



## LE RECOURS À UNE PHILOSOPHIE DU DROIT DANS LA MOTIVATION DE DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES

*Rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie; ainsi celle du droit, souvent négligée par les praticiens, peut leur rendre de grands services, mais à la condition d'être rigoureuse. L'idée est développée à partir d'éléments concrets relevés dans la jurisprudence et la doctrine belges relatives à la primauté du droit international.*

1. — La théorie ou philosophie du droit et l'activité des praticiens gagneraient toutes deux en qualité si chacune s'intéressait de plus près à ce que fait l'autre. Je voudrais donner quelques précisions sur cette idée, non sans l'illustrer par la motivation d'un grand arrêt souvent cité.

Le terme *philosophie* étant flou dans l'expression consacrée *philosophie du droit*, je dois préciser en premier lieu que j'entends celle-ci dans le sens d'une théorie du droit en général. Cette théorie pourrait tout aussi bien être perçue comme la partie la plus générale d'une science du droit; sauf lorsqu'elle cesse d'examiner ce qui est pour s'interroger sur ce que le droit devrait être (1), la science ne pouvant fonder des jugements de valeur.

2. — Tels croient pouvoir, grâce à une attitude pragmatique, se passer entièrement de philosophie ou de théorie générale, qui ne parviennent en réalité qu'à faire de la philosophie ou de la théorie sans le savoir, par conséquent d'une manière peu soignée. Un effet particulier de cette inertie philosophique — or il importe, comme disaient dans l'Antiquité les Cyniques, de « secouer l'inertie philosophique du public » (2) — est le

(1) L'on pourrait exprimer cette distinction comme le fait Bobbio en opposant la tâche ontologique de la philosophie du droit à sa tâche déontologique (N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Turin, Giapichelli, 1950, p. 9 et s.).

(2) M. Foucault, *L'herméneutique du sujet*, Seuil, 2001, p. 134.

préjugé selon lequel la philosophie ou théorie du droit serait inutile pour le métier de juriste et n'offrirait d'intérêt que pour les esprits spéculatifs. Préjugé très répandu chez les praticiens et même chez ceux qui enseignent le droit.

Il est bien vrai que la philosophie ou théorie du droit est inutile lorsqu'elle ne consiste qu'en propos convenus et sans rigueur, en généralités floues et par conséquent sans portée, sans autre fonction que l'ornement du discours, comme il n'advient que trop souvent. Mais le préjugé défavorable dont je parle procède d'un mouvement irréfléchi et non d'un examen de la qualité des diverses théories : même un propos théorique pertinent se trouve souvent, parce que théorique, présumé d'emblée ne pouvoir rendre service à des praticiens et rejeté, non sur la base d'un raisonnement, mais au moyen de sarcasmes à base d'incompréhension. Il est d'ailleurs vrai que l'utilité de la théorie du droit pour le praticien est indirecte, ce qui la rend peu visible : elle tient surtout à la formation de l'esprit que cette théorie procure. Rares sont donc les praticiens qui entendraient sans surprise ce mot d'Einstein : « Rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie ».

3. — On objectera que ce qu'un physicien appelle une « bonne théorie » relève de la science et que les exigences de la science ne sont pas toutes applicables à la théorie du droit.

Quoi qu'il en soit du problème général de la définition de la science, une au moins des exigences inhérentes à celle-ci devrait être respectée pour qu'un discours qui se présente comme une théorie du droit mérite considération : c'est de chercher avant tout à connaître et à comprendre; c'est, par conséquent, de s'astreindre à la rigueur. Autrement dit, une théorie du droit sérieuse se méfie de la rhétorique, résiste aux modes, veille à débusquer les contradictions et les confusions, refuse de subordonner la recherche de connaissance au désir d'orienter l'action ou de justifier des décisions, distingue radicalement être et devoir être — jugement de réalité et jugement de valeur — et s'interdit de fonder l'un sur l'autre. On qualifie trop facilement de théoriques des considérations générales où l'image

## S O M M A I R E

- Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles, par L. François ..... 261
- Astreinte - Condamnation au paiement d'une somme d'argent - Injonction faite à une partie par une juridiction statuant en référé de mettre à la disposition d'une autre partie une somme d'argent - Prohibition de l'astreinte.  
(Cour de justice Benelux, 24 mai 2004) . 266
- Preuve en matière pénale - Témoignage anonyme - Loi du 8 avril 2002 - Déclaration anonyme à la police - Portée - Pas de force probante.  
(Cass., 2<sup>e</sup> ch., 23 mars 2005) ..... 267
- Procédure pénale - Impartialité - Commentaire sur la cause - Apparence de partialité.  
(Cass., 2<sup>e</sup> ch., 18 février 2003, observations de F. Kuty) ..... 267
- Instruction préparatoire - Référé pénal - Requête en mainlevée de saisie - Absence de décision du procureur du Roi dans les délais prévus par la loi - Recours du requérant devant la chambre des mises en accusation - Délai - Recours prématuré - Recevabilité.  
(Bruxelles, ch. mis. acc., 25 janvier 2005) ..... 270
- Signification - Permanence du domicile, en dépit d'un jugement d'expulsion - Signification au procureur du Roi - Non avenue.  
(Bruxelles, 16<sup>e</sup> ch., 2 mars 2005) .... 271
- Faillite - Créance de frais et honoraires du commissaire au sursis - Privilège - Conditions.  
(Liège, 7<sup>e</sup> ch., 30 novembre 2004) ... 272
- Astreinte - Ordonnance de référé - Défaut d'urgence au stade de l'appel - Compétence de la juridiction d'appel.  
(Liège, 7<sup>e</sup> ch., 23 novembre 2004) ... 273
- Chronique judiciaire :  
Le barreau et l'opéra - Echos - Dates retenues.

2005

261

tient lieu d'idée et la grandiloquence de profond.

