

THE BELGIAN REPORTS
AT THE CONGRESS OF BRISBANE
OF THE INTERNATIONAL ACADEMY
OF COMPARATIVE LAW

RAPPORTS BELGES AU CONGRÈS
DE L'ACADÉMIE INTERNATIONALE
DE DROIT COMPARÉ
À BRISBANE

DE BELGISCHE RAPPORTEN
VOOR HET CONGRES
VAN DE « ACADÉMIE INTERNATIONALE
DE DROIT COMPARÉ » TE BRISBANE

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT

BRUXELLES

2 0 0 2

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT
ET PHILOSOPHIE DU DROIT

GENERAL LEGAL THEORY
AND LEGAL PHILOSOPHY

LES STRUCTURES DU SYSTÈME JURIDIQUE BELGE

PAR

Isabelle RORIVE

*Docteur en Droit, Assistante à la Faculté de Droit
de l'Université Libre de Bruxelles
(Centre de droit comparé et d'histoire du droit),
Research Fellow at the Centre for Socio-Legal Studies
(Oxford University – Wolfson College)*

1. *Introduction*
2. *Les branches du droit belge : l'enseignement traditionnel*
 - 2.1. La *summa divisio* : droit public et droit privé
 - 2.2. Les branches du droit public
 - 2.3. Les branches du droit privé
3. *Un premier regard critique : la part d'artifice de la présentation classique*
 - 3.1. Le manque de fondement de la *summa divisio*
 - 3.2. Le flou des frontières entre certaines branches du droit
 - 3.3. La nature controversée du droit pénal
 - 3.4. Le caractère hétéroclite des critères utilisés
 - 3.5. La question des nouveaux domaines de régulation
4. *Un second regard critique : la figure inadéquate du cloisonnement*
5. *Conclusion*

1. Introduction

Aujourd'hui, la figure du système est celle qui s'impose pour désigner le droit belge. Pareille conception, il ne faut pas l'oublier, est le résultat d'une longue évolution : « le processus même de systématisation semble s'amorcer dans nos régions à partir du XII^e siècle avec la double redécouverte de la logique aristotélicienne et du droit romain. Sous l'action combinée des canonistes soucieux d'opérer la mise en concordance de l'héritage romain et du droit canon, des juristes de cour

employés à consolider l'impérium du Prince et des praticiens attachés à la systématisation des pratiques du commerce, la rationalisation formelle, conceptuelle et systématique du droit progresse rapidement, encouragée encore par les besoins d'un enseignement universitaire des matières juridiques. Lorsqu'à l'âge classique s'impose le modèle de la *mathesis universalis*, le terrain est mûr pour son application au droit. Les théoriciens du droit naturel moderne s'y emploient qui proposent d'ambitieuses synthèses d'un droit idéal, intégralement rationnel. Ils seront bientôt relayés par les grands civilistes (Loysel, Pothier, Domat) qui tentent de transposer cet idéal à la mise en ordre – 'dans leur ordre naturel' – des lois civiles. Lorsque la Révolution achèvera le processus de liquidation de l'ancien droit et que la bourgeoisie sera parvenue à imposer le régime politique et les cadres juridiques correspondant au poids économique qu'elle représente, le droit prendra la forme centralisée et codifiée que nous lui connaissons encore aujourd'hui »¹.

En tant que système, le droit belge s'organise autour de catégories juridiques, « c'est-à-dire des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun »². Les normes constituent les éléments par excellence d'un tel système. Elles sont rangées dans des catégories que l'on nomme *branches du droit*. C'est de cette structuration-là, basée sur le contenu du produit juridique, dont il sera question. Il ne s'agira pas ici d'envisager l'ordre juridique belge au travers des formes sous lesquelles il s'élabore. Une telle étude porterait sur les sources de formulation du droit et ne révélerait pas forcément les structures sur lesquelles s'articule le système juridique.

Le droit belge, comme d'ailleurs l'ensemble des droits qui relèvent de la famille dite romano-germanique³, fait l'objet d'une scission majeure entre, d'une part, le droit public et, d'autre part, le droit privé. C'est sur la base de cette *summa divisio* que se réalise traditionnellement l'agencement des autres catégories juridiques. Si le droit belge était un arbre, il serait doté de deux branches maîtresses sur lesquelles se grefferait l'ensemble de ses autres ramifications.

¹ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 11.

² J.-L. BERGEL, *Méthodes du droit. Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, 2^e éd., p. 193, n^o 180.

³ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1988, 9^e éd., p. 84.

Nous verrons que cette vision majestueuse serait utilement remplacée par celle de la *broussaille*. La métaphore de la broussaille rend incontestablement mieux compte d'une réalité caractérisée à la fois par l'enchevêtrement des catégories qui organisent le système juridique belge et par le caractère transversal des mutations qui l'affectent aujourd'hui.

Mais, quel est donc cet arbre qui s'est transformé en broussaille, ou plutôt, quelle est cette broussaille qui a pris le nom d'arbre ?

