.C.*, 2023/1, pp. 54-63 et les réf. citées).

(114) Ce qui est le cas de la plupart des règles du livre 5, par exemple. L'article 5.3, alinéa 3 dispose ainsi que les « dispositions du présent livre sont supplétives, à moins qu'il résulte de leur texte ou de leur portée qu'elles présentent, en tout ou en partie, un caractère impératif ou d'ordre public ».

(115) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, p. 18.

(116) *Ibid.*, p. 20.

(117) Voy. ci-avant § 30.

concerne les dispositions supplétives du Code civil de 1830 »⁽¹¹⁸⁾. Ironie suprême : le code censé mettre un terme aux coutumes n'aurait eu, lui-même, que la valeur d'une coutume dans notre ordre juridique (et ce, jusqu'à ce jour quant aux dispositions qui n'auraient pas encore été remplacées).

D. – *Les principes généraux du droit*

35. – La troisième source de droit privé que le Code civil n'est pas censé impacter est la catégorie des principes généraux du droit. Gény n'en fait pas état, et pour cause : il n'en était, à son époque, tout simplement pas question. En Belgique, ni le *Précis de droit civil belge* de R. Dekkers de 1954, ni la troisième édition du *Traité élémentaire de droit civil belge* de De Page ne semblent contenir de référence aux principes généraux du droit⁽¹¹⁹⁾.

Sur le plan jurisprudentiel, les principes généraux du droit n'ont fait leur entrée officielle dans la catégorie des sources formelles du droit qu'à partir de 1971, quand la Cour de cassation, faisant suite au discours prononcé par Ganshof van der Meersch lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation de 1970⁽¹²⁰⁾, a admis la recevabilité des moyens invoquant ~~la violation d'un principe général du droit~~ au regard de l'article 1080 du Code judiciaire sans référence à une disposition légale⁽¹²¹⁾. Par la suite, la Cour de cassation a consacré

(118) J. VAN DE VOORDE, « Il y a ... ans — Le Code Napoléon est-il encore en vigueur en Belgique ? », *J.T.*, 2018/12, n° 6724, pp. 279-280. La controverse aurait été suscitée par un avocat du barreau d'Amsterdam, qui aurait écrit une lettre à la rédaction du Journal des tribunaux en 1904 : F. BOL, « Le Code civil a-t-il force de loi en Belgique ? », *J.T.*, 1904, col. 381.

(119) Ces ouvrages sont cités ci-avant. Certes, Jean Dabin consacrait, déjà en 1929, quelques pages aux « principes généraux du droit » (les guillemets sont de lui) mais il ne s'agissait manifestement pas des normes telles qu'on les comprend aujourd'hui. Il les définissait comme « un certain nombre indéterminé de solutions et de notions, d'allure principielle, en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays et d'une époque » (J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 240). En 1997, J. Hansenne concédait que, « en quête des sources formelles générales de notre droit privé interne, on ne pourra passer sous silence les *principes généraux du droit* » qu'il définit comme « les idées de base diffuses dans le droit, les notions et les solutions d'allure principielle en quoi se résume ou s'explique le droit d'un pays ou d'une époque » (J. HANSENNE, *Introduction au droit privé*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, 3^e éd., pp. 22-23). Cette définition est clairement empruntée à Dabin, et tout aussi étrangère à l'acception contemporaine de la notion.

(120) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », Mercuriale prononcée lors de l'audience de la rentrée solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1970, *J.T.*, 1970, p. 572.

(121) J. KIRKPATRICK, « L'article 1080 du Code judiciaire et les moyens de cassation pris de la violation d'un principe général du droit », in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 629-631 et les réf. citées. Le Conseil d'État avait, pour sa part, déjà consacré le principe général des droits de la défense dans un arrêt du 24 octobre 1949 et on peut trouver plusieurs arrêts de la Cour de cassation prononcés la décennie suivante et ayant recours aux principes généraux du droit sans l'admettre formellement. Sur ce point, voy. R. JAFFERALI et

plusieurs principes généraux du droit, notamment, en droit privé, l'interdiction de l'abus de droit⁽¹²²⁾, la nécessité d'une mise en demeure du débiteur⁽¹²³⁾, ou le principe constitué par l'exception d'inexécution en matière contractuelle⁽¹²⁴⁾.

36. – La consécration légale des principes généraux du droit, si elle n'étonne pas, mérite d'être soulignée. Dans les travaux préparatoires, il est précisé que le « droit non écrit se retrouve également tout particulièrement dans les principes généraux du droit », compris comme des « règles fondamentales déduites des fondements du système juridique par la jurisprudence et également admises en dehors de leurs applications légales »⁽¹²⁵⁾.

37. – Il reste à se demander dans quelle mesure l'adoption du nouveau Code civil s'est faite « sans préjudice » des principes généraux du droit. Le législateur rappelle pourtant lui-même le principe de subsidiarité de ces principes par rapport à la loi : « Ayant la même valeur qu'une loi, le principe général du droit n'est ni une norme qui puisse s'appliquer contre elle, ni une règle à laquelle il est interdit au législateur de déroger »⁽¹²⁶⁾. Cette affirmation correspond à la jurisprudence constante de la Cour de cassation en la matière, qui considère que « les principes généraux du droit ne peuvent, dans une matière déterminée, être appliqués par le juge lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté certaine du législateur »⁽¹²⁷⁾.

En théorie, donc, toute règle contenue dans le nouveau Code civil est susceptible de déroger à un principe général du droit. Ainsi, il est clair que le principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation⁽¹²⁸⁾ n'a pas vocation à s'appliquer en présence d'une règle consacrant un droit qui serait d'ordre public ou même de droit impératif : dans le premier cas, aucune renonciation n'est possible, dans le

J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », in Y. NINANE et J. VAN MEERBEECK (dir.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 13 et s.

(122) Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 et concl. proc. gén. GANSHOF VAN DER MEERSCH. Pour une confirmation plus récente, voy. Cass., 26 octobre 2017, *R.A.B.G.*, 2018, p. 359.

(123) Cass., 9 avril 1976, *Pas.*, I, p. 887. Si le texte de l'arrêt ne reprend pas explicitement les termes de « principe général du droit », on les retrouve par contre dans un arrêt récent du 26 mai 2023 (R.G. n° C.22.0131.N, www.juportal.be).

(124) Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, I, p. 1179. Voy. également Cass., 2 novembre 1995, *Pas.*, I, p. 977, dans lequel la cour se réfère plus explicitement à la qualification de principe général du droit.

(125) Proposition de loi portant le Livre I^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7.

(126) *Ibid.*

(127) Cass., 20 février 1991, *Pas.*, I, n° 335 ; Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, n° 215 ; Cass., 13 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 32.

