

# La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Numéro 19 - Septembre 2019



Centre  
Michel de l'Hospital  
EA 4232

## La Revue du Centre Michel de l'Hospital

**Dossier :** Du bien commun aux biens communs. Approches croisées.

Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 5 octobre 2018

Textes réunis par *Cyrille DOUNOT*

**Etude :** La rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme des Etats de l'Afrique noire francophone : cas du Cameroun, Benin, Tchad et Gabon

Par *Jacques BIPELE KEMFOUEDIO*

**Commentaire :** Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 juin 2019, n°19-17330 et 19-17342. L'intervention inattendue de la Cour de cassation au terme de l'affaire Lambert

Par *Elise ROUMEAU*

---

Numéro 19 - Septembre 2019

Revue à comité de lecture, ISSN 2273-872X



## Sommaire

### Les Annonces

#### Le Dossier :

**Du bien commun aux biens communs. Approches croisées**  
Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 5 octobre 2018

**OUVERTURE DU COLLOQUE : L'EXEMPLE DE L'EAU,**  
*par Philippe **BOUCHEIX***

**LA NECESSAIRE ORDINATION DES BIENS COMMUNS AU BIEN COMMUN,**  
*par Sylvain **LUQUET***

**RETOUR DU BIEN COMMUN SOUS LA FORME DE BIENS COMMUNS  
DANS LES SOCIÉTÉS INDIVIDUALISTES,**  
*par Chantal **DELSOL***

**LA DESTINATION UNIVERSELLE DES BIENS :  
DES BIENS COMMUNS PAR NECESSITE DU BIEN COMMUN,**  
*par Cyrille **DOUNOT***

**QU'EST-CE QUI EST COMMUN SUR LE WEB ?  
EXEMPLE AVEC L'INFORMATION SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE,**  
*par Guillaume **SIRE***

**LA GOUVERNANCE PUBLIQUE DES BIENS COMMUNS INFORMATIONNELS,**  
*par Adrien **PENERANDA***

**TROUBLE DANS L'AMITIE. LA DECONSTRUCTION, LE MANAGEMENT ET  
LA SUBVERSION DU BIEN COMMUN,**  
*par Baptiste **RAPPIN***

**UN BIEN COMMUN EN VUE DU BIEN COMMUN ?  
POUR UNE TENTATIVE DE REFLEXION SUR LA NATURE DE LA PROCEDURE CIVILE,**  
*par Pierre-Louis **BOYER***

L'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE, INSPIRATRICE DES BIENS COMMUNS,  
*par Marc DUPRE*

LE BIEN COMMUN, NOUVELLE CATEGORIE JURIDIQUE ?,  
*par Marie CORNU*

IMPOT ET COMMUNS,  
*par Katia WEIDENFELD*

VERS UNE FINANCE DESTINEE AU BIEN COMMUN :  
LA CONTRIBUTION DE L'APPROCHE THOMISTE,  
*par Caroline MARIE-JEANNE*

### L'Etude :

La rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau  
constitutionnalisme des Etats de l'Afrique noire francophone :  
cas du Cameroun, Benin, Tchad et Gabon,

*par Jacques BIPELE KEMFOUEDIO*

### Le Commentaire :

Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 juin 2019, n°19-17330  
et 19-17342. L'intervention inattendue de la Cour de cassation  
au terme de l'affaire Lambert,

*par Elise ROUMEAU*

### Table des matières

# La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Numéro 19 - Septembre 2019

## *Mentions légales*

---

**La Revue (Centre Michel de l'Hospital)**  
**ISSN 2273-872X**

**éditeur**

Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232  
Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne  
41 boulevard F. Mitterrand  
TSA 80403  
63001 CLERMONT-FERRAND Cedex 1  
[cmh@uca.fr](mailto:cmh@uca.fr)

**directeur de la publication**

Evan RASCHEL, Professeur de droit privé et de sciences criminelles,  
Directeur adjoint du Centre Michel de l'Hospital

**réalisation**

Audrey VITALIEN-CHARBONNEL, secrétariat du Centre Michel de l'Hospital

**comité de lecture**

Marie-Elisabeth BAUDOIN, Professeur de droit public, Université Clermont Auvergne  
Vincent BONNET, Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Université de Bourgogne  
Cyrille DOUNOT, Professeur d'histoire du droit et des institutions, Université Clermont Auvergne  
Allison FIORENTINO, Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles, Université de Rouen  
Anne JACQUEMET-GAUCHE, Professeur de droit public, Université Clermont Auvergne  
Anthony MAYMONT, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, Université Clermont Auvergne  
Isabelle MOULIER, Maître de conférences en droit public, Université Clermont Auvergne  
Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé et sciences criminelles, Aix-Marseille Université  
Fanny TARLET, Professeur de droit public, Université de Montpellier