2. Les branches du droit belge : l'enseignement traditionnel

2.1. LA *SUMMA DIVISIO* : DROIT PUBLIC ET DROIT PRIVÉ

C'est à Ulpien (170-228), juriconsulte romain conseiller d'Alexandre Sévère, que l'on doit cette *summa divisio*. Dans une formule bien connue⁴ rapportée au *Digeste*, l'ensemble du droit romain, qualifié de 'droit civil' par référence au 'droit des citoyens', est scindé en droit public et en droit privé⁵.

Le droit public « peut être défini comme la branche du droit qui régit, au sein des Etats, le statut des gouvernants ainsi que les rapports entre ces derniers et les gouvernés »⁶. Ainsi entendue, la notion de droit public s'oppose à la notion de droit privé. Ce dernier comprend « l'ensemble des règles régissant les rapports entre particuliers »⁷.

Ce n'est pas tant la qualité des parties en cause que le caractère de leur relation qui détermine la nature publique ou privée de la règle applicable. Il ne suffit donc pas que l'Etat intervienne dans un rapport social générateur de droit pour que celui-ci tombe dans le champ du droit public. Si l'Etat achète un immeuble pour y abriter son administration, il agit en tant que personne privée et ce sont les règles du Code civil relatives à la vente qui seront applicables. A

⁴ *Publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (Dig. I, 1, 1).

⁵ Sur les origines de la *summa divisio*, voir A. RIGAUDIÈRE, « Pratique politique et droit public », *Arch. phil. dr.*, 1997, t. 1 : Le privé et le public, p. 83-114.

⁶ J. VELU (avec la collaboration de Ph. QUERTAINMONT et de M. LEROY), *Droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1986, t. I : « Le statut des gouvernants », p. 13.

⁷ J. GILLAIN, *Introduction au droit et éléments de droit civil*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2000, p. 87.

l'inverse, lorsque l'Etat exproprie un particulier pour obtenir un tel immeuble, il agit en tant que puissance publique et son acte relève du droit public⁸.

2.2. LES BRANCHES DU DROIT PUBLIC

La notion de droit public qui, dans son acception large, « recouvre toutes les manifestations de la puissance publique »⁹ est elle-même éclatée en différentes catégories. On y range habituellement le droit public au sens restreint ou droit constitutionnel, le droit administratif, le droit budgétaire, le droit fiscal, le droit pénal et la procédure pénale, le droit judiciaire privé et une partie du droit social¹⁰.

Le droit constitutionnel « est la partie du droit public au sens large qui comprend l'ensemble des règles essentielles fixant au sein de l'Etat, d'une part, l'organisation, le fonctionnement et les attributions des organes supérieurs de la puissance publique et, d'autre part, le contenu et les garanties des droits fondamentaux de l'individu »¹¹. Le domaine du droit constitutionnel ne se limite donc pas aux rouages de l'Etat articulés autour des trois pouvoirs qui émanent de la Nation. Relèvent également de son champ d'application les droits et libertés individuels¹².

Les règles du droit constitutionnel ne sont pas toutes consignées dans la Constitution. La charte fondamentale de la Belgique a été complétée et adaptée aux réalités sociales par la cristallisation de coutumes à valeur constitutionnelle. En outre, certains aspects de cette matière sont réglés par le législateur¹³.

⁸ Voir H. BOCKEN and W. DE BONDT (ed.), *Introduction to Belgian Law*, Bruxelles, Bruylant, The Hague - London - Boston, Kluwer Law International, 2001, p. 44.

⁹ J. VELU, o. c., 1986, t. I, p. 15.

¹⁰ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1933, 1^{ère} éd., p. 8, n° 1; J. VELU, o. c., 1986, t. I, p. 15; J. GILLAIN, o. c., 2000, p. 91; H. BOCKEN and W. DE BONDT (ed.), o. c., 2001, p. 44-45.

¹¹ J. VELU, o. c., 1986, t. I, p. 16.

¹² Voir F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

¹³ Il arrive que ce soit le Constituant lui-même qui confie au législateur la mission de régler une matière particulière. Parmi ces législations, une attention particulière doit être réservée aux lois spéciales, véritables compléments de la Constitution. Voir, par exemple, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (*M.B.*, 7 janvier 1989).

La démarcation entre le droit constitutionnel et le **droit administratif** s'opère par la distinction entre, d'une part, les gouvernants proprement dits qui prennent les décisions de principe et assurent au plus haut niveau la conduite des affaires de l'Etat et, d'autre part, les administrateurs qui mettent ces décisions en œuvre et veillent à l'exécution quotidienne des normes législatives et au bon fonctionnement des services publics¹⁴. On entend ainsi par droit administratif « la branche du droit public traitant de l'organisation, de la compétence et du fonctionnement de l'Etat dans les différents domaines où le législateur en a décidé le principe, ainsi que des collectivités décentralisées »¹⁵. Les prérogatives de la puissance publique et les lois du service public sont les domaines par excellence de cette branche du droit. Celle-ci vise également des matières plus spécialisées telles que l'aménagement du territoire ou le droit de l'expropriation.

Les principes qui régissent l'action administrative sont, pour certains, inscrits dans la Constitution. La plupart sont consignés dans des législations éparses qui n'ont jamais fait l'objet d'une codification d'ensemble. Le Conseil d'Etat, créé par une loi du 23 décembre 1946, a largement contribué à l'élucidation des principes qui gouvernent le droit administratif. Une *partie* des litiges qui mettent en jeu les règles de droit administratif est ainsi confiée à des juridictions spécialisées dont l'organisation et les règles de procédure relèvent du **contentieux administratif**.