(128) Lui-même consacré dans l'article 1.12, commenté ci-après dans le présent ouvrage.

second, la renonciation à se prévaloir de la règle concernée est soumise à des conditions précises. Dans de telles hypothèses, l'entrée en vigueur du Code civil est susceptible d'avoir une incidence sur la portée des principes généraux du droit et donc, à nouveau, ne se fait pas « sans préjudice » de ceux-ci.

38. – Il faut toutefois nuancer cette affirmation eu égard au caractère relatif du principe de subsidiarité des principes généraux du droit. Sans pouvoir rentrer dans les développements que cette question appelle, on se contentera ici d'évoquer le fait que ces principes font souvent plus que simplement compléter la loi : parfois, ils la corrigent voire la contredisent ouvertement⁽¹²⁹⁾. Plus fondamentalement, la prise en compte de la hiérarchie des normes impose de repenser substantiellement la question de la subsidiarité : d'une part, certains principes, comme la sécurité juridique ou le principe de légalité (dont le principe de hiérarchie des normes est du reste un corollaire) ont rang constitutionnel (et donc supérieur à la loi) et, d'autre part, de nombreux principes généraux nous viennent directement d'ordres juridiques internationaux, et plus spécifiquement de l'Union européenne et priment, à ce titre, sur la loi⁽¹³⁰⁾.

39. – La question se complique encore du fait que le législateur a, récemment, consacré dans ce même Code civil la plupart des principes généraux énoncés ci-avant, notamment l'interdiction pour le représentant de se porter contrepartie, l'interdiction de l'abus de droit, le principe *fraus omnia corrumpit* ou le principe selon lequel la renonciation à un droit est de stricte interprétation⁽¹³¹⁾.

Cette consécration légale soulève la question du statut des principes ainsi concernés. Avec le professeur Jafferali, nous avons défendu ailleurs l'idée que ceux-ci n'ont pas pour autant disparu de notre ordre juridique en tant que principes mais que leur portée devra, en vertu du principe précité de subsidiarité, s'appréhender dans le cadre du moule

(129) On renverra ici aussi à notre contribution précitée co-écrite avec R. Jafferali, plus spécialement aux pp. 45-56.

(130) R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », *op. cit.*, pp. 57-62. On ne rentrera pas ici sur la question complexe de l'effet direct des principes généraux du droit de l'Union européenne. Sur le sujet, voy. J. VAN MEERBEECK, « De la généralité *in abstracto* des principes généraux à leur effet direct *in concreto* », *Cahiers de droit européen*, 2016/1, pp. 65-89.

(131) Consacrés dans les articles 1.8, 1.10, 1.11 et 1.12 du nouveau Code et commentés dans le présent ouvrage. Le statut de principe général du droit de chacun de ces principes ne fait pas toujours l'unanimité. On renverra sur ces points aux contributions qui y sont consacrées dans le récent ouvrage que nous avons codirigé et qui est relatif aux principes généraux du droit privé (voy. ci-avant, note 121 *in fine*).

plus ou moins contraignant imposé par le législateur, conservant pour le reste un intérêt tant sur le plan interprétatif que, le cas échéant, dans l'hypothèse où leur champ d'application déborderait celui occupé par la loi⁽¹³²⁾.

Enfin, il ne peut nullement se déduire du choix opéré par le législateur que seuls les principes non consacrés devraient conserver ce statut, ou que l'absence de consécration impliquerait un désaveu sans appel voire une abrogation⁽¹³³⁾.

40. – Quel que soit le statut accordé par le nouveau Code civil aux principes généraux du droit consacrés antérieurement, il est, à nouveau, difficile de considérer que l'entrée en vigueur du nouveau Code civil s'est opérée sans préjudice de ces principes.

E. – *Les usages*

41. – L'article 1.1., alinéa 2, du Code civil dispose dorénavant : « Les usages ne sont une source de droit que si la loi ou le contrat s'y réfère ».

Dernière source officielle du droit privé, les usages ont donc un statut particulier en ce qu'ils ne constituent pas, contrairement à la coutume, « une source de droit à part entière » ou encore une « source autonome du droit »⁽¹³⁴⁾. En effet, il faut que la loi ou le contrat y renvoie. La référence à la loi va de soi : dès lors que celle-ci est une source de droit, elle peut élever un usage au même rang en le visant.

42. – En ce qui concerne le contrat, il ne faut pas davantage s'étonner : en vertu de l'article 5.69 du Code civil, qui reproduit le principe de la convention-loi qui était consacré par l'article 1134 de l'ancien Code, le « contrat valablement formé tient lieu de loi à ceux qui

(132) R. JAFFERALI et J. VAN MEERBEECK, « Le fabuleux destin des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 18.

(133) Les travaux préparatoires motivent comme suit le choix opéré de ne pas « conférer une place dans le Code » à tous les principes généraux du droit : « Tout d'abord, chaque principe général du droit ne se prête pas à une disposition légale formulée de manière générale. Il appartient alors au juge d'en définir la portée précise dans un cas concret. Ensuite, l'exhaustivité n'est pas possible car il n'existe aucune liste limitative de tels principes. Ils doivent, en effet, être reconnus par la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation adopte une attitude stricte quant à la reconnaissance de nouveaux principes. [...] Cette approche stricte n'exclut pas qu'à l'avenir, de nouveaux principes généraux du droit puissent malgré tout être reconnus et que l'on aspire à une telle reconnaissance » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 7).

(134) Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, pp. 6-7. De Page n'évoque pas explicitement les usages parmi les cinq sources du droit civil, mais il les examine dans la partie de son *Traité consacré à la coutume* (voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 16).

l'ont fait ». L'article 5.71, alinéa 1^{er}, reprend par ailleurs le principe, qui était énoncé par l'article 1135 du code napoléonien, selon lequel le contrat « oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que [...] les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée »⁽¹³⁵⁾. L'article 1160 disposait quant à lui qu'on devait « suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées »⁽¹³⁶⁾.

Dans un arrêt de 1947, la Cour de cassation avait clarifié la *ratio legis* des articles 1135 et 1160 en considérant que ces deux dispositions reposaient « sur le postulat que le consentement des parties contractantes, sans lequel il n'est pas de clause conventionnelle valable, a porté à la fois sur ce à quoi elles ont expressément déclaré s'obliger et sur ce qui est d'usage en la matière », précisant que, « tenant pour certain qu'elles n'ont pu ignorer cet usage, la loi en infère qu'en ne l'excluant pas de leurs accords, les parties ont marqué leur volonté d'y conformer ceux-ci »⁽¹³⁷⁾. On l'a vu, la Cour de cassation ajoutait que « la généralité d'un usage relève de l'appréciation souveraine du juge du fond »⁽¹³⁸⁾. Elle a récemment confirmé qu'il était question d'un usage au

(135) Voy. également, en matière d'interprétation, l'art. 5.65, 3° qui dispose que, pour rechercher quelle a été la commune intention des parties, il est tenu compte de la directive suivante : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans la région et le secteur concernés et conformément aux relations habituelles entre les parties ».