4. — Le théoricien du droit doit enfin s'exercer à appréhender son objet indépendamment des règles, des principes, des façons de penser, des fictions et des choix d'expression propres à un ordre juridique déterminé ou à une famille d'ordres juridiques. Il en est ainsi pour deux raisons. La première est que c'est un bon moyen de découvrir à quel point les ordres juridiques, en s'exprimant, se nimbent (3). L'autre est que les notions apprises ne suffisent même pas toujours aux besoins de la pratique parce qu'elles ne servent qu'à argumenter dans les limites d'une tradition déterminée, située dans l'espace et dans le temps. Lorsqu'un problème inédit s'y présente, il est dangereux de rester enfermé dans les façons de parler, de penser, d'argumenter, propres à ce système. L'esprit ne peut les relativiser, comprendre en profondeur leur sens et leur fonction, s'il ne les voit que de l'intérieur. Or l'abc de la théorie du droit proprement dite, théorie, répétons-le, du droit *en général*, est (grâce notamment à une distanciation permettant de rendre étranges des choses qui ne paraissent simples et évidentes que parce qu'elles sont familières) d'exercer l'esprit à prendre conscience de la relativité des façons de penser, de catégoriser et de concevoir propres au lieu et à l'époque où l'on vit. Il faut nous *défamiliariser* d'avec ce que nous utilisons quotidiennement pour bien le voir. Celui-là, disait Goethe, ne sait rien de sa propre langue, qui n'en connaît pas d'autre (4).

5. — Pour remédier à une incuriosité domageable, il faut d'abord prendre conscience d'un phénomène assez général : quand nous avons à traiter une affaire ou à trancher une question particulière, nous faisons facilement de la théorie à notre insu. La théorie du droit en général ne se cantonne pas dans la littérature spécialisée, que la plupart des praticiens ne lisent guère. Ceux-ci se trouvent plus qu'on ne pense en contact avec elle. Elle affleure en effet dans de nombreux traités de droit positif (5) et même, plus souvent qu'il ne semble à première vue, dans la motivation de décisions judiciaires, de manière implicite plus souvent qu'explicite. Dans l'exemple à la lumière duquel je propose ici de réfléchir, la pensée théorique s'énonce en quelques mots seulement, mais qui impliquent beaucoup de choses.

Un tel exemple ne pouvait être choisi parmi des décisions peu importantes ou trop marginales pour caractériser le comportement des juristes. Je le prends au contraire dans un arrêt (le célèbre arrêt *Le Ski*) généralement salué comme fondamental — certains lui attribuent même la portée d'une norme constitu-

tionnelle (6) — et fréquemment invoqué, depuis plus de trente ans, non seulement comme le prototype d'une jurisprudence et d'une doctrine qui se sont développées dans son sillage, mais comme une manière d'oracle, si l'on en juge par l'attitude révérencielle que beaucoup d'auteurs adoptent à son endroit; attitude parfois même dogmatique, peu propice à l'esprit critique. L'on pourrait choisir d'étudier bien d'autres décisions pour examiner l'utilisation de la théorie du droit en général dans l'action de juger mais je n'en connais guère qui aient à la fois une prétention aussi évidente à trancher des questions relevant de cette théorie et une importance aussi cruciale dans l'ordre juridique belge.

6. — On sait que, selon cet arrêt, si la primauté de traités sur les lois étatiques même postérieures vaut *a fortiori* pour le droit communautaire, elle est déjà certaine pour le droit international et les traités en général :

« Attendu que la règle, d'après laquelle une loi abroge la loi antérieure dans la mesure où elle la contredit, est sans application au cas où le conflit oppose un traité et une loi;

» Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel;

» Attendu qu'il en est *a fortiori* ainsi lorsque le conflit existe, comme en l'espèce, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire » (7).

Dans de nombreux arrêts postérieurs, la Cour de cassation réaffirme la primauté. On verra qu'elle ne motive pas toujours cette affirmation mais je m'intéresse ici aux cas où elle le fait. Dans ces arrêts, tantôt elle reprend textuellement l'invocation, qu'on vient de lire, de la « nature du droit international conventionnel » (8), tantôt elle fonde la primauté sur un « principe général du droit » (9) mais ce n'est là qu'un avatar de la même idée (10).

(6) Au point même, dans certains cas, d'affirmer qu'on ne pourrait sans révision de la Constitution soustraire aux juridictions « les prérogatives que, classiquement, (elles) ont exercées en vertu de la jurisprudence *Le Ski* » (voy. les auteurs cités par F. Tulkens et S. van Drooghenbroek, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme », *Imperat lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, spéc. p. 131). Dans la logique d'une telle opinion, la Cour de cassation pouvait par un arrêt prétorien ériger en norme constitutionnelle une thèse sur laquelle la Constitution est silencieuse, mais ne pourrait revenir sur cette jurisprudence sans violer la Constitution : présupposés contestables l'un et l'autre et dont l'ensemble est d'ailleurs peu cohérent.

(7) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, pp. 887 et s.

(8) Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 920; Cass., 13 sept. 1984, *Pas.*, 1985, I, 65; Cass., 10 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, 948; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, 654.

(9) Cass., 5 déc. 1994, *Pas.*, 1994, I, 1048; Cass., 3 nov. 2000, *Pas.*, 2000, I, 1663.

(10) En effet, dans une note sous un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1980, lequel mentionne une « règle suivant laquelle une disposition de droit international doit primer le droit interne », le procu-

Je ferai abstraction du droit communautaire pour lequel, en raison de l'article 34 de la Constitution, le problème de la primauté se pose en termes particuliers.

7. — Si de nombreux Etats n'admettent pas que leurs juges donnent la primauté à des traités sur les lois même postérieures, on sait que dans certains autres au contraire, la constitution elle-même habilite les juges à le faire, à des conditions plus ou moins larges. Une confusion d'idées qu'il importe de dissiper fait que ces derniers Etats sont très souvent cités à l'appui de la thèse moniste *Le Ski* selon laquelle la primauté s'impose au juge belge; cités sans pertinence, car le problème que l'arrêt *Le Ski* avait à résoudre naissait précisément de ce que (hormis, encore une fois, les hypothèses couvertes par l'article 34) la Constitution belge ne dit rien, contrairement à la néerlandaise, à l'allemande, à la française, à l'italienne, etc., qui puisse être interprété comme une dispense d'appliquer une loi, dispense qui serait accordée au juge en considération d'un traité même si la loi est postérieure à celui-ci.