Le **droit budgétaire** ou droit des finances publiques « règle les opérations relatives aux deniers de l'Etat et des autres personnes publiques : établissement et exécution des budgets, tenue de la comptabilité, émission d'emprunts »¹⁶. La Constitution en arrête les principes fondamentaux, comme, par exemple, celui de l'annualité du budget (art. 174).

Le **droit fiscal** règle l'établissement et la collecte de l'impôt¹⁷. Il s'organise autour des notions d'impôts directs et d'impôts indi-

¹⁴ J. VELU, o. c., 1986, t. I, p. 17-18; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, t. I, p. 5.

¹⁵ M.-A. FLAMME, o. c., 1989, t. I, p. 5.

¹⁶ E. CEREXHE (avec la collaboration de J.-L. VAN BOXSTAEL), *Introduction à l'étude du droit - Les institutions et les sources du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 420. Pour une introduction en la matière, voir G. BROUHNS, *La nouvelle organisation du budget de l'Etat*, Bruxelles, E. Story-Scientia, coll. Tout savoir sur, 1990, 2^e éd.

¹⁷ Consulter M. DASSESSE et P. MINNE, *Droit fiscal : principes généraux et impôts sur les revenus*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 4^e éd.

rects. Les premiers frappent des situations qualifiées de durables (patrimoine, travail, *etc.*) et sont payés directement par le contribuable à l'administration fiscale. Les seconds sont prélevés à l'occasion d'opérations au cours desquelles des biens sont mis en circulation (taxe sur la valeur ajoutée pour l'achat d'un bien meuble, droits d'enregistrement pour l'acquisition d'un bien immeuble, *etc.*).

Le droit fiscal fait l'objet d'une multitude de législations (dont le Code des impôts sur les revenus ou le Code de la T.V.A.) et de réglementations diverses. Des dispositions constitutionnelles en fixent les principes fondamentaux : nature législative de l'impôt (art. 170), annualité de l'impôt (art. 171), égalité devant l'impôt (art. 172), *etc.*

Le droit pénal a « pour objet de créer, de modifier ou de supprimer un ensemble d'infractions et de peines correspondantes »¹⁸. Les règles du droit pénal ainsi défini sont étroitement liées aux règles d'organisation, de compétence et de procédure qui en assurent la mise en œuvre concrète. Ces dernières relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler le droit de la procédure pénale, lequel fait l'objet du Code d'instruction criminelle de 1808.

Le droit pénal est lui-même divisé en droit pénal général et en droit pénal spécial. Le premier fixe les principes qui ont vocation à régir l'ensemble des comportements pénalement punissables (application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace, régime de la tentative, de la participation et de la récidive, causes de justification et d'excuses, circonstances atténuantes et circonstances aggravantes, classification et extinction des peines, *etc.*). Les cent premiers articles du Code pénal du 8 juin 1867 règlent les questions de droit pénal général. Quant au droit pénal spécial, il détermine les modalités des infractions particulières. On parle de droit pénal des affaires lorsque la 'criminalité en col blanc' est visée¹⁹. Outre la deuxième partie du Code pénal, de nombreuses dispositions de droit pénal spécial sont insérées dans des lois particulières.

Le droit judiciaire privé comprend « l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en œuvre et la sanction de leurs

¹⁸ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, E. Story-Scientia, Kluwer, 1999, 5^e éd., p. 129.

¹⁹ Outre la référence citée à la note précédente, voir aussi Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 2^e éd., p. 26 et s.

droits »²⁰. Comme pour le droit de la procédure pénale, il s'agit de procurer leur pleine efficacité à des règles de fond. Le droit judiciaire privé est en quelque sorte un « droit d'accompagnement »²¹ d'autres branches du droit, plus particulièrement du droit civil, du droit commercial et du droit du travail, sans omettre certains aspects de droit fiscal et de droit administratif.

A nouveau, le Constituant a arrêté plusieurs principes généraux en la matière, comme la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire pour « les contestations qui ont pour objet des droits civils » (art. 144) et leur compétence de droit commun pour « les contestations qui ont pour objet des droits politiques » (art. 145). Pour le reste, le cœur du droit judiciaire privé se trouve dans le Code judiciaire du 10 octobre 1967, tel qu'il est interprété et complété par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Le droit de la sécurité sociale « est la partie du droit social qui protège tout ou partie de la population contre les risques sociaux, en lui assurant des revenus de complément ou de remplacement »²². Ces risques sociaux sont multiples. Ils vont de la maladie au décès, en passant par l'invalidité, de la maternité à la vieillesse, de l'accident du travail au chômage, etc.

La sécurité sociale telle qu'on la connaît aujourd'hui est née avec l'arrêté-loi du 28 décembre 1944. Réservée initialement aux seuls travailleurs salariés, elle a progressivement été étendue aux travailleurs indépendants et à des non-travailleurs. Elle s'articule aujourd'hui encore autour de ces catégories de personnes dont les droits aux prestations diffèrent considérablement.