(136) Selon certains auteurs, il convient d'opérer une distinction entre l'« usage » (« het gebruik ») visé par l'article 1135 et les « clauses qui y sont d'usage » (« gebruikelijke bedingen ») de l'article 1160 (voy. A. VAN OEVELEN, « Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht », *op. cit.*, pp. 990 et s.). Le législateur du nouveau Code civil n'a toutefois pas été du même avis : « L'actuel article 1160 est omis parce qu'il ne constitue qu'une application de l'actuel article 1135 » (Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 77). J.-P. Buyle relève pour sa part que la doctrine opérerait plusieurs distinctions « entre la coutume (ou usages de droit ou juridiques) et les usages (de fait, volontaires ou conventionnels) », que l'article 1134 viserait les usages de fait alors que l'article 1135 viserait les usages de droit. Il écrit cependant plus loin que les usages « conventionnels » sont ceux visés par les articles 1135 et 1160 alors que les usages de fait seraient visés par l'article 1134, ce qui suscite quelque peu la confusion (J.-P. BUYLE, « Les usages bancaires sont-ils une source autonome de droit au regard du nouveau code civil ? », *op. cit.*, pp. 104-105). Il nous paraît toutefois difficile de suivre cet auteur lorsqu'il écrit que la notion d'usage reprise dans l'article 1.1 devrait s'entendre comme renvoyant aux usages de « fait, conventionnels » alors que l'article 5.71 renverrait à la notion d'usage de droit (*Ibid.*, p. 107). Le législateur n'a, en effet, pas repris cette distinction mais bien celle, plus classique, entre coutume (source autonome et contraignante) et usage. Rien ne permet d'accrediter que la notion d'usage devrait être comprise en deux sens distincts, ce qui témoignerait du reste d'une certaine légèreté légistique.

(137) Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, I, p. 217. Dans le même sens, voy. Cass., 29 mars 1976, *Pas.*, I, 833.

(138) Cass., 29 mai 1947, *Pas.*, I, p. 217. Dans la note sous cet arrêt, l'auteur (R.H.) confirme que le juge du fond constate souverainement « l'existence de chacun des éléments constitutifs de l'usage, telle sa généralité » mais que sa « décision relève toutefois du contrôle de la cour de cassation dans la mesure où, en termes exprès ou implicites, elle définit les éléments constitutifs de l'usage ». Pour un exemple de ce contrôle, voy. Cass., 11 septembre 2008, *Pas.*, I, n° 462, où la cour considère que d'aucune des considérations de la décision attaquée, la juridiction d'appel n'avait

sens de l'article 1135 de l'ancien Code civil (et de l'ancien article 1160) « lorsque l'usage invoqué est généralement reconnu applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, de telle sorte que les parties sont présumées avoir connaissance de cet usage et qu'en ne l'excluant pas de leur convention, elles sont réputées l'incorporer dans celui-ci »⁽¹³⁹⁾.

43. – En résumé, un usage est une source (contraignante) de droit dans trois cas de figure : le contrat s'y réfère, la loi le vise ou bien il s'agit d'un usage généralement reconnu applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, de telle sorte que les parties sont présumées avoir voulu l'intégrer implicitement dans le contrat à défaut de l'en avoir exclu. Ce caractère contraignant ne provient cependant pas de l'usage en lui-même mais de l'effet de la loi, en l'occurrence une loi particulière ou l'article 5.71 du Code civil, ou de la volonté des parties. La violation d'un usage ne peut donc, en tant que telle, constituer une ouverture à cassation, l'usage n'étant pas une loi au sens de l'article 608 du Code judiciaire, de sorte que le moyen doit invoquer les bases légales précitées⁽¹⁴⁰⁾.

Il nous semble que les réserves émises quant à l'exclusion de la coutume des « lois » visées par l'article 608 du Code judiciaire ne se justifient pas ici, dès lors que ce qui distingue ces deux types de normes est,

« pu légalement déduire [...] que l'usage invoqué par la demanderesse n'était pas constant ». Plus récemment, des auteurs autorisés ont résumé en ces termes la position de la Cour de cassation en la matière : « L'existence d'un usage est essentiellement une question de fait. Il revient, par conséquent, au seul juge du fond de rechercher si l'usage existe et de le constater ; son appréciation à cet égard est souveraine. Il s'ensuit que l'existence d'un usage ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour, qui se réserve toutefois le pouvoir de contrôler la décision du juge du fond dans la mesure où, en termes exprès ou implicites, elle définit les éléments constitutifs de l'usage. La Cour vérifie à partir des constatations de la décision attaquée si le juge du fond ne s'est pas mépris sur la notion légale d'usage. Elle exerce, en d'autres termes, un contrôle de qualification tout à fait classique » (H. BOULARBAH, Ph. GÉRARD et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, op. cit., p. 290). Certes, dans son arrêt du 9 décembre 1999, la Cour de cassation conclut que « viole la notion d'usage » l'arrêt attaqué en ce que, après avoir considéré que les clauses litigieuses constituaient des clauses usuelles et constaté que l'usage n'avait pas été exclu contractuellement, il décide néanmoins que le juge pouvait examiner si les parties avaient consenti à incorporer cet usage dans leur contrat (Cass., 9 décembre 1999, *Pas.*, I, p. 672). Ce n'est toutefois pas l'usage lui-même dont la violation avait été constatée mais la notion d'usage telle que reprise dans les dispositions qui étaient visées au moyen, à savoir (notamment) les articles 1135 et 1160 de l'ancien Code civil.

(139) Cass., 2 septembre 2021, *R.A.B.G.*, 2021, p. 1451. Voy. également Cass., 11 septembre 2008, *Pas.*, I, n° 462 : « Lorsqu'une clause est usuelle, c'est-à-dire lorsqu'elle est généralement reconnue applicable dans une région déterminée ou dans un milieu professionnel déterminé, la loi présume que les parties ont connaissance de cet usage et qu'en ne l'excluant pas de leur contrat, elles manifestent leur volonté de l'incorporer dans celui-ci ».

(140) Voy. la note 138 ci-avant.

précisément, le caractère contraignant de la coutume et ce, indépendamment de toute base légale⁽¹⁴¹⁾.