On assure parfois que si la Constitution belge reste muette, c'est uniquement en raison de difficultés politiques propres à la Belgique et qui ne tiennent pas à l'opinion du constituant sur la thèse de la primauté. Selon certaines déclarations, les membres du pouvoir constituant, pris individuellement, ne seraient pas hostiles à cette thèse. Le croirais-je même, que je n'apercevrais pas encore en quoi le droit constitutionnel s'en trouverait affecté. Des sentiments que l'on prête aux parlementaires ou que certains d'entre eux-ci auraient même un jour exprimés au cours des débats de leur assemblée n'équivalent pas à une disposition adoptée par un vote et ne comptent pas parmi les sources formelles du droit. Bien mieux : lors de la révision de 1993, la Chambre des représentants a adopté un texte aux termes duquel les cours et tribunaux ne pourraient appliquer les dispositions législatives que pour autant qu'elles soient en accord avec les normes juridiques internationales ayant effet direct, sans excepter les dispositions adoptées postérieurement à l'entrée en vigueur de ces normes internationales; or cette

reur général F. Dumon parle du « principe général du droit duquel se déduit la primauté » à respecter par le juge, et fait remonter ce prétendu principe général à l'arrêt *Le Ski* bien que celui-ci ne parle pas de principe, général ou non, du droit (*Pas.*, 1980, I, 915). Le procureur général note ensuite que la Cour fondait déjà dans un arrêt du 26 septembre 1978 la prévalence sur un « principe du droit », expression qu'il juge « plutôt elliptique » parce que, selon lui, ce principe n'est « en réalité » qu'une « application particulière d'un principe du droit, plus général, selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une décision supérieure » (par exemple un arrêté violant la Constitution ou la loi). Pour attribuer une telle supériorité aux normes du droit international, il n'apporte pas d'autre démonstration que ladite référence à l'arrêt *Le Ski*. De plus, le lien entre le « principe » et la « nature du droit international conventionnel » est explicitement affirmé dans l'arrêt du 26 septembre 1978 (*Pas.*, 1979, I, 127). Le Conseil d'Etat fera à son tour le même lien en disant que le « principe général » (il ajoute : « de droit constitutionnel »!) est « reconnu pour la première fois par l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971 » (*Doc. parl.*, Sén., sess. 2000-2001, 2-897/1, p. 21).

consécration de la thèse de la primauté n'a pas passé le cap du Sénat (11).

Il est en outre remarquable que ce même texte adopté par la Chambre seulement n'affirme pas la primauté sur la Constitution. Il s'écarte donc de la logique de la motivation de l'arrêt *Le Ski* où, on vient de le voir, c'est à l'ordre juridique étatique tout entier que le droit international est jugé supérieur. Ce n'est donc pas exactement la thèse *Le Ski* que le constituant a songé un moment à consacrer. Il n'avait nul besoin de se rallier à l'idéologie sous-jacente à cette thèse pour affirmer la primauté sur les lois même postérieures : il lui eût suffi de dire que telle était sa volonté, exerçant le pouvoir qu'il possède de définir comme il l'estime utile les missions des juges étatiques et l'étendue de leurs attributions.

Le monisme théorique impliqué par la motivation de l'arrêt *Le Ski* revient à dénier aux Etats tout pouvoir d'étanchéité dans leurs rapports avec le droit international et à affirmer par conséquent qu'une norme étatique (générale ou particulière) acceptant la primauté de traités sur les lois même postérieures n'est pas nécessaire pour que les juges étatiques doivent reconnaître cette primauté. L'on essaie souvent de créer la confusion en qualifiant aussi de moniste un Etat qui pose un tel acte d'acceptation. En réalité l'attitude de cet Etat est politique, non théorique. Elle est compatible avec une logique dualiste. L'attitude théorique dite dualiste n'est pas en soi hostile au droit international : ce n'est pas s'opposer à l'ouverture que de constater que la clé qui permet de la pratiquer est encore aux mains des Etats. Lorsqu'une constitution dispose qu'il y a primauté, il n'existe aucune raison de lire un tel texte comme s'il exprimait nécessairement une simple déclaration constatative par laquelle une primauté préexistante et omniprésente ne serait que reconnue (« uitdrukkelijk erkend ») (12), au lieu d'une norme constitutive prescrivant que la primauté soit assurée par les juges dans un Etat déterminé (13).

Cependant chacun a le droit d'utiliser le terme *monisme* à sa guise. Je ne dispute jamais du nom, comme dit Pascal, pourvu qu'on m'avertisse du sens qu'on lui donne : prenons donc bien soin de distinguer constamment, comme le recommande M. Jamart, le monisme scientifique ou théorique et le monisme politique (14). Pour ma part, je n'utiliserai

*monisme* que dans le premier sens. Ceux qui tiennent à l'utiliser dans les deux sens devraient toujours préciser auquel ils se réfèrent. Cela les obligerait, il est vrai, à reconnaître que la jurisprudence *Le Ski* est une utilisation du monisme théorique par le monisme politique des juges.

8. — Les juges de l'ordre juridique belge peuvent-ils écarter, en considération d'un traité, une disposition législative postérieure, sans y être autorisés par une norme de cet ordre juridique qui n'émane pas d'eux-mêmes?

J'entends souvent répondre que puisqu'ils le font depuis des années, la question est « dépassée ». Peu importerait que ces juges croient par erreur pouvoir faire ce qu'ils font : *error communis facit ius*.

Cependant le fait accompli par et depuis l'arrêt *Le Ski* n'interdit pas de penser. L'on peut par conséquent se poser au moins cette question somme toute innocente, bien qu'elle semble agacer quelquefois : ce que ces juges ont fait, pouvaient-ils le faire, en droit, et si oui pourquoi? Est-il un autre fondement à leur pratique que *le fait qu'elle existe*? Autrement dit, les esprits qui se fondent sur le fait accompli par ces juges sont-ils prêts à admettre que si, fait nouveau, la jurisprudence abandonnait la thèse *Le Ski*, ce revirement ne constituerait la violation d'aucune norme? Ce serait pourtant cohérent dès lors que cette thèse a, comme l'a déclaré M. J. Velu, alors premier avocat général, « en droit belge, un fondement jurisprudentiel » (15).

Il est remarquable que l'argument tiré du fait accompli jurisprudentiel est rarement présenté en ordre principal (16). Doctrine et juris-

monistes », dans un sens manifestement politique, pour désigner ceux qui pratiquent l'ouverture en acceptant la primauté, et parmi lesquels la Belgique se singularise en l'acceptant par voie purement jurisprudentielle (« L'applicabilité de la Charte sociale européenne dans l'ordre juridique des Etats contractants », in *Droits sociaux et droit européen*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et justice, 2002, pp. 179 et 180).