2.3. LES BRANCHES DU DROIT PRIVÉ

Traditionnellement, le droit privé est divisé en deux parties : le droit civil et le droit commercial. Aujourd'hui, la majorité des auteurs y incluent également le droit du travail²³.

²⁰ A. FETTWEIS, A. KHOL et G. DE LEVAL, *Droit judiciaire privé*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 1976, 4^e éd., fas. 1., p. 2. Ces auteurs reprennent la définition proposée par Solus et Perrot dans leur *Droit judiciaire privé*.

²¹ E. CEREXHE, o. c., 1992, p. 432.

²² E. CEREXHE, o. c., 1992, p. 426. Voir aussi, C. WANTIEZ, *Introduction au droit social*, Bruxelles, De Boek Université, 1999, 5^e éd., p. 6.

²³ H. BOCKEN and W. DE BONDT (ed.), o. c., 2001, p. 45. *Contra* : E. CEREXHE, o. c., 1992, p. 420 et 424.

Dans la conception classique qui reste largement dominante, le droit civil représente la branche du droit privé par excellence. L'enseignement du professeur Henri De Page est significatif à cet égard. Lorsque l'éminent auteur constate qu'au XX^e siècle, le droit civil n'est plus « *qu'une des branches du droit privé* », il s'empresse d'ajouter qu'il « *en demeure néanmoins la partie essentielle* ». Et de continuer : « *Il conserve encore de nos jours ce caractère de supériorité, de dignité du jus Quiritium, dont les romains étaient si fiers. Il le conserve parce que, comme première forme de la règle de droit dans le temps, il devint, par la force même des choses, le depositaire traditionnel de toute l'histoire des relations juridiques entre individus, le symbole d'une science et d'une expérience remontant aux origines mêmes des sociétés. Il demeure la charte fondamentale des rapports qui se forment entre citoyens envisagés de la manière la plus générale, en tant qu'hommes, abstraction faite de leurs professions. C'est à ce titre qu'il synthétise les grands principes qui dominent, dans les rapports d'intérêt privé, l'activité 'civile', c'est-à-dire l'activité juridique fondamentale. Il fixe les notions essentielles qui commandent et vivifient toutes les autres, quelles que soient leur nature et leurs modalités. Il est, parmi les rameaux spécialisés du droit privé, le vieux tronc qui les forma, et leur dispense encore sève et vie* »²⁴.

Le droit civil est ainsi « *la partie du droit privé qui constitue le droit commun des rapports entre particuliers et qui leur est applicable dans la mesure où ces rapports n'appartiennent pas à une catégorie de relations juridiques régie par une branche du droit distincte* »²⁵.

Même si l'ensemble du droit civil n'est plus de nos jours contenu dans le Code civil (ou *Code Napoléon*) promulgué originairement en 1804, ses divisions restent largement influencées par la structure de ce Code. Les principaux domaines du droit civil sont ainsi :

- le droit des personnes, relatif à la condition juridique des individus. Il comprend traditionnellement les notions de nom, de domicile, d'état civil et d'attributs de la personnalité ;
- le droit de la famille : dans ses aspects personnels, il règle notamment le mariage et la parenté ; dans ses aspects patrimoniaux, il concerne les régimes matrimoniaux et les successions, auxquelles se rattachent les libéralités ;

²⁴ H. DE PAGE, *o. c.*, 1933, p. 9, n° 2.

²⁵ E. CEREXHE, *o. c.*, 1992, p. 421.

- le droit des biens qui procède à leur classification (entre biens meubles et biens immeubles) et qui définit les droits dont ils sont susceptibles de faire l'objet;
- le droit des obligations qui détermine leurs sources (acte ou fait juridique), leurs modes de transmission (cession de créances, subrogation personnelle, etc.), leurs modes d'extinction (paiement, force majeure, etc.), et bien d'autres choses encore;
- le droit des contrats spéciaux qui règle plus particulièrement le régime juridique applicable à certains contrats dit 'nommés', comme la vente, le contrat d'entreprise, le bail, etc.

Au côté du droit civil, le droit commercial fait classiquement figure de droit d'exception. Il n'empêche que le droit commercial emprunte un nombre important de concepts et d'institutions au droit civil. Le cloisonnement entre ces deux branches du droit est donc loin d'être absolu. Le droit commercial comprend « l'ensemble des règles propres aux actes de commerce ou aux commerçants »²⁶. Il « s'applique aux actes réputés commerciaux par la loi et [il] définit le statut de commerçant »²⁷. Issu du *ius mercatorum* de l'ancien droit, le droit commercial entend répondre aux besoins propres de la vie des affaires et notamment à l'exigence de célérité et de sécurité que rencontrent mal certaines règles du droit civil. Ainsi, pour satisfaire au rythme des échanges commerciaux, le régime de la preuve est moins exigeant en cette matière. Par ailleurs, afin de réduire les risques liés à l'insolvabilité de débiteurs particuliers, le principe de la division de la dette entre codébiteurs s'est vu supplanté par celui de la solidarité en vertu duquel chaque codébiteur est tenu au paiement de l'intégralité de la créance.