**parution**

n° 19, septembre 2019

### Les Annonces

#### *Manifestations scientifiques*

<http://cmh.uca.fr/event>

- colloque **Responsabilité administrative et contrats**, sous la direction d'A. JACQUEMET-GAUCHE, **24 septembre** 2019, Ecole de Droit-UCA
- colloque **La conventionnalisation du droit du travail**, sous la direction de G. FRANÇOIS, **4 octobre** 2019, Ecole de Droit-UCA
- colloque **Les mutations du parquet**, sous la direction de M. NICOLAS-GRECIANO, **4 octobre** 2019, Ecole de Droit-UCA
- colloque **Liberté de choisir en santé**, sous la direction de R-M. BORGES et C. LASSALAS, **28 novembre** 2019, Ecole de Droit-UCA
- colloque **Pollution de l'eau et risque**, sous la direction de M-E. BAUDOIN, **6 décembre** 2019, avec le CHEC EA 1001, UCA
- colloque **La Cour constitutionnelle de Russie à travers la présidence de Valery Zorkine**, sous la direction de M-E. BAUDOIN et J-P. MASSIAS, en **décembre** 2019, avec l'IUV Institut Universitaire Varenne, Paris.

#### *Prix de mémoire*

<http://cmh.uca.fr/content/news/7210>



Le **Prix du Mémoire 2018 de l'AFDCL** Association Française de Droit des Collectivités Locales a été attribué à M. **Jean-Christophe CERVANTES**, **doctorant contractuel en droit public au CMH**, pour son mémoire de Master 2 à l'UCA "Les réalités actuelles du principe d'unité des catégories de collectivités territoriales au sens de l'article 72 al. 1er de la Constitution du 4 octobre 1958", sous la direction de Charles-André DUBREUIL, Professeur de droit public, CMH EA 4232, avec publication aux éditions L'Harmattan : **Le principe d'unité des catégories de collectivités territoriales en question**, préface de Charles-André Dubreuil, 2019, 268 p.

### Le Dossier

## Du bien commun aux biens communs. Approches croisées

Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 5 octobre 2018  
Textes réunis par Cyrille DOUNOT

#### **Ouverture du colloque : l'exemple de l'eau**

Philippe BOUCHEIX,  
Maître de conférences en droit public, Université Clermont Auvergne

#### **La nécessaire ordination des biens communs au bien commun**

Sylvain LUQUET,  
Professeur agrégé de philosophie, Paris

#### **Retour du Bien Commun sous la forme de biens communs dans les sociétés individualistes**

Chantal DELSOL,  
Professeur émérite de philosophie, Université Paris-Est

#### **La destination universelle des biens : des biens communs par nécessité du bien commun**

Cyrille DOUNOT,  
Professeur d'histoire du droit et des institutions, Université Clermont Auvergne

#### **Qu'est-ce qui est commun sur le web ? *Exemple avec l'information scientifique et technique***

Guillaume SIRE,  
Maître de conférences en sciences de l'information et de la communication, Université Toulouse 1 Capitole  
Membre de l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication  
Co-responsable de l'Unité Régionale de Formation à l'Information Scientifique et Technique d'Occitanie

#### **La gouvernance publique des biens communs informationnels**

Adrien PENERANDA,  
Maître de conférences en sciences de gestion, LEREPS, Sciences Po Toulouse

#### **Trouble dans l'amitié. La déconstruction, le management et la subversion du bien commun**

Baptiste RAPPIN,  
Maître de conférences HDR en sciences de gestion, IAE de Metz, Université de Lorraine

#### **Un bien commun en vue du Bien commun ?**

#### **Pour une tentative de réflexion sur la nature de la procédure civile**

Pierre-Louis BOYER,  
Maître de conférences HDR en histoire du droit et ancien avocat, CREDO - IODE Rennes I  
Vice-doyen de la faculté de Droit, Université Catholique de l'Ouest Angers

### **L'indivision forcée et perpétuelle, inspiratrice des biens communs**

Marc DUPRE,

Maître de conférences en droit privé, Université Catholique de l'Ouest, chercheur associé IEJUC EA 1919  
Membre du Centre de recherche en éthique et droit de l'Ouest

### **Le bien commun, nouvelle catégorie juridique ?**

Marie CORNU,

Directrice de recherche CNRS, Institut des Sciences sociales du Politique  
(UMR 7220, ENS Paris Saclay, Université Paris Nanterre, CNRS)