(15) J. Velu, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 57.

(16) Peu d'auteurs s'expriment aussi crûment que M. François Perin lorsqu'il déclare, dans sa dernière leçon de droit constitutionnel, qu'il y a en Belgique un « pouvoir constituant jurisprudentiel », et s'emploie à démontrer cette assertion par le fait que tout ou presque tout se passe comme s'il en était ainsi (notamment dans la jurisprudence, en ce compris naturellement l'arrêt *Le Ski*, et maints débats parlementaires), à cette seule réserve près que *les choses ne sont jamais dites aussi ouvertement* (« Y a-t-il trois pouvoirs constituants? », *Annales de droit de Liège*, 1987, pp. 3 et s.). Or précisément c'est cette habitude (que M. Perin fait observer en passant) de voiler les choses, de les édulcorer, de ne pas « les dire comme elles sont », qui à mes yeux pose problème car elle engendre presque nécessairement des monstres sur le plan de l'argumentation. Si la Cour de cassation (ou une juridiction qui lui emboîte le pas) avait dit, en substance, simplement : « La primauté de certains traités sur les lois belges même postérieures est décidée, parce que la Cour le juge opportun », elle encourrait sans doute bien des reproches, mais non celui de se fonder sur une théorie du droit erronée. Ne s'expose guère non plus à ce même reproche, un arrêt qui affirme la primauté (en l'occurrence, de la Convention européenne des droits de l'homme sur la

prudence s'ingénient plutôt à trouver mieux. De plus, l'arrêt *Le Ski* lui-même, qui innove, ne pourrait en aucune façon se justifier par la préexistence d'une jurisprudence établie.

9. — On peut penser qu'il est bon de donner à l'ordre juridique belge la perméabilité automatique que la thèse *Le Ski* tend à lui conférer, et même qu'il était politiquement préférable d'opérer une telle ouverture par le biais de la jurisprudence, plutôt que par une intervention du constituant comme il fut fait dans d'autres Etats. Mais si enthousiaste que l'on soit de cette orientation politique, l'on ne peut pour autant estimer que la fin justifie tous les moyens, y compris une argumentation incohérente ou irréaliste. A moins de céder à ce que Kelsen appelait « la menace séculaire d'une subordination de la science à la politique » (17), il faut admettre que la valeur de la cause défendue ne renseigne en rien sur la *qualité des arguments* utilisés par ses défenseurs. Il peut donc être intéressant d'isoler systématiquement ce dernier aspect de la thèse *Le Ski* et par conséquent de s'attacher exclusivement à sa motivation, en s'efforçant de faire abstraction de la question de savoir si la solution que cette thèse tend à justifier était *opportune* (18).

10. — Autre limitation de mon propos : quoi qu'il en soit des appuis que l'on cherche à donner à la thèse *Le Ski* en droit positif, je voudrais ici centrer l'attention sur le fait remarquable que les défenseurs de cette thèse ont jugé bon de recourir aussi, et même principalement, à un ou plusieurs arguments qui relèvent non pas des droits positifs belge et international, mais de la théorie du droit en général. Je n'examinerai donc pas systématiquement les arguments de droit positif avancés à l'appui de la thèse. Il y aurait beaucoup à dire, notamment, sur la valeur d'arguments fondant la primauté sur un principe, voire une coutume, ou sur le silence de la Constitution (19).

Comme ce n'est pas mon sujet, je me bornerai à observer que si un silence pouvait avoir une telle portée, les juges auraient dû refuser d'appliquer les lois non conformes à la Constitution au temps — qui a duré un siècle et demi — où celle-ci ne disposait pas explicitement non plus qu'ils le devaient. Quant aux principes et aux coutumes, la moindre culture juridique et historique suffit pour convaincre que

Constitution belge) sans exprimer aucun motif (Cass., 9 nov. 2004, *J.T.*, 2004, p. 856).

(17) H. Kelsen, préface à la traduction de la *Théorie pure du droit* par H. Thévenaz, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, 1953, p. 8.

(18) Le moins que l'on puisse dire est que la doctrine ne prend pas toujours ce parti de n'examiner que la qualité des arguments, indépendamment de tout préjugé favorable ou défavorable à la thèse. Il est remarquablement net, en revanche, dans l'étude citée plus haut de M. J.-S. Jamart, « Observations sur l'argumentation - La primauté du droit international ». Les critiques adressées dans cette étude approfondie à l'argumentation de la thèse *Le Ski* n'ont pas été réfutées. Pourtant elles ne semblent guère avoir ébranlé les convictions. Il est vrai que, comme l'observe Valéry, on dit d'une conviction qu'elle est solide quand elle résiste à la conscience qu'elle est fautive.

(19) Voy. J.-S. Jamart, cité plus haut, spéc. pp. 123 et s.

(11) *Doc. parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-17/2°. Voy. A. Alen et K. Muyle, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Kluwer, 2003, deel I A, n° 60.

(12) Expression de J. De Meyer (*Staatsrecht*, dactyl., Katholieke Universiteit Leuven, 11<sup>e</sup> éd., 1985, p. 69). Pour cet auteur, « De interne rechtsorde van een staat verhoudt zich tot de internationale rechtsorde als een deelsysteem tot een globale systeem » (p. 67).

(13) Aussi le Conseil constitutionnel français a-t-il pu, en même temps, admettre que le droit européen prévaut sur le droit français (même sur des dispositions constitutionnelles) mais préciser que cette primauté « résulte d'une exigence constitutionnelle », l'article 88-1 (décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, *J.O.*, 22 juin 2004, p. 11182).

(14) J.-S. Jamart, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 109 et s., spéc. pp. 125 et s. Cf. Sciotti parle par exemple d'« Etats

ce sont souvent des fictions inventées pour masquer le caractère prétorien d'une jurisprudence ou l'absence de fondement en droit positif d'une thèse doctrinale. Il ne faut prendre au sérieux l'allégation de principes que lorsque la présence de ceux-ci dans le droit positif est démontrée par des éléments précis et concordants au lieu de se trouver simplement affirmés de manière péremptoire.