Une partie du droit commercial est encore aujourd'hui contenue dans le Code de commerce promulgué en 1807. Les profondes transformations du monde économique ont toutefois entraîné de nombreux remaniements normatifs et, à l'heure actuelle, le Code de commerce se présente plus comme un amas de dispositions désordonnées que comme un véritable Code, sans compter les nombreuses législations particulières qui se sont développées en marge de celui-ci. Au vu de l'explosion que connaît cette matière, l'on a désormais tendance à parler de droit économique. Cette nouvelle branche du

²⁶ M. DE WOLF, *Éléments de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant - Erasme, 1999, p. 9.

²⁷ E. CEREXHE, *o. c.*, 1992, p. 423.

droit particulièrement vaste englobe le droit des sociétés, le droit bancaire et financier et le droit commercial au sens strict, auquel se rattache le droit maritime et le droit aérien.

Le droit du travail, la troisième branche du droit privé, est également conçu comme un droit d'exception au droit civil. « *Il régleme les rapports qu'engendre l'exercice d'une activité de travail salarié* »²⁸. Autrement dit, c'est « *la partie du droit social qui s'applique aux relations individuelles et collectives de travail qui se nouent entre les employeurs privés et les travailleurs placés sous leur autorité, ainsi qu'aux rapports que ceux-ci ont avec les autorités publiques, dans le cadre de ces relations* »²⁹. Ce n'est qu'à la fin du dix-neuvième siècle que les relations de travail commencèrent à être soustraites au régime de la liberté contractuelle et à l'interdiction des associations professionnelles héritées de la Révolution. L'effet de tels principes se révéla désastreux pour la condition ouvrière dans une société industrielle en plein essor et entraîna un mouvement de contestation important. Progressivement, le caractère essentiellement asymétrique de la relation de travail, dû à la dépendance économique qui lui est inhérente, fut compensé par des normes impératives destinées à protéger les travailleurs. A l'instrument législatif, c'est aujourd'hui substituée une autre source de régulation : les conventions collectives de travail qui sont le résultat de négociations entre les groupements de travailleurs et les groupements d'employeurs. Il n'en reste que le rôle du législateur demeure fondamental dans cette matière. La loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail constitue toujours à l'heure actuelle la pierre angulaire du droit du travail.

3. Un premier regard critique : la part d'artifice de la présentation classique

Une construction fragile bâtie sur des fondations instables, telle est l'image à laquelle renvoie la présentation classique des structures du droit belge. A tout le moins cinq considérations supportent ce bilan : (1) la *summa divisio* fait l'objet de controverses ; (2) les lignes de partage entre les divers domaines juridiques sont nébuleuses ; (3) le droit pénal rencontre des problèmes d'identité ;

²⁸ C. WANTIEZ, *o. c.*, 1999, 5^e éd., p. 6.

²⁹ E. CEREXHE, *o. c.*, 1992, p. 424.

(4) l'anarchie règne parmi les critères à la base des divisions en catégories juridiques; (5) les nouveaux domaines de régulation ne peuvent se couler de manière satisfaisante dans le moule existant.

3.1. LE MANQUE DE FONDEMENT DE LA *summa divisio*

Compte tenu du rôle central attribué à la distinction entre droit public et droit privé, l'on aurait pu s'attendre à ce que ses fondements soient incontestés. Or, il n'en est rien. Pas moins de trois types de critères ont été proposés pour établir la *summa divisio*. Pour les uns, la différenciation repose sur le contenu des règles, selon qu'elles assurent la mise en œuvre des intérêts généraux de la communauté ou qu'elles concernent des intérêts privés. Pour les autres, le critère déterminant est à trouver dans la forme des actes juridiques, selon que l'acte générateur d'obligations est ou non fondé sur le libre accord de volontés et donne lieu à l'application de règles d'ordre public ou de règles supplétives. Enfin, certains auteurs considèrent qu'il faut avoir égard à la qualité des personnes en cause, le droit public étant d'application dès qu'un gouvernant est partie à un rapport juridique³⁰.

A l'examen, il apparaît qu'aucun critère ne permet de fonder de façon convaincante la *summa divisio*. Selon Paul Orianne, « il est certain que, pour le profane, cette incapacité du droit, dans le discours qu'il tient lui-même, à justifier clairement le fondement et les critères d'une distinction qu'il considère comme fondamentale et qu'il pratique couramment est le signe d'une évidente contradiction. Elle pèse lourdement sur l'enseignement du droit lui-même, chaque fois qu'il est forcé de s'y référer sans pouvoir fournir à son sujet autre chose que des explications embarrassées »³¹.

La *summa divisio* manque donc d'une assise essentielle. Loin d'être une distinction naturelle, elle serait l'héritage « des structures du mode de production capitaliste », en ce sens qu'elle permettrait d'asseoir la rationalité de l'État bourgeois et assurerait, par là, la

³⁰ Pour plus de détails à ce sujet, voir M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, éd. François Maspéro, 1976, p. 175-176; P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1982, p. 95-99; J. VELU, o. c., 1986, t. I, p. 13-14; E. CEREXHE, o. c., 1992, p. 416-417.

³¹ P. ORIANNE, o. c., 1982, p. 101.

mise en place de l'idéologie et des institutions de cet Etat comme instance autonome dans la formation sociale ³².