### **Impôt et communs**

Katia WEIDENFELD,

Professeur d'histoire du droit, École nationale des chartes

### **Vers une finance destinée au bien commun : la contribution de l'approche thomiste**

Caroline MARIE-JEANNE,

Maître de conférences en sciences de gestion, Université d'Angers

### OUVERTURE DU COLLOQUE : L'EXEMPLE DE L'EAU

Philippe **BOUCHEIX**,

*Maître de conférences en droit public,*

*Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France*

L'initulé thématique de ce colloque conduit de prime abord le juriste à une interrogation sémantique : qu'entend-on par bien commun et biens communs ?

Le bien commun plonge le juriste dans l'embarras car il ne dispose que de quelques fondements très parcellaires. La notion de bien s'oppose à la notion de mal, et le commun à l'individuel ? Pour les civilistes et depuis les romains, les biens sont les choses (immobilières et mobilières), les administrativistes évoquent la notion de domaine et les choses envisagées sont des dépendances.

Le bien commun, au sens du droit public, doit être rapproché de la notion d'intérêt général.

Seuls des regards croisés (celui des historiens, des philosophes, des gestionnaires, des économistes) sur ces notions peuvent proposer un état des lieux satisfaisant. L'idée de cette journée en est une illustration. Pour le juriste publiciste et environnementaliste que je suis, également intéressé par l'histoire du droit et les sciences économiques, l'exemple du droit de l'eau est particulièrement symptomatique des problématiques relatives à ces concepts de bien commun et biens communs.

#### I. L'INFLUENCE DU DROIT ROMAIN

L'évolution générale de la législation française tire en premier lieu ses sources de la tradition romaniste du droit de l'eau. Le droit romain sous l'influence du « Curator aquarum » Frontin qui proposera, en 98 après J.-C. de classer l'eau courante comme une « **Res communis** » : une chose commune qui n'appartient à personne mais qui reste affectée à l'usage de tous. Ainsi, les fleuves et les grandes rivières sont des choses publiques, biens hors du commerce, mis à la disposition de tous (« Res publicae, res in usu populi »). Les petites rivières, ainsi que les torrents et les ruisseaux pouvaient faire l'objet de propriétés privées.

Les romains ont aussi distingué le lit de la rivière qui appartient au riverain qui est provisoirement privé de sa terre, et l'eau courante qui n'appartient à personne et qui est une dépendance du domaine public. Pour le reste, le droit romain considérait que le maître du fonds dispose de l'eau de pluie, de l'eau de source, et qu'il peut aménager un étang ou une mare. Afin de faciliter les relations de voisinage et les droits de riveraineté, étaient mis en place des servitudes : de passage, de puisage, d'aqueduc, d'écoulement des eaux de pluie ou d'égouts.

#### II. DE LA FEODALITE A LA LOI DU 8 AVRIL 1898

L'époque féodale française reste assez ambiguë du point de vue de l'évolution du droit à l'eau. Cette époque est marquée par une confusion de la propriété de la souveraineté sur les eaux et forêts. Ainsi, les rivières et les chemins sont sous le contrôle des comtes et de leurs lieutenants. Le seigneur féodal exerce sur la terre et les eaux un pouvoir de police et de juridiction (il juge les conflits). Ce pouvoir



va progressivement être considéré comme un véritable **droit de propriété**. Il n'y eut que très peu de textes officiels pour régler le régime des eaux du royaume et notamment leur propriété, l'essentiel du droit étant basé sur la coutume. Henri IV, en 1590, voulu régler le problème de la distribution de l'eau en créant la première concession moyennant finances. La révolution française marque un tournant décisif de l'histoire de France. Le droit révolutionnaire va être favorable à un simple **droit d'usage** de l'eau et des rivières et à classer tous les cours d'eau dans le domaine public. La loi du 22 décembre 1789 relative aux départements attribuera aux communes la responsabilité de la salubrité publique, donc implicitement celle de l'alimentation en eau. Les lois des 22 novembre et 1<sup>er</sup> décembre 1790 prévoient que : « les fleuves et les rivières navigables sont considérées comme dépendances du domaine public ». Rien n'est précisé s'agissant des rivières non navigables.

La création du code civil sous Napoléon Bonaparte, le 21 mars 1804, va consacrer le droit d'usage des riverains dans son article 644. Mais il maintiendra les règlements particuliers et les usages locaux dans les règlements d'eau judiciaires. La période révolutionnaire et celles qui suivront ne parviendront pas à trancher les débats doctrinaux développés par Proudhon et Rives favorables à la nationalisation de l'eau et, Chaponnières favorable à un régime de propriété privée rattaché aux anciens droits de riveraineté.