Comme la prétendue coutume ou le prétendu principe dans lesquels de hautes juridictions et d'éminents auteurs disent lire la thèse *Le Ski* ne semblent pas avoir d'autre assise en droit positif belge que la « jurisprudence *Le Ski* » elle-même, il est permis de penser que, même quand l'argument tiré de la nature dans l'arrêt *Le Ski* n'est plus repris à l'appui de cette thèse, c'est encore ce même argument de pure théorie, faisant corps avec la proclamation du dogme par l'arrêt fondateur, qui règne parmi nous *sous les espèces* d'un principe et d'une coutume (20). Mais peut-être au contraire veut-on discrètement signifier un abandon du monisme et une conversion au « dualisme » en présentant de plus en plus souvent la thèse *Le Ski* comme fondée sur un principe du droit, car on parle souvent des principes généraux du droit comme de normes émises par un ordre juridique *étatique*. Bref, l'ambiguïté est de mise. Ce n'est pas le lacanisme extrême de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 9 novembre 2004 qui la dissipe-  
ra.

**11.** — Il devrait aller de soi, mais il faut inlassablement le redire car il s'agit apparemment d'une distinction souvent perdue de vue, que la négation de la primauté affirmée par l'arrêt *Le Ski* n'a de portée qu'en droit interne, c'est-à-dire dans les rapports entre les juges et les lois d'un même ordre juridique étatique : contrairement à ce qu'on laisse souvent entendre, la controverse relative à l'existence ou non de cette primauté ne se situe pas sur le plan du droit international. En effet, les esprits réfractaires à la thèse *Le Ski* (souvent appelés « dualistes », en réalité pluralistes) ne soutiennent en aucune façon que l'Etat peut échapper à sa responsabilité internationale en invoquant son organisation interne. La supériorité et, partant, la primauté du droit international conventionnel sur le droit interne reste incontestée dans l'ordre juridique international et devant les juges internationaux, même aux yeux de ceux qui, devant les juridictions nationales, contestent que cette primauté affecte les relations entre les organes d'un même ordre juridique étatique. Le droit international reconnaît par ailleurs que les Etats règlent eux-mêmes les rapports entre les autorités par lesquelles ils s'expriment, quitte à porter sur le plan international la responsabilité de ce qu'elles feront. Il est vrai que c'est nécessairement par l'un ou l'autre de ses organes qu'un Etat viole le droit international; mais ce n'est pas pour autant ce même organe qui est, selon ce droit, titulaire de l'obligation violée. Le droit international s'adresse à l'Etat comme unité : il ne prétend pas lui-même avoir une action directe sur les différents organes (tels les juges) des Etats.

Ce n'est donc pas parce qu'un Etat violerait le droit international par une loi ou un jugement

que ses organes, entre autres ses juges, ne pourraient reconnaître à cette loi ou ce jugement une validité *en droit interne*. Ce n'est pas parce que cette validité est irrélèvan- te en droit international qu'elle disparaît de ce droit interne. Ce n'est pas non plus parce que le droit international impose aux Etats d'imposer des obligations aux individus que l'on peut raisonner comme si les Etats le faisaient automatiquement. Les Etats restent donc capables d'accepter ou de refuser (et beaucoup refusent), en toute autonomie, sous leur responsabilité, que les égards dus par le juge étatique à sa propre loi (œuvre du législateur qui lui donne tout son pouvoir) puissent être directement affectés par le droit international quand le législateur étatique n'y consent pas ou n'y consent plus.

*A fortiori* les Etats peuvent-ils refuser (et la plupart le font) la primauté des traités sur leur constitution. En acceptant un traité, ils n'acceptent pas nécessairement que son éventuelle violation soit sanctionnable par tous les moyens, y compris une résistance intérieure à leurs normes fondamentales.

Il est donc sans pertinence dans le présent débat de répéter, comme on le fait sans cesse, que le législateur belge ne peut méconnaître ses engagements internationaux : nul ne conteste que de toute façon ceux-ci (qui sont à proprement parler ceux de l'Etat et non du législateur) continuent de s'appuyer sur le dispositif de sanctions du droit international. Quant à la valeur de ces engagements sur le plan moral, c'est un tout autre problème.

**12.** — Ce n'est pas attenter à l'indépendance des juges que de se souvenir qu'elle a été conquise sur le pouvoir du prince et non sur l'empire de la loi. Elle n'a pas été conçue comme une dispense de respecter celle-ci ni comme une mise sous tutelle du législateur par des juges. La Constitution allemande le rappelle en passant : les juges, proclame ce texte minutieux, « sont indépendants et subordonnés à la loi seulement » (21) (le texte ne dit pas *mais subordonnés à la loi*). Que resterait-il des lois, en effet, sans une telle subordination? Qui se soucierait d'y obéir, si elles ne devaient pas être appliquées? Dans l'organisation d'un ordre juridique étatique, qui, du législateur élu ou des juges, a le pouvoir du dernier mot? Les juges étatiques qui prennent des libertés avec les lois perdent de vue qu'ils sont les organes de l'Etat qui les a institués et qui seul, jour après jour, constitue leur pouvoir en faisant obéir aux jugements; ils rêvent parfois qu'ils tiennent leur mission de « la Société » elle-même, ou du non moins mythique « Droit naturel », auxquels on fait dire ce que l'on veut.

Il est donc assez remarquable qu'une question aussi fondamentale que les égards dus par le juge à la loi ait été, à propos des traités, tranchée en Belgique d'une manière prétorienne. Tout se passe comme si ces juges, voyant qu'aucune norme du droit étatique ne les habilitait à affirmer la primauté, s'autoproclamaient organes de l'ordre juridique international alors que celui-ci n'est pour rien dans leur désignation et leurs pouvoirs. A cet égard, l'ordre juridique belge, comparé aux autres

ordres juridiques étatiques, apparaît comme un *curiosum*.

Ledit caractère prétorien est rarement reconnu sans ambages, dans la doctrine : peu osent dire que le roi est nu, et qualifier crûment de « solution jurisprudentielle, qui n'a jamais trouvé sa consécration dans une disposition légale ou constitutionnelle » (22) la reconnaissance de la primauté même sur des lois postérieures. Il est vrai que M. Velu, dans le passage cité plus haut, ne craint pas non plus de dire que « Le principe de la primauté (...) a, en droit belge, un *fondement* jurisprudentiel »; mais ce choix du mot *fondement* est déjà un euphémisme. Moins toutefois que l'expression *révision silencieuse*, appliquée à l'arrêt *Le Ski* et saluée comme une trouvaille (23). En effet, il n'y a eu en réalité ni révision ni silence : la « révision » est expressément prévue et réglementée par la Constitution, le constituant n'a pas mené cette procédure jusqu'au bout et si les cours et tribunaux ont en quelque sorte agi à sa place, ce n'est pas en se taisant.