3.2. LE FLOU DES FRONTIÈRES ENTRE CERTAINES BRANCHES DU DROIT

La ligne de partage n'est pas toujours très nette entre les catégories dépendant de la *summa divisio*. L'exemple du droit public est à cet égard significatif. « De même, enseigne le professeur Velu, qu'il n'y a pas de frontière précise entre le droit public au sens large et le droit privé, il n'y a pas de ligne de démarcation très nette entre le droit public au sens restreint et les autres branches du droit public. On a pu dire que le droit constitutionnel est formé 'par des têtes de chapitres qui se prolongent dans les autres branches du droit public et en particulier du droit administratif' » ³³.

De surcroît, l'étiquette que le législateur accole à son œuvre peut être source de confusion. Le Code civil contient ainsi des dispositions étrangères au droit civil proprement dit. L'on songe, par exemple, aux règles relatives au domaine public (art. 538 et s.) et aux servitudes d'utilité publique (art. 649 et s.) qui sont traditionnellement rattachées au droit administratif.

3.3. LA NATURE CONTROVERSÉE DU DROIT PÉNAL

L'appartenance du droit pénal au droit public ne va pas de soi ³⁴. Même si la controverse a surtout fait rage en France ³⁵, le monde juridique belge n'y a pas été insensible. D'après les professeurs Tulkens et van de Kerchove, l'affirmation selon laquelle l'infraction pénale constitue uniquement une atteinte à l'intérêt public mérite d'être nuancée à deux égards.

En premier lieu, le droit pénal prête son appui à des règles appartenant à d'autres branches du droit et notamment à des règles de droit privé. Ainsi, l'infraction de vol protège le droit de propriété,

³² M. MIAILLE, *o. c.*, 1976, p. 181-182.

³³ J. VELU, *o. c.*, 1986, t. I, p. 17 (c'est l'auteur qui souligne).

³⁴ M. KÖHLER, « Le droit pénal entre public et privé », *Arch. phil. dr.*, 1997, t. 1 : Le privé et le public, p. 199-206.

³⁵ En France, le droit pénal est traditionnellement rattaché au droit privé. Voir J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil : introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 1994, 4^e éd., p. 73.

celle de bigamie soutient l'institution du mariage, la prohibition pénale du port de fausse identité sert le régime civil du nom, etc. Il s'ensuit « un phénomène de 'superposition', voire d'"interférence" entre [ces] intérêts 'privés' (...) et l'intérêt 'public' que protège la règle pénale elle-même. Si la coexistence des actions civile (mise en œuvre par la victime) et publique (mise en œuvre par le ministère public) à l'occasion de la commission d'une même infraction illustre clairement cette superposition d'intérêts, le mécanisme de constitution de partie civile devant une juridiction répressive peut illustrer leur éventuelle interférence sous la forme d'un véritable 'intérêt privé à la répression pénale' »³⁶.

En second lieu, une série d'indices témoignent « d'une tendance récente à la 'privatisation' de certains aspects du droit pénal »³⁷ : la décriminalisation de comportements qui n'emportent en conséquence plus que des sanctions civiles (comme l'adultère en 1987); le rôle de plus en plus important que joue le souci d'assurer à la victime d'une infraction une réparation de son dommage civil dans la politique adoptée par le ministère public en matière de poursuites; l'association croissante d'agents privés à la prévention, à la détection et à la sanction des infractions; le renforcement de la place de la victime dans les différentes phases de l'exercice de l'action publique. « Si de tels indices ne suffisent sans doute pas à ébranler radicalement aujourd'hui le rattachement global du droit pénal au droit public, ils révèlent clairement à la fois la relativité et le caractère éventuellement fluctuant d'un tel rattachement »³⁸.

3.4. LE CARACTÈRE HÉTÉROCLITE DES CRITÈRES UTILISÉS

La catégorisation du système juridique belge en branches du droit ne repose pas, il s'en faut de beaucoup, sur des traits constants. L'impératif de cohérence qui sous-tend toute méthode de classification lui fait largement défaut.

Des catégories élaborées selon des points de vue très différents se côtoient, qu'il s'agisse des parties à la relation juridique (pour la division entre droit public et droit privé), de la procédure spécifique qui régit l'application de la règle (pour le droit fiscal), de l'objet

³⁶ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, o. c., 1999, p. 131.

³⁷ *Ibid.*, p. 132.

³⁸ *Ibid.*, p. 136.

matériel des normes (pour le droit économique), du but immédiat de la réglementation (la protection des travailleurs pour le droit social, la facilitation des échanges pour le droit commercial, l'incitation à la création et à la divulgation de celle-ci pour les droits intellectuels), etc.

Dans la même ligne, mais à l'échelle particulière du droit civil, se pose la question de la cohérence dont peuvent se prévaloir les catégories qui se définissent par des critères multiples : le titulaire du droit pour 'les personnes', l'objet du droit pour 'les biens', la manière dont se crée un lien juridique pour 'les obligations', etc ?

3.5. LA QUESTION DES NOUVEAUX DOMAINES DE RÉGULATION

L'émergence de catégories nouvelles ne s'accompagne pas de changements structurels avoués. Les derniers nés sont le plus souvent coulés dans le moule existant et reçoivent une partie des attributions des catégories traditionnelles. L'exemple de la « propriété » intellectuelle est éloquent à cet égard.