III. – LES SOURCES OUBLIÉES DU DROIT PRIVÉ

44. – Dans son *Traité élémentaire de droit civil belge*, De Page écrivait : « À notre époque, les sources du droit civil sont au nombre de cinq : la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine, et l'équité »⁽¹⁴²⁾. Il aurait sans doute été surpris de constater que pas un mot n'a été consacré à trois d'entre elles dans les travaux préparatoires de la proposition portant le livre 1^{er} du Code civil. L'équité n'y est pas mentionnée une seule fois, alors que la jurisprudence et la doctrine ne sont citées qu'à l'appui de telle ou telle solution consacrée par le nouveau Code⁽¹⁴³⁾.

Il est vrai, on l'a vu, que la philosophie ayant animé l'adoption du Code civil de 1804 était de limiter l'influence des juges, compte tenu de la méfiance à leur égard et de la crainte de l'équité (« Dieu nous préserve de l'équité des Parlements »). Quant à la doctrine, il semblerait que Napoléon se soit exclamé, à l'annonce des premiers commentaires de son œuvre : « mon code est perdu »⁽¹⁴⁴⁾.

45. – Et pourtant, même Portalis, un des pères du Code civil, reconnaissait que s'il incombait à la loi de fixer « les maximes générales du droit » et « des principes féconds **en conséquences** », il revenait au magistrat de les appliquer et de les interpréter⁽¹⁴⁵⁾.

(141) Selon J.-P. Buyle, ce « qui sépare les usages et la coutume, c'est la question du consentement », dès lors que la coutume « s'applique indépendamment de la connaissance et de l'accord des parties » alors que les « usages requièrent leur consentement qui peut être établi par tous les moyens » (J.-P. BUYLE, « Les usages bancaires sont-ils une source autonome de droit au regard du nouveau code civil ? », *op. cit.*, p. 104).

(142) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 16. ~~Il examinait les usages dans la partie consacrée à la coutume.~~ On l'a vu, dans son *Précis de droit civil belge*, R. Dekkers écrivait que le droit civil « reçoit sa forme actuelle de la loi, de la jurisprudence, de la doctrine et de la coutume » (*Précis de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, pp. 11 et 960).

(143) Ainsi, l'article 1.8 consacré à la représentation était décrit comme confirmant « quelques acquis issus de la doctrine et de la jurisprudence, sans régler entièrement la matière » (Proposition de loi portant le Livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1805/001, p. 19 ; voy. également p. 23 sur l'abus de droit ou p. 24 sur l'intention de nuire).

(144) Cité dans R. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur*, trad. par B. De Dominicis, Dalloz, 2010, p. 77. Du reste, tant Justinien que Frédéric II avaient interdit des commentaires de leur code (Fr. OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », in Ph. GÉRARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Publ. des F.U.S.L., 1987, p. 200).

(145) « Discours préliminaire prononcé par Portalis », *op. cit.*, pp. 467-477.

Un siècle plus tard, GénY s'est attaqué à la question de savoir s'il fallait, à côté de la loi et de la coutume, retenir parmi les sources formelles « la Tradition ou les Autorités, s'exprimant sous une forme non catégorique, consistant surtout en **précédents** de jurisprudence et opinions doctrinales »⁽¹⁴⁶⁾. Après les avoir, dans un premier temps, retenus sous bénéfice d'inventaire⁽¹⁴⁷⁾, il finit, au terme d'une longue démonstration, par conclure que ni la jurisprudence ni la doctrine ne peuvent prétendre à ce statut, même s'il ne nie pas qu'elles jouissent d'une certaine autorité⁽¹⁴⁸⁾. En ce qui concerne la jurisprudence, ce sont des raisons « essentiellement d'ordre constitutionnel » qui s'y opposent dès lors que les décisions des cours et tribunaux « n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétende s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée »⁽¹⁴⁹⁾. Quant à la doctrine, GénY lui réserve, *a fortiori*, le même sort qu'à la jurisprudence : « on ne voit pas du tout, à quel titre, une puissance, refusée à l'organe officiel de la justice (jurisprudence), pourrait, en l'absence de toute institution de juristes patentés, être reconnue à des savants, dont l'opinion, exprimât-elle un sentiment collectif, ne traduit jamais que les efforts de raisons individuelles, sans aucun caractère, de publicité, et, pour ainsi dire, d'authenticité, qui l'impose à une raison, également indépendante »⁽¹⁵⁰⁾.

Examinons brièvement ces trois sources citées par De Page, mais ignorées par le législateur⁽¹⁵¹⁾.

(146) FR. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., T. I, p. 238.

(147) *Ibid.*, pp. 238-239.

(148) FR. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., T. II, pp. 2-55.

(149) *Ibid.*, pp. 35-36. Il renvoie à l'art. 5 du Code civil français (qui correspond à l'article 6 de notre Code judiciaire, qui interdit les arrêts de règlement).

(150) *Ibid.*, p. 54. C'est donc à tort que certains auteurs estiment que GénY incluait également la jurisprudence et la doctrine au sein des sources formelles (C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres Propos sur les sources du droit. Mélanges Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 524 et 525, note 26 : « [...] pour GénY, les autorités, que sont la jurisprudence et la doctrine, font partie des sources formelles [...] »). Contrairement à d'autres, nous ne percevons pas davantage de « double message » ou de « tension » dans la thèse soutenue par le juriste français (S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, op. cit., p. 27).

(151) Il ne s'agit évidemment pas d'un examen exhaustif des autres sources du droit qui ont été passées sous silence. On pourrait évoquer notamment le *soft law*, l'autorégulation, etc.

A. – *La jurisprudence*⁽¹⁵²⁾

46. – La majorité de la doctrine française contemporaine semble s'accorder sur le fait que la jurisprudence est une source du droit. P. Deumier et Th. Revet écrivaient ainsi, il y a déjà 20 ans, qu'« un large accord (pour ne pas dire plus) se fait sur l'admission de la loi, de la coutume et de la jurisprudence comme sources du droit »⁽¹⁵³⁾. Quelques années plus tard, C. Thibierge confirmait que la jurisprudence « est considérée aujourd'hui comme une source du droit par la quasi-totalité des auteurs, à quelques exceptions près »⁽¹⁵⁴⁾.