Un des rares propos officiels où l'on appelle un chat un chat fut celui du sénateur R. Lallemand, qualifiant l'arrêt *Le Ski* d'« arrêt révolutionnaire » (24). Cette expression a peut-être passé pour une simple métaphore; j'y vois plutôt, pour ma part, un trait de lucidité, fugitif rayon de vérité perçant la brume des idées communément admises. Je pense en effet qu'il existe dans l'histoire des droits étatiques deux sortes de révolutions, c'est-à-dire de changements au sommet d'un ordre juridique sans respecter les règles relatives à de tels changements : les révolutions proclamées et les révolutions subreptices, les premières étant celles qu'on ne veut ou ne peut masquer, les secondes celles que l'on camoufle après coup par des artifices verbaux (25). Au demeurant l'étude de ceux-ci est instructive, particulièrement dans la littérature relative à notre arrêt.

**13.** — Contrairement à certains des arrêts prononcés dans son sillage, où sont utilisés des arguments qui, telle l'invocation d'un principe de droit ou d'une coutume, se situent apparemment sur le plan du droit positif, l'arrêt *Le Ski*, on l'a vu, plane ouvertement sur la théorie ou philosophie du droit puisqu'il justifie la prééminence par « la nature même du droit international conventionnel ». C'est ce qui fait son intérêt pour notre propos.

(22) Ch. Horevoets et P. Boucquoy, « Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage », Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 336.

(23) P. De Visscher, « Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, p. 608; Jean J. A. Salmon, « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation », *J.T.*, 1971, pp. 509 et s., 529 et s., spéc. p. 535.

(24) *Ann. parl.*, Sén., 30 nov. 1988, p. 413.

(25) L. François, *Le cap des Tempêtes - Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., pp. 267 et s.; *id.*, « La révolution selon le droit », in *Le droit sans la justice*, actes d'un colloque publiés sous la direction de E. Delruelle et G. Brausch, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 111 et s.

(20) *Voy. supra*, note 10.

(21) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen (art. 97.1).

Il existerait donc une prééminence — on a dit aussi une supériorité (26) — d'une partie de la réalité juridique (le droit international) sur une autre (le droit étatique, aussi bien l'américain, le russe, le chinois, le français ou l'anglais que le belge) et il en serait ainsi en raison de ... la nature de cette partie? On se croirait revenu à la science toute verbale des médecins de Molière :

*Opium facit dormire  
Quia est in eo  
Virtus dormitiva  
Cujus est natura  
Sensus assoupire.*

Une telle invocation de la nature n'est cependant pas une formule creuse si, comme il semble, elle se réfère, assez vaguement il est vrai, à des théories classiques de la philosophie du droit. Sont ainsi convoquées, à l'appui de la thèse selon laquelle les juges étatiques, sans même que leur Etat les y autorise, devraient reconnaître aux traités une primauté sur les lois même postérieures, d'une part, les doctrines qui se réclament d'un droit naturel, d'autre part, le monisme au sens kelsénien du terme (les ouvrages cités de W. Ganshof van der Meersch sont d'ailleurs une profession de foi moniste explicite).

14. — Souvenons-nous que les sciences naturelles et les techniques distinguent selon qu'une substance est *miscible* ou *non miscible* avec telle autre pour déterminer les conditions dans lesquelles on peut les associer. L'on ne s'astreint pas toujours à la même rigueur avec les mots car ils se laissent manipuler plus aisément que la matière. Aussi perd-on parfois de vue qu'un énoncé qui combine plusieurs théories dont chacune est défendable ne l'est pas lui-même si ces théories ne sont pas conciliables entre elles. Quoi que l'on pense du jusnaturalisme et du monisme pris isolément, la moindre précaution eût été de vérifier s'il était logiquement possible de les combiner comme on l'a fait.

Or, dans ses diverses versions, le droit naturel est toujours conçu comme un modèle, indépendant de la volonté des pouvoirs politiques, auquel la législation positive devrait être conforme. Comme l'écrit M. Jamart, « L'idée centrale du jusnaturalisme est que la législation positive ne mérite le nom de droit que si elle est conforme à des valeurs supérieures aux projets politiques des pouvoirs de fait. On ne peut raisonner sur le droit international, qui est un droit positif, comme s'il était le droit naturel [l'auteur cite ici Sereni et Wengler]. C'est une véritable caricature de jusnaturalisme que de substituer au "droit naturel", en tant qu'instance supérieure aux pouvoirs étatiques, les conventions issues de la coexistence internationale, comme si ces conventions n'étaient pas au moins autant que les lois étatiques le produit de rapports de force et comme si la justice et la raison avaient plus de

poids dans les relations entre Etats que dans le parlement d'une démocratie » (27).

15. — Il ressort des travaux (de P. De Vischer, P. Pescatore et W. Ganshof van der Meersch notamment) qui passent, à bon droit semble-t-il, pour avoir préparé l'arrêt *Le Ski*, que la « nature » invoquée est bien supposée fonder une supériorité *en valeur*, supériorité que les traités tiendraient, d'une part, des finalités propres à l'ordre juridique international, d'autre part, de ce qu'une source contractuelle serait en elle-même plus respectable qu'une source « unilatérale » (28). Non seulement ces fondements en nature sont purement affirmés, mais il faut une rare naïveté pour croire au second : pourquoi serait-il dans la nature des traités d'être plus justes que les lois? C'était déjà douteux quand les traités étaient conclus et les lois édictées par des monarques absolus, ce l'est plus encore quand les lois sont l'œuvre d'assemblées démocratiquement élues alors que les traités restent des compromis issus de laborieuses négociations mues par les tenaces intérêts particuliers des Etats contractants et non pas seulement par des idéaux.

16. — Il importe de se demander si la « nature » invoquée, au lieu d'être, comme on l'a dit, celle du droit international, n'est pas plutôt et plus précisément celle du droit lui-même. En effet, la profession de foi que j'ai relevée est constamment motivée par l'affirmation que « si le droit international devait ne pas prévaloir sur le droit interne, il ne serait plus » (29).