Or, avec l'émergence de l'Etat-providence après la deuxième guerre mondiale, l'intervention des autorités publiques a porté sur des aspects de la vie sociale et économique de plus en plus étendus. Les branches du droit qui sont le produit de cette tendance (droit de la sécurité sociale, droit des médias, droit de l'environnement, etc.) revêtent un caractère mixte, à la fois public et privé que les structures actuelles du système juridique ne permettent pas de traduire ³⁹.

De même, la rigidité de la présentation classique a parfois empêché une branche du droit d'inclure de nouveaux domaines de réglementation qui lui revenaient naturellement. Le cas du droit commercial est particulièrement révélateur. Les professeurs Van Ryn et Heenen enseignent à cet égard que le domaine réel du droit commercial vise « toutes les règles qui répondent aux besoins propres de l'activité économique. Il englobe donc, outre le commerce proprement dit et l'industrie, la production elle-même, dans la mesure où elle se réalise dans le cadre d'entreprises structurées et organisées (...). Il comprend aussi la réglementation économique en général, de plus en plus complexe, et notamment les moyens d'action que se réservent les

³⁹ H. BOCKEN and W. DE BONDT (ed.), o. c., 2001, p. 44.

pouvoirs publics en vue d'exercer leur influence sur l'évolution de l'économie du pays. »⁴⁰ Ces auteurs constatent toutefois que, pour des raisons d'ordre historique, le domaine formel du droit commercial est beaucoup plus étroit. « *Si le droit commercial a pu annexer (...) à son domaine des territoires nouveaux et importants, il n'englobe cependant pas encore tous les secteurs de l'activités économique. Les règles traditionnelles du droit commercial ont été rendues applicables aux entreprises industrielles, aux banques, aux entreprises financières, ainsi qu'aux activités complémentaires du négoce (transport, courtage, commission, assurance). Mais les activités relatives à la production (entreprises minières et agricoles), certaines opérations immobilières, les activités artisanales et les entreprises économiques auxquelles participent les pouvoirs publics, restent, dans une mesure plus ou moins large, en dehors du domaine formel du droit commercial. Cette limitation arbitraire qui méconnaît la réalité, entraîne des conséquences regrettables (l'inapplicabilité du régime de la preuve commerciale ou celle de la faillite, par exemple) et est une source de confusion.* »⁴¹

4. Un second regard critique : la figure inadéquate du cloisonnement

La structuration traditionnellement reçue du système juridique belge repose donc sur des bases à la fois chancelantes et floues. Elle omet en outre de rendre compte de la dynamique qui les anime. Le manque d'étanchéité entre ces catégories évolue en effet au fil du temps. Ne dit-on pas que le droit civil se commercialise ? N'observe-t-on pas un mouvement subtil entre droit public et droit privé lorsque l'on parle d'une publicisation de ce dernier qui se double d'une privatisation du premier ? Certaines branches du droit plus récentes révèlent d'ailleurs dans leur intitulé même leur caractère hybride. Qu'il suffise de penser au « droit pénal des affaires » ou au « droit pénal social ».

Les différentes catégories juridiques se recourent et se superposent en maints endroits. Aujourd'hui, elles sont de surcroît traver-

⁴⁰ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 2^e éd., t. I, p. 6.

⁴¹ *Ibid.*, p. 7-8.

sées par des mouvements plus généraux qui bouleversent l'équilibre déjà délicat sur lequel elles reposent ⁴².

Il en est ainsi du mouvement sensible de constitutionalisation du droit. En termes simples, ceci signifie que « *les droits fondamentaux des individus, tels qu'ils sont garantis depuis toujours par nos constitutions, sont mobilisés de plus en plus souvent et même invoqués à tout bout de champ, pour régler, dans tous les domaines de la vie sociale et quotidienne, les relations des citoyens à l'égard des pouvoirs publics mais aussi vis-à-vis de leurs employeurs, des membres de leur famille ou de leurs voisins... Dès qu'un litige survient, on découvre presque toujours qu'il met en jeu un principe, une liberté, un droit fondamental. Et les juges se voient chargés d'amortir les chocs que suscite l'exercice des prérogatives antagonistes, entre la liberté d'expression des uns et le droit à la vie privée des autres pour ne citer qu'un exemple.* » ⁴³ Cette tendance, relayée en partie par l'instauration de la Cour d'arbitrage, est en outre accentuée par l'emprise grandissante de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit national, emprise qui se caractérise par le rôle que joue la Cour de Strasbourg dans la protection de ces droits et libertés fondamentales.

L'internationalisation, et plus particulièrement l'eupéanisation de notre droit, a également une incidence sur l'agencement des structures de celui-ci. Le développement du droit européen ébranle ainsi la séparation des sphères publiques et privées. « *De façon très spectaculaire, ce droit a abouti à la fois à limiter très nettement la souveraineté des Etats sur leurs services publics et des acteurs économiques privés sur leurs droits de propriété. La logique du marché et de l'intérêt économique général prime désormais sur l'autonomie des personnes publiques ou privées* » ⁴⁴.