En Belgique, De Page estimait « oiseux d'insister sur le rôle » de la jurisprudence « comme source du droit »⁽¹⁵⁵⁾. Il faut dire que deux siècles d'expérience avaient fait comprendre aux positivistes les plus intransigeants qu'aucun code, aussi bien rédigé qu'il soit, ne peut passer l'épreuve du temps sans devoir être interprété, rôle qui revient en premier lieu aux juridictions. Les exemples sont innombrables, mais les plus évidents sont sans doute les dispositions de l'ancien code relatives à la responsabilité extracontractuelle : une poignée d'articles, dont la lecture ne prend guère que quelques minutes mais dont l'enseignement peut facilement couvrir un cours de 30 heures ou nourrir un ouvrage de plusieurs centaines de pages. Les notions de faute et de dommage requièrent de longues explications et ont connu d'importantes évolutions, celle de cause, pour autant qu'on puisse parfaitement la saisir, implique d'accepter que la théorie de l'équivalence des conditions constitue un choix jurisprudentiel, tout comme le principe de la responsabilité *in solidum* ou celui de la responsabilité des pouvoirs publics. Il est à cet égard symptomatique de constater que la proposition de loi portant le livre 6 relatif à la responsabilité extracontractuelle, dont le texte a été adopté ~~en deuxième lecture le 26 janvier 2024~~, comprend pas moins de 55 articles⁽¹⁵⁶⁾.

(152) On vise ici les « enseignements communs susceptibles d'être dégagés » de « l'ensemble des décisions rendues par les différentes juridictions » plutôt que l'ensemble de ces décisions (I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, pp. 12-13).

(153) P. DEUMIER et Th. RAVET, « Sources du droit », in S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 1431.

(154) C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *op. cit.*, p. 525.

(155) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, pp. 21-22.

(156) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001. Le rôle de la jurisprudence y est du reste souligné. Ainsi, « il n'a pas été jugé pertinent de modifier le régime de responsabilité des pouvoirs publics dans l'exercice de la fonction d'administrer, de juger ou de légiférer » dès lors qu'il a été

47. – En d’autres termes, qu’on l’approuve ou qu’on le regrette, il est tout à fait incontestable que la jurisprudence constitue une source du droit privé. Il est clair du reste que le législateur était bien conscient de ce rôle lorsqu’il a décidé d’adopter le nouveau Code civil. Si des innovations importantes ont été introduites, il a été précisé à l’occasion de la discussion de chacun des livres – certes dans des mesures différentes – qu’il ne s’agissait pas d’une révolution mais d’une (re-)codification « à droit constant », comprenez : intégrant les enseignements jurisprudentiels (et doctrinaux)⁽¹⁵⁷⁾. Sans doute est-ce dans les travaux préparatoires relatifs au livre 5 que cette dette jurisprudentielle est reconnue le plus explicitement. Il y est relevé que « les lacunes du Code sont devenues de plus en plus béantes », même si la « jurisprudence a, bien entendu, pu assurer une certaine modernisation du droit des obligations », précisant que son influence « est à ce point considérable que le droit belge des obligations s’apparente de plus en plus au système de Common law » et qu’on « ne peut plus prétendre que le droit positif, tel qu’il est appliqué dans la pratique actuelle, se trouve dans le Code »⁽¹⁵⁸⁾.

48. – Comment, dès lors, expliquer le silence du Code civil sur le rôle joué par la jurisprudence en tant que source du droit civil, et plus largement du droit privé ? L’explication nous paraît résider dans le fait que le législateur a, certes de façon implicite, considéré qu’il ne fallait retenir que les sources du droit juridiquement contraignantes, caractéristique qui est traditionnellement refusée à la jurisprudence dans notre ordre juridique et, plus généralement, dans les systèmes dits « de droit civil » par opposition aux systèmes de *Common law*⁽¹⁵⁹⁾.

On peut trouver une confirmation de cette interprétation dans le commentaire fait de l’article 1.1 par un des éminents juristes chargés

« estimé préférable de laisser à la jurisprudence le soin de faire évoluer les solutions, si nécessaire » (*Ibid.*, p. 9).

(157) À titre d’exemple, voy. les réf. citées pour le livre 2, dans Ph. DE PAGE, « La codification du livre 2.3 du Code civil - Les régimes matrimoniaux et les conventions matrimoniales - Présentation générale », *R.T.D.F.*, 2022/3, p. 545, pour le livre 3 (surtout en ce qui concerne la copropriété) E. JADOUL, N. GOFFLOT et A. SALVÉ, « Titre 4 - Copropriété », in N. BERNARD *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 144, pour le livre 4, P. MOREAU, « Les libéralités à l’heure du livre 4 du nouveau Code civil », *J.T.*, 2022/32, p. 561, pour le livre 5, R. JAFFERALI, « Présentation et objectifs de la réforme du droit des obligations », in R. JAFFERALI (dir.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 11, et pour le livre 8 Fr. GEORGE, « Le nouveau droit de la preuve. Quand le huitième wagon devient locomotive ! », *J.T.*, 2019/32, n° 6786, p. 657.

(158) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 5-6.

(159) J.-L. Souriaux suggérait déjà que « la baguette du sourcier ne vibre que si le sourcier éprouve la sensation du caractère obligatoire de la règle » (J.-L. SOURIOUX, « ‘Source du droit’ en droit privé », *op. cit.*, p. 37).

de la rédaction de l'avant-projet du livre 1 : « La jurisprudence ne saurait être considérée comme une source du droit au sens formel. Si elle joue un rôle important dans l'interprétation du droit, elle ne constitue pas une source juridique « formelle » dans notre tradition juridique. D'ailleurs, il est interdit aux juges de statuer par voie de règle générale (art. 6 C. jud.), la méconnaissance de la jurisprudence ne constitue pas un moyen de cassation valable et la Cour de cassation peut s'écarter de ses propres précédents »⁽¹⁶⁰⁾.

49. – C'est donc bien à la notion de « source formelle » que, sans toutefois le préciser explicitement, se serait référé le législateur, en ce que ce concept impliquerait nécessairement celle d'obligatorité, ou de caractère contraignant⁽¹⁶¹⁾. Encore faut-il apporter quelques précisions quant à l'absence de caractère contraignant de la jurisprudence.

Il est vrai que, en principe et sous réserve de l'une ou l'autre exception légale⁽¹⁶²⁾, les décisions des juridictions belges ne sont pas juridiquement obligatoires pour les autres juridictions. Comme le précise l'extrait doctrinal cité ci-avant, l'article 6 du Code judiciaire, qui prohibe les arrêts dits « de règlement », a souvent été invoqué pour justifier cette solution : « Les juges ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »⁽¹⁶³⁾.

(160) E. DIRIX, « Les dispositions générales du Code civil », in Th. DERVAL *et al.* (dir.), Bruxelles *La réforme du droit des obligations*, Larcier, 2023, p. 16.

(161) I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *op. cit.*, pp. 53-55. Voy. également p. 94 : « Avec les sources formelles, on fait droit [...] au point de vue interne des organes d'application du droit, en ne retenant que les normes, générales ou individuelles, juridiquement contraignantes, reconnues au sein d'un ordre juridique donné et hiérarchisées entre elles ». C'est en raison de son absence de caractère contraignant que W. Van Gerven excluait la jurisprudence des sources formelles, tout en lui reconnaissant une force de persuasion (W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, p. 46). Pour L. Cornelis et R. Feltkamp, par contre, la jurisprudence est une source formelle du droit (L. CORNELIS et R. FELTKAMP, « Over het BW als fundament van de privaatrechtelijke ordening en het einde van de rechtspraak als bron van privaatrecht », *op. cit.*, p. 3).