Si telle était la condition d'existence du droit international, il faudrait en conclure, non pas que celui-ci ne serait plus, mais plutôt qu'il n'aurait jamais existé. A vrai dire, il s'est trouvé en tout temps des juristes pour mettre en doute la juridicité du droit international mais la moindre réflexion suffit pour comprendre que l'on pose ainsi le problème même de la définition du droit tout court, problème au centre duquel sont débattus les rôles de l'effectivité et de la sanction.

Comme la vision du droit qui a mes préférences, bien loin de concevoir ce phénomène sur le seul modèle de l'Etat, est pluraliste, je n'ai pour ma part aucune difficulté à admettre qu'il existe *du* droit international (ce qui ne signifie pas que je croie en un seul ordre juridique international) (30). Je puis aussi comprendre qu'à cette conception large du droit l'on en préfère une beaucoup plus stricte, conduisant à dénier toute juridicité à un bon nombre de ce qu'on appelle communément les normes internationales. Il n'est pas de définition du droit qui à proprement parler soit vraie, puisque la définition d'un mot technique est décisive (31). Cependant l'on ne peut faire une théorie du droit en général qui soit

en contradiction avec la réalité. Or si les juges restent fidèles à l'ordre étatique dont ils sont les émanations et les organes, au lieu d'invoquer une norme internationale pour braver l'organisation interne donnée à cet ordre par le législateur constituant ou ordinaire, le droit international ne perd pas pour autant toute effectivité et partant toute réalité : celle-ci tient à la pression extérieure exercée sur les Etats, avec plus ou moins de vigueur comme chacun sait.

17. — Il y a un procédé d'argumentation quelque peu violent à assurer comme on l'a fait que « le droit ne peut être qu'un, à peine de ne pas être » (32). Ceux qui se laissent intimider par cette formule péremptoire — qui n'a vraiment pour elle que d'avoir été répétée un grand nombre de fois — s'inclinent (comme s'ils craignaient de se voir assimilés à ces hérétiques qui nient le droit international, voire à des blasphémateurs qui mettraient en doute le droit lui-même) devant un dogme moniste qui, dans l'état actuel du monde, est pure idéologie, et selon lequel l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international ne seraient que des sphères d'un ordre juridique général et unique (33).

D'aucuns m'objecteront sans doute que la préférence pour la théorie « dualiste » (en réalité, pluraliste) n'est pas moins dogmatique et idéologique que le monisme auquel elle s'oppose; mais ce serait imputer à tort à cette théorie le mobile nationaliste de quelques-uns de ses partisans. Comme l'écrit justement R. Zippelius, le dualisme, contrairement au monisme, ne prétend refléter que la réalité juridique présente, sans préjuger de la situation future (34). Il y aura peut-être un Etat mondial (sera-ce une autorité suprana-tionale constituée par la confédération des anciens Etats? ou ceux-ci ne subsisteront-ils que vassalisés, sous l'empire de l'un d'eux?). Mais aujourd'hui, il est irréaliste de raisonner comme si c'était la « Communauté internationale » (qui, sous cette appellation trompeuse, n'est encore souvent qu'une coexistence) qui donnait aux ordres étatiques leur *effectivité*. Les Etats ne détiennent leurs pouvoirs que d'eux-mêmes. Ils ont donc encore le pouvoir du dernier mot même quand leur intérêt est de composer. S'il est vrai qu'ils s'inspirent d'un nombre considérable de règles issues de milieux internationaux ou de groupes influents, ils restent capables de considérer ces règles comme irrelevantes, quoi qu'il en coûte.

La juridicité des normes étatiques n'est donc pas un effet du droit international. C'est d'ailleurs, chacun peut le vérifier, ce que continuent le plus souvent de reconnaître les auteurs belges de précis, de traités et de cours de droit constitutionnel, dans la partie générale de ces ouvrages, là où sont exposées d'après le droit comparé les notions mêmes de constitution et de droit constitutionnel, même s'ils approuvent ensuite la thèse *Le Ski* dans l'exposé particulier du droit belge. Comme si une théorie du droit en général pouvait être,

(26) Voy. notam. W.J. Ganshof van der Meersch, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, p. 494. On sait que les importantes conclusions précédant l'arrêt *Le Ski* sont celles du procureur général Ganshof van der Meersch (*Pas., cit.*, pp. 887 et s.). La concordance entre la pensée de la Cour et celle du procureur général n'est sans doute pas totale (voy. Jamart, *cit.*), mais sur ce point elle ne semble pas douteuse.

(27) *Op. cit.*, p. 127.

(28) Voy. Jamart, *cit.*, pp. 121 et s.

(29) W. Ganshof van der Meersch, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 494. Pour démontrer ce propos énergique (et qui allait être souvent cité), l'auteur s'appuie sur un passage de Virally sans s'apercevoir que ce dernier parlait de la primauté dans l'ordre international et non dans l'ordre interne (sur cette méprise, voy. Jamart, *op. cit.*, pp. 120 et 121).

(30) Voy. *Le cap des Tempêtes, op. cit.*, pp. 305 et s.

(31) *Id.*, spéc. pp. 33 et s.

(32) W. Ganshof van der Meersch, « Réflexions... », *op. cit.*, p. 494.

(33) *Ibid.*

(34) R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, Beck, 1991, p. 67.

## JURISPRUDENCE

*ad hoc*, valable en Belgique seulement, et que le droit international ait une nature différente ici et ailleurs. Autrement dit, l'on ne s'avise pas assez que quand on prétend résoudre un problème de droit belge par un énoncé relevant de la théorie du droit en général, il faudrait en tirer les conséquences en reconsidérant la théorie d'ensemble de façon à la rendre compatible avec la théorie appliquée audit problème. Or je ne pense pas que beaucoup de constitutionnalistes belges iraient soutenir dans un colloque international que les juges étatiques du monde entier se trompent chaque fois qu'ils refusent d'affirmer la primauté en l'absence d'une norme de leur Etat qui l'institue.