Aux phénomènes de constitutionalisation et d'eupéanisation du droit s'ajoute celui de sa procéduralisation. D'une part, les règles de procédure sont de plus en plus nombreuses aux côtés des règles de droit substantiel. D'autre part, les modes de résolution des conflits se diversifient en marge de l'intervention traditionnelle du pouvoir

⁴² Pour des développements plus généraux sur cette question, consulter B. FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », *Réseaux*, 2000, n° 88-90, p. 67-76; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000, p. 1-83.

⁴³ B. FRYDMAN, *o. c.*, *Réseaux*, 2000.

⁴⁴ A. WINCKLER, « Public et privé : l'absence de préjugé », *Arch. phil. dr.*, 1997, t. 1 : Le privé et le public, p. 301.

judiciaire, comme l'attestent notamment la multiplication des enquêtes parlementaires, le recours à l'arbitrage, à la transaction (qu'elle soit pénale, civile ou administrative), à la médiation (sous ses formes pénale, familiale ou civile), etc.

L'on ne peut que déplorer que, de par son côté statique, la division en branches du droit se révèle incapable de prendre en compte les mouvements qui traversent le système juridique belge et qui, de fait, en affectent les structures mêmes.

5. Conclusion

Dans le champ de l'histoire naturelle, « *la structure, c'est, selon Michel Foucault, cette désignation du visible qui, par une sorte de tri prélinguistique, lui permet de se transcrire dans le langage. Mais la description ainsi obtenue n'est rien de plus qu'une manière de nom propre : elle laisse à chaque être son individualité stricte et n'énonce ni le tableau auquel il appartient, ni le voisinage qui l'entoure, ni la place qu'il occupe. Elle est pure et simple désignation. Et pour que l'histoire naturelle devienne langage, il faut (...) qu'elle réunisse en une seule opération ce que le langage de tous les jours tient séparé : elle doit à la fois désigner très précisément tous les êtres naturels et les situer en même temps dans le système d'identités et de différences qui les rapproche et les distingue des autres. L'histoire naturelle doit assurer d'un seul tenant, une désignation certaine et une dérivation maîtrisée.* »⁴⁵

La structuration du droit belge en différentes branches n'est-elle pas dans une large mesure une 'pure et simple' affaire de désignation? Ne s'apparente-t-elle pas à une vision dépassée du système qui s'attache à l'aspect morphologique des choses en omettant de prendre en compte leur dynamique propre? Ne néglige-t-elle pas de mettre en évidence les rapports nécessaires qui lient les éléments constitutifs du système juridique ainsi que les particularités de leurs interactions? Assurer une 'désignation certaine et une dérivation maîtrisée' sont deux objectifs qui ne sont pas rencontrés dans le mode de classification qui nous sert de référence.

Sur le plan de la rigueur théorique, la présentation classique des branches du droit belge prête le flanc à la critique. Ceci ne doit

⁴⁵ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 150-151 (c'est l'auteur qui souligne).

cependant pas occulter l'emprise qu'une telle présentation exerce dans la pratique. Le regroupement des normes juridiques en diverses catégories pèse indéniablement sur la vie du droit belge. Il exerce une influence sur l'ordonnancement de la fonction juridictionnelle et sur la répartition des compétences entre les juridictions ⁴⁶. Il sert de base à l'organisation des études de droit. Il est devenu, suite à la spécialisation des juristes, le critère de la division du travail au sein de cette profession. Il prédéfinit les domaines dans lesquels les auteurs poursuivent leurs réflexions et il oriente souvent l'articulation de celles-ci. Il favorise l'élaboration de réglementations d'ensemble dont la codification est traditionnellement perçue comme étant la forme la plus achevée.

Il n'en reste pas moins que la division du droit belge en 'branches' doit être comprise pour ce qu'elle est : une construction intellectuelle qui ne préexiste pas à l'intervention des juristes. Il ne s'agit que d'un outil mis au service de la connaissance et de l'application du droit. A partir du moment où cet outil se révèle inadéquat pour remplir cette tâche, il est temps de pourvoir à son renouvellement. Dans cette entreprise, la fable de la broussaille nous rappelle que tout système qui privilégie l'interaction se satisfait d'une part de désordre. Encore faut-il que cette part de désordre fasse partie intégrante de 'l'histoire' chargée de 'raconter' le système.

Oxford, le 25 octobre 2001

Bibliographie

- Au-delà des études de droit belge se rapportant aux diverses branches du droit qui sont citées en notes, les ouvrages suivants ont alimenté mes réflexions plus générales, notamment sur les notions de structure et de système juridique :
- J.-L. BERGEL, *Méthodes du droit. Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989, 2^e éd.
- J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969
- Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. dr.*, 1966, p. 25-43
- M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, chap. « Classer », p. 137-176
- M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, éd. François Maspéro, 1976

⁴⁶ Ainsi, par exemple, la division du droit privé en droit civil, droit commercial et droit du travail correspond à la répartition des compétences entre le tribunal de première instance, le tribunal du commerce et le tribunal du travail.

- P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles et Louvain-la-Neuve, Bruylant, 1982
- M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988
- J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem, E. Story-Scientia, Kluwer, chap. IV : « Les structures », p. 227-304