(162) On pense à l'article 1110 du Code judiciaire qui impose au juge de renvoi après cassation de se conformer « à l'arrêt de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour ». Il ne s'agit toutefois pas d'une exception *stricto sensu* dès lors qu'un tel arrêt ne s'en trouve pas érigé en source de droit : il s'agit uniquement d'un cas dans lequel une décision juridictionnelle présente un caractère contraignant pour une autre juridiction. On trouve une disposition similaire dans la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle en ce qui concerne l'autorité de ses arrêts préjudiciels (art. 28).

(163) Hérité du droit français (ancien art. 5 du Code civil), qui s'est développé dans un contexte de méfiance à l'égard des juges différent de la conception prévalant dans notre ordre juridique, l'article 6 du Code judiciaire trouve, selon P. Martens, un fondement dans notre droit constitutionnel : « même sans qu'on dût l'expliquer par une histoire qui n'est pas la nôtre, il est l'expression de la séparation des pouvoirs [...] » (P. MARTENS, « Que reste-t-il de l'article 6 du Code judiciaire ? », in *Le Code judiciaire à 50 ans. Et après ? Hommage à E. Krings et M. Storme*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 185). L'argument pris de l'article 6 du Code judiciaire aurait sans doute été écarté par De Page qui considérerait que cette disposition n'avait, à sa connaissance, « jamais été d'aucune application pratique » alors qu'il estimait que l'article 4 du même code (repris dans l'article 5 du Code judiciaire et relatif à l'interdiction de déni de justice), contenait « une reconnaissance formelle de

50. – Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'autorité considérable de la jurisprudence, particulièrement lorsqu'elle émane des plus hautes juridictions. Les avocats n'ignorent pas l'intérêt d'invoquer la position de la Cour de cassation sur une question (surtout si elle est constante) et les juges sont tout aussi conscients du risque couru par leurs décisions lorsqu'ils s'en écartent. Les arrêts des juridictions suprêmes paraissent d'autant plus incontournables lorsqu'ils consacrent l'existence d'une coutume ou d'un principe général du droit, même si on continue à enseigner que le rôle des juges, sur ce point, se limite à en « découvrir » ou constater l'existence.

51. – En outre, l'article 6 du Code judiciaire ne s'applique qu'aux décisions rendues par des juridictions belges. Sans pouvoir entrer ici dans les nuances qu'exige une problématique aussi complexe, il paraît pour le moins difficile de nier toute dimension contraignante à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, les juridictions nationales sont tenues de respecter l'autorité de chose interprétée dont sont revêtus les arrêts des juridictions de l'Union, ce qui signifie que l'interprétation donnée doit être considérée comme « s'incorporant à la disposition dont elle explicite le contenu »⁽¹⁶⁴⁾. Il est également largement admis qu'une autorité de la chose interprétée s'attache aux arrêts définitifs de la juridiction strasbourgeoise au-delà même du cas jugé par celle-ci, et lie les juridictions belges dans leur interprétation de la Convention⁽¹⁶⁵⁾.

la jurisprudence comme source de droit, tout au moins à titre supplétif » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. I, pp. 21-23). Il faut préciser que l'objectif principal de l'article 5 de l'ancien Code civil était d'interdire au juge de légiférer, même si cette disposition a surtout été appliquée en France comme en Belgique pour sanctionner des décisions qui s'en référaient sans autre motivation à des précédents judiciaires (P. BELLET, « Servitudes et libertés du juge : les articles 4 et 5 du Code civil français », in G. HAARSCHER, L. INGBER et R. VANDER ELST (dir.), *Arguments d'autorités et arguments de raison en droit*, Bruxelles, Ed. Nemesis, 1988, pp. 153 et 157).

(164) J. BOULOUIS, « À propos de la fonction normative de la jurisprudence : remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, L.G.D.J., Paris, 1974, t. I, p. 157. Voy. également A. DEFOSSEZ et N. PETIT, « L'effet des arrêts de la Cour de justice et du tribunal de première instance des Communautés européennes », in G. DE LEVAL et F. GEORGES (dir.), *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Anthemis, CUP n° 102, 2008, p. 75 ; A. TURMO, « Une tentative peu convaincante de décrire la normativité de la jurisprudence », in *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 403-431.

(165) Voy. notamment Cass., 10 juin 2009, *J.T.*, 2009, liv. 6358, p. 431 ; *Pas.*, I, liv. 6-8, 1486 et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH. Sur l'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour, voy. F. KRENC, « L'effet des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *L'effet de la décision de justice : contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, Formation CUP, vol. 102, Liège, Anthemis, 2008, pp. 12-20. D'autres auteurs se montrent plus réservés et préfèrent parler d'autorité « jurisprudentielle [...] qui va bien plus loin qu'une autorité de pur fait » mais ne se confond pas « avec la technique du stare decisis ou avec l'autorité de la chose interprétée qui s'attache aux

52. – Enfin, et plus fondamentalement, la théorie du droit nous invite à adopter une conception plus subtile de la notion de règle contraignante. Le regretté M. van de Kerchove décrivait le caractère obligatoire de la jurisprudence comme étant l'obligation imposée au juge de tenir compte de la jurisprudence mais pas de s'y conformer dans tous les cas de figure, une « force obligatoire relative et “conditionnelle” » qu'on peut écarter si on a de bons « motifs » de retenir une autre interprétation de la loi⁽¹⁶⁶⁾. Comme le résume I. Hachez, et sauf à remettre en cause l'obligatorité comme condition de la reconnaissance en tant que source formelle, soit « on raisonne de manière binaire (absolument obligatoire/complètement dépourvu de force obligatoire) et l'on dénie dans ce cas la qualité de source à la jurisprudence », soit « l'on admet que la force obligatoire d'une norme juridique est susceptible de degrés, et la jurisprudence, qui émane de surcroît d'une autorité publique, peut alors prétendre à la qualification de source formelle au sens prédéfini »⁽¹⁶⁷⁾.

B. – *La doctrine*

53. – En ce qui concerne la doctrine, la question se pose en des termes partiellement comparables et partiellement différents.