Si les normes étatiques sont *en vigueur*, c'est parce qu'un nombre suffisant de personnes y obéissent et surtout y font obéir. Or ces personnes ne le font généralement pas (ou pas encore) par égard pour une autorité supérieure à leur Etat, sauf peut-être dans les théocraties. A supposer même que l'esprit de quelques juges ou autres agents des pouvoirs publics belges ou luxembourgeois (35) soit ainsi fait qu'ils n'estiment devoir appliquer les lois de leur Etat que parce qu'ils croient celui-ci habilité par le droit international, ce phénomène local ne pourrait fonder un énoncé universel. Une philosophie ou théorie du droit en général ne saurait être *vraie ici* seulement.

2005

266

18. — Aux conditions exposées plus haut, la théorie du droit en général peut être utile; mais pratiquée avec une terminologie imprécise, un souci de cohérence faible et un éclectisme sans rigueur, elle devient une source de confusion et fait songer à la distinction, chère aux Anciens, entre la philosophie et la rhétorique qui se fait passer pour de la philosophie. Cette confusion, en ce qu'elle porte sur des notions fondamentales, cause un trouble plus grave dans les esprits que celui qui pourrait résulter de l'interprétation abusive d'une norme d'un droit positif ou même de l'allégation d'une norme imaginaire, erreurs dont la portée est plus limitée. Il est paradoxal qu'ayant pour mission, comme toute démarche tant soit peu scientifique, de comprendre et de dévoiler, la théorie du droit en général soit utilisée pour voiler ou du moins pour nimber (36) le caractère purement prétorien d'une jurisprudence.

Lucien FRANÇOIS

Professeur émérite de l'Université de Liège

(35) Voy. P. Pescatore, « Observations sur l'arrêt de la Cour supérieure de justice du Luxembourg du 14 juillet 1954 », *J.T.*, 1954, pp. 696 et s.

(36) L'image du nimbe, procédé utilisé par les peintres pour rehausser ou transfigurer certains personnages, me paraît, de manière générale, représenter assez fidèlement l'effet produit par les euphémismes et les autres artifices dont l'expression du droit use souvent pour inspirer le respect : voy. *Le cap des Tempêtes*, *supra*, spéc. pp. 295 et s., 320, 326; *Le droit sans la justice*, *supra*, pp. 135 et s.

**ASTREINTE. — Condamnation au paiement d'une somme d'argent. — Injonction faite à une partie par une juridiction statuant en référé de mettre à la disposition d'une autre partie une somme d'argent. — Prohibition de l'astreinte.**

**Cour de justice Benelux, 24 mai 2004**

Siég. : MM. Verougstraete (prés.), Jentgen, Lahousse, Mme Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp, MM. Schmit, Beukenhorst, Mme Engel, MM. Hammerstein et Fischer (juges).

Plaid. : M<sup>c</sup> M. Mahieu.

(s.a. Commerzbank AG c. Sabena Interservice Center, en liquidation).

*La notion de condamnation à une somme d'argent, qui ne peut être assortie d'une astreinte, vise les cas dans lesquels la condamnation principale peut être réalisée par voie d'exécution directe. La condamnation d'une partie à mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre partie doit être considérée comme une condamnation principale au paiement d'une somme d'argent.*

*Quant aux faits.*

2. — Attendu que l'arrêt énonce les faits de la cause comme suit :

a) par contrat du 5 août 1999, Commerzbank AG a mis à la disposition notamment de Sabena Interservice Center un crédit d'un montant maximum de 25.000.000 EUR, pour une durée expirant le 31 août 2002 et, auparavant, les parties avaient conclu des contrats « sur produits dérivés », dont les échéances s'échelonnaient jusqu'au 25 septembre 2006;

b) le 2 octobre 2001, Commerzbank AG a résilié le contrat de crédit et clôturé certains des autres contrats précités à concurrence de 11.862.045,69 EUR en ce qui concerne Sabena Interservice Center; Commerzbank AG a ensuite affecté le résultat de ces dernières opérations au remboursement de la créance qu'elle détenait, selon elle, notamment contre Sabena Interservice Center, du chef du crédit dénoncé;

3. — Attendu que, par arrêt du 11 décembre 2001, la cour d'appel de Bruxelles, statuant en référé, a considéré :

a) qu'il était manifeste, *prima facie*, que tant cette dénonciation de crédit que les opérations unilatérales et non justifiées par l'existence d'une dette exigible dans le chef de Sabena Interservice Center, qui l'avaient suivie, étaient irrégulières;

b) que, par celles-ci, Commerzbank AG avait méconnu les échéances des contrats dérivés et privé notamment Sabena Interservice Center du droit de choisir le moment de liquider ses positions, et

c) que Commerzbank AG avait privé en outre Sabena Interservice Center de manière intempesive du bénéfice généré par ces opérations en procédant à la compensation querellée et, partant, de liquidités lui appartenant à hauteur d'au moins 11.862.045,69 EUR;

4. — Attendu que, par cet arrêt, la cour d'appel a suspendu les effets de la dénonciation de crédit et a ordonné à Commerzbank AG de mettre à la disposition de Sabena Interservice Center, dans les douze heures de la signification de l'arrêt, la somme susdite correspondant au bénéfice du dénouement des opérations sur contrats dérivés opérés le 2 octobre 2001, et ce sous peine d'une astreinte dont le dit arrêt précise les modalités;

5. — Attendu que Commerzbank AG s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles et a invoqué à l'appui de son pourvoi un moyen pris de la violation de l'article 1385bis, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code judiciaire;

6. — Attendu qu'après avoir considéré qu'une décision relative à l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi uniforme est requise aux fins de pouvoir statuer, la Cour de cassation a, par l'arrêt du 27 février 2003, sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice Benelux se soit prononcée sur la question suivante :

L'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'annexe de la convention du 26 novembre 1973 portant loi uniforme relative à l'astreinte doit-il être interprété en ce sens que les termes « condamnation au paiement d'une somme d'argent » comprennent l'injonction faite à une partie par une juridiction statuant en référé de mettre à la disposition d'une autre partie une somme d'argent dans le cadre d'un aménagement provisoire des relations contractuelles entre ces parties?

*Quant au droit.*

10. — Attendu que l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi uniforme est libellé comme suit :

« Le juge peut, à la demande d'une partie, condamner l'autre partie, pour le cas où il ne serait pas satisfait à la condamnation principale, au paiement d'une somme d'argent, dénommée astreinte, le tout sans préjudice de dommages-intérêts, s'il y a lieu. Toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent [...] »;