54. – Tout comme la jurisprudence, et dans une mesure tout aussi peu objectivable, la doctrine a contribué de façon significative à l'évolution du droit privé. Les travaux préparatoires du nouveau Code civil le confirment, qui se réfèrent de façon abondante aux enseignements doctrinaux qui font autorité. Les praticiens ne l'ignorent pas et tant les avocats que les juges appuient leurs écrits et décisions sur les auteurs les plus reconnus dans leur domaine, ou sur telle ou telle question. À l'instar de la jurisprudence, mais de façon encore moins contestée, la doctrine se voit dénier tout caractère contraignant⁽¹⁶⁸⁾. La conclusion

arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne » (H. DUMONT et I. HACHEZ, « Repenser la souveraineté à la lumière du droit international des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 2017/4, pp. 349-350).

(166) M. VAN DE KERCHOVE, « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources ? », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, p. 706.

(167) I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *op. cit.*, p. 80.

(168) Tout comme pour la jurisprudence, c'est en raison de son absence de caractère contraignant que W. Van Gerven excluait la doctrine des sources formelles, tout en lui reconnaissant une force de persuasion (W. VAN GERVEN, *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen deel*, *op. cit.*, p. 46).

d'E. Dirix est sans appel : « La doctrine n'est pas non plus une source formelle du droit »⁽¹⁶⁹⁾.

55. – Il faut toutefois pointer une différence de taille entre la jurisprudence et la doctrine : la première émane, comme l'écrivait Géný, d'un « organe officiel de la justice » alors que la seconde est le fruit de réflexions de « savants dont l'opinion, exprimât-elle un sentiment collectif, ne traduit jamais que les efforts de raisons individuelles, sans aucun caractère, de publicité, et, pour ainsi dire, d'authenticité, qui l'impose à une raison, également indépendante »⁽¹⁷⁰⁾. La défense doctrinale de l'existence d'un principe général du droit ~~fait ainsi moins le~~ poids que sa consécration par la Cour de cassation et, en matière de droit administratif ou de droit constitutionnel, les arrêts respectivement du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle ont une autorité qui est difficilement concurrencée par les auteurs les plus autorisés (et ce, quelle que soit la qualité de ces décisions).

Aussi, les auteurs français présentent la doctrine « tantôt comme une autorité, tantôt comme une source »⁽¹⁷¹⁾. De Page qui, on l'a vu, cite la doctrine parmi les sources du droit, précise plus loin qu'elle « n'est pas une source directe et immédiate de droit », mais qu'elle agit « par personne interposée », de sorte que ce n'est que quand elle est reprise dans la loi ou la jurisprudence qu'elle fait partie du droit applicable⁽¹⁷²⁾. I. Hachez, enfin, préfère voir dans la doctrine une « source de droit » plutôt qu'une source *du* droit, ou encore une « source informelle », soit une catégorie tierce à la *summa divisio* source formelle/source matérielle⁽¹⁷³⁾.

C. – L'équité

56. – Un dernier mot, enfin, de l'équité. Alors qu'elle a, certes sous différentes formes, parcouru les siècles depuis l'antiquité jusqu'au droit

(169) E. DIRIX, « Les dispositions générales du Code civil », *op. cit.*, p. 16.

(170) Voy. la référence citée ci-avant, en note 150.

(171) C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *op. cit.*, p. 525. En 1982, déjà, J.-L. Souriaux soulignait « l'unanimité » qui existait « pour refuser dans notre système juridique la qualité de source du droit à la doctrine », qui « vaut non par raison d'autorité mais par l'autorité de la raison » (J.-L. SOURIAUX, « 'Source du droit' en droit privé », *A.P.D.*, 1982, p. 33). Le point de vue du philosophe offre un contraste saisissant. Ainsi, selon J.-L. Vullierme, la doctrine occupe parmi les sources du droit « un statut privilégié » dès lors qu'on peut envisager un droit sans loi, sans jurisprudence ou sans coutume, alors qu'il « n'est pas possible de concevoir un droit totalement dépourvu de doctrine, c'est-à-dire de toute méthode d'interprétation et de classement des sources » (J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit. (Spéculations sur les sources du droit) », *op. cit.*, p. 17).

(172) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. I, p. 23.

(173) I. HACHEZ, « Les sources du droit : de la pyramide au réseau et vice versa ? », *op. cit.*, p. 55.

naturel moderne, en passant par le Moyen-Âge chrétien, l'équité a difficilement survécu au positivisme juridique continental et à la crainte de l'arbitraire des juges. Elle accuse depuis, particulièrement en France où la doctrine lui conteste le statut de source de droit⁽¹⁷⁴⁾, un feu nourri qui l'a amenée à poursuivre dans l'ombre⁽¹⁷⁵⁾ les fonctions qui lui étaient traditionnellement assignées, à savoir combler les lacunes du droit positif, l'adapter aux circonstances individuelles voire l'écarter en cas de solution injuste⁽¹⁷⁶⁾.

En contraste avec la chape de plomb des années positivistes, une partie de la doctrine francophone semble s'être réconciliée avec la notion. L. Cadiet estime ainsi que « l'équité n'est pas une dimension exceptionnelle de l'office du juge ; c'est son principe même »⁽¹⁷⁷⁾, alors que J. Renauld y voit « l'un des postulats implicites de tout ordre juridique »⁽¹⁷⁸⁾ et qu'A. Papaux écrit qu'elle ne s'entend « pas seulement de ce qui anime la loi, le supplément d'âme qui lui permet d'atteindre au singulier – équité classique –, mais s'annonce encore comme une exigence de l'esprit démocratique contemporain et des sociétés multiculturelles »⁽¹⁷⁹⁾.

57. – On a déjà cité Portalis, lorsqu'il soulignait le rôle du magistrat chargé d'appliquer et d'interpréter « les maximes générales du droit » adoptées par le législateur. Il précisait dans la foulée qu'il incombait à ce même magistrat de suppléer, le cas échéant, aux lacunes législatives en recourant à l'équité⁽¹⁸⁰⁾. À sa suite, le législateur a lui-même reconnu,

(174) Comme l'écrivait Frédéric Moulon en 1846 : « Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi, car il est institué pour juger selon elle et non pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi et c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions sous prétexte que l'équité naturelle y résiste » (F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 5^e éd., Paris, Éd. Marescq et Dujardin, 1858, pp. 58-59).

(175) H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1931, pp. 157-158 (« Les juristes n'aiment pas à reconnaître son rôle [...] Le grand art est, alors, de masquer le besoin d'équité par des interprétations savantes et compliquées qui aboutissent, sans trop de scandale, à suppléer aux lois, ou à leur faire dire ce à quoi le législateur n'a jamais pensé ») ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Équité*, Justices n° 9, Dalloz, 1998, p. 91 (« Équité subreptice, équité secrète, enfouie dans la conscience du juge, l'équité déguisée s'exerce dans le respect apparent de la loi. Ce jugement d'équité a les apparences strictes d'un jugement rendu selon les règles de droit, ce qui lui permet d'échapper à la critique »).

(176) Voy. les réf. citées dans J. VAN MEERBEECK, *De la certitude à la confiance*, op. cit., pp. 428-431.

(177) L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », op. cit., p. 97.

(178) J. RENAULD, « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 1972, T. 2, p. 896.

(179) A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., coll. *Quid juris ?*, 2006, p. 206.

(180) « Discours préliminaire de Portalis », op. cit., p. 468. L'article 11 du titre V du Projet de l'an VIII prévoyait que, dans les matières civiles et à défaut de loi précise, le juge devait être « un ministre de l'équité » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit., t. 2, p. 7).

au fil des années, qu'on ne pouvait complètement se passer de l'équité, s'y référant dans les articles 683 (droit de passage), 915*bis* (usufruit du conjoint survivant), 1135 (« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») et 1386*bis* (le juge « statue selon l'équité » quand il s'agit de déterminer le dommage réparable causé par une personne atteinte d'un trouble mental) de l'ancien Code civil, sans oublier l'article 7 de la loi du 20 février 1991 sur les baux de résidence principale (révision du loyer).

58. – La Cour de cassation, pour sa part, s'est toujours montrée très prudente à l'égard de l'équité, à tout le moins en dehors du champ d'application des bases légales précitées⁽¹⁸¹⁾. Dans un arrêt du 20 février 1947, elle avait déjà précisé que « la faculté, pour le juge, de statuer en équité ne peut légalement fonder une notion inexacte des relations juridiques existant entre les parties »⁽¹⁸²⁾. Elle a jugé à plusieurs reprises par la suite que le juge n'avait pas le pouvoir de faire prévaloir l'équité sur la loi⁽¹⁸³⁾ et a souvent rappelé aux juges du fond les limites de leurs pouvoirs en la matière⁽¹⁸⁴⁾.

59. – La place accordée à l'équité dans le nouveau Code civil varie selon les livres concernés. Ainsi, alors que le livre 2 lui consacre plusieurs dispositions, l'article 2.3.70 évoquant même un « principe de l'équité », le terme n'apparaît pas dans le livre 5. L'article 5.71, successeur de l'article 1135 cité plus haut, dispose que le contrat « oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée ». Les travaux préparatoires confirment qu'il ne s'agit pas d'un oubli : « La notion d'équité est supprimée et remplacée par la notion de bonne foi (d'ailleurs, l'équité ne peut être utilisée à elle seule par le juge pour compléter ou pour modifier le contrat) »⁽¹⁸⁵⁾.

(181) Rare exception : le juge peut recourir à une évaluation d'un dommage en équité mais à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage (Cass., 3 mars 2008, *Pas.*, I, n° 597 ; Cass., 15 septembre 2010, *Pas.*, 2010, n° 522 ; Cass., 27 mai 2016, *R.G.A.R.*, 2017, liv. 2, n° 15363).

(182) Cass., 20 février 1947, *Pas.*, I, p. 80.

(183) Cass., 28 janvier 1967, *Pas.*, I, p. 650 ; Cass., 23 septembre 2005, *Pas.*, I, n° 1730.

(184) Cass., 16 février 2006, *Pas.*, I, p. 390 ; Cass., 7 septembre 2012, *Pas.*, I, p. 1619. C'est pourtant l'équité qui paraît être le fondement le plus crédible de la consécration par la Cour de cassation du principe de l'obligation *in solidum* dans son arrêt du 15 février 1886 (*Pas.*, I, p. 74 ; en ce sens, voy. B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 757).

(185) Proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 82.

Les auteurs du livre 1^{er} n'ont sans doute, pas davantage que ceux du livre 5, perdu de vue la notion d'équité, mais ils ont manifestement considéré que, à défaut d'être admise dans le club fermé des sources formelles, elle n'avait pas sa place dans l'article 1.1 du nouveau Code. E. Dirix a confirmé par la suite que l'équité n'était, pas davantage que la jurisprudence ou la doctrine, une source formelle du droit, et qu'elle ne constituait « qu'un point de départ dans l'interprétation des règles de droit et l'exercice des compétences »⁽¹⁸⁶⁾.

CONCLUSION

60. – On ne peut que se réjouir du fait que notre Code civil dispose enfin d'un article 1^{er} digne de ce nom, après quelques décennies de disette. Si l'intention du législateur était louable, il a cependant été confronté à plusieurs difficultés.

D'une part, il s'est montré plus ambitieux que prévu. Plutôt que de se limiter à énoncer les sources du droit privé, comme le titre de la disposition le suggère, ou la portée du Code civil, comme c'est souvent le cas de la disposition introductive d'une loi, le législateur a essayé de traiter les deux questions ensemble, sans nécessairement mesurer les implications de l'une et l'autre. Ainsi, en énonçant le champ d'application du Code civil, il a dû se prononcer sur l'articulation du droit privé et du droit public, terrain sensible sur le plan des principes, même si les cas d'application réellement problématiques seront sans doute peu nombreux.

D'autre part, l'énonciation des sources du droit privé s'est avérée plus controversée que prévu, d'autant que l'utilisation en apparence bénigne des termes « sans préjudice de » est de nature à susciter quelques réflexions quant à l'articulation entre le Code civil et ces autres sources. À nouveau, les *hard cases* (selon l'expression consacrée par la doctrine anglo-saxonne) ne seront peut-être pas légion, mais il faudra sans doute compter sur la doctrine et la jurisprudence pour clarifier les choses. Ironie du sort, ces dernières n'ont pas eu la chance d'accéder au rang privilégié de sources officielles du droit privé.

(186) E. DIRIX, « Les dispositions générales du Code civil », *op. cit.*, p. 16.

61. – On nous répliquera, à juste titre, que la critique est facile mais que l'art de légiférer l'est beaucoup moins⁽¹⁸⁷⁾. En effet, le diable n'est pas que dans les détails, il se faufile aussi dans les grands principes. En réalité, les meilleurs efforts du législateur ne pourront sans doute jamais donner tort à Portalis : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas »⁽¹⁸⁸⁾.

(187) Comme l'écrit Lon Fuller : « il est facile de voir que les lois devraient être exprimées clairement dans des règles générales qui valent pour l'avenir et sont portées à la connaissance du citoyen. Mais savoir comment, dans quelles circonstances et selon quel équilibre ces choses doivent être accomplies n'exige rien de moins que d'être un législateur » (L.L. FULLER, *La moralité du droit*, trad. par J. Van Meerbeeck, Presses de l'Université Saint-Louis, 2017, p. 102).

(188) « Discours préliminaire prononcé par Portalis », *op. cit.*, pp. 467-477.