Le second empire (1875-1940) consacrera la mise en place des différents éléments que constitue encore aujourd'hui l'ossature du service public de l'eau en France sous l'influence de Haussmann et Belgrand qui feront appel aux ressources souterraines afin de pallier à la situation très alarmante de la Seine et de ses affluents. L'assainissement des eaux usées devient également une priorité : « **Nous buvons 90 % de nos maladies** » disait Pasteur en 1881. La mise en œuvre des systèmes d'adduction d'eau et des égouts va se révéler très coûteuse pour beaucoup de collectivités locales. Les pouvoirs publics décident donc d'instituer des systèmes de concessions à des sociétés privées. C'est à cette époque que naquit l'industrie française de l'eau par exemple : la compagnie générale des eaux en 1853, la société lyonnaise des eaux et de l'éclairage en 1880. En 1884 le « tout-à-l'égout » est rendu obligatoire à Paris.

La nécessité d'une refonte du droit des eaux était pressante. Il faudra quinze ans à la chambre des députés pour adopter un projet voté par le Sénat : la loi du 8 avril 1898. Ce texte pour les eaux non courantes le principe de l'appropriation privée. Pour les eaux courantes, c'est désormais la distinction fondamentale des cours d'eaux domaniaux et non domaniaux qui est mise en œuvre. Les premiers font partie du domaine public de l'Etat et pour les seconds, la loi accorde aux riverains, avec le droit de propriété du lit, un droit d'usage préférentiel de l'eau. La question d'un droit d'accès à l'eau « des indigents » avait été pour la première fois évoquée au cours des débats parlementaires, sans suite.

### III. DE LA LOI DU 16 DECEMBRE 1964 A LA LOI DU 3 JANVIER 1992

Entre 1898 et 1964, il faut prendre acte d'une multitude de textes législatifs et réglementaires dont les objets ont été divers et variés (protection des eaux souterraines, lutte contre les inondations, police de la pêche etc...) La commission de l'eau créée en 1959 a voulu faire table rase des anciens textes afin d'unifier le droit de l'eau. Ce sera l'objet de la grande loi cadre du 16 décembre 1964 relative à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. Cependant, cette loi consacre comme en 1898 l'appropriation privée de l'eau. La loi crée une action administrative coordonnée, elle renforce la réglementation de protection des consommateurs et met en place les agences de l'eau qui collectent et redistribuent les redevances perçues sur les utilisateurs, de manière proportionnelle à la quantité d'eau consommée et aux rejets polluants émis (mise en place du principe pollueur-payeur en France). La loi de 1964 bouleverse le cadre géographique et administratif de la gestion de l'eau en introduisant la notion de « **bassins versants** » ayant pour délimitation les lignes de partage des eaux. Enfin, la loi créa de nombreuses

institutions nouvelles dans le domaine de l'eau : le comité national de l'eau, les comités de bassins et les agences financières de bassin. Les contrats de rivières.

Toutefois, malgré les très bonnes initiatives consacrées par cette loi, celle-ci n'a pas déployé toutes les mesures prévues. De nombreux décrets d'application n'ont jamais vu le jour, et plusieurs dispositions n'ont jamais été mises en œuvre. C'est le cas en particulier des mesures relatives à la protection des captages, des déclarations de prélèvements des eaux souterraines et des inventaires généraux de la pollution. La loi du 16 décembre 1964 a fait progresser le droit de l'eau, sans faire évoluer le droit à l'eau ni créer les conditions d'une politique de l'eau.

Les années 1970-1992 vont être marquées par la naissance et le développement spectaculaire du droit international de l'environnement à partir de la célèbre Déclaration de Stockholm en juin 1972, et la survenance presque immédiatement des premières directives européennes dans le domaine de l'eau (directive 75/440/CEE, du 16 juin 1975, sur la qualité requise des eaux superficielles destinées à la production d'eau alimentaire ; et la directive 91/271/CEE, du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires). Suivront presque trente directives dans le seul domaine de l'eau jusqu'à l'adoption de la directive cadre du Parlement européen et du Conseil 2000/60/CE du 23 octobre 2000. C'est dans ce contexte que sera adoptée la loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 « sur l'eau ». Dans un premier temps, c'est le ministère de l'environnement qui a lancé une vaste campagne sur le thème d'une refonte du droit de l'eau accompagnée d'une importante concertation avec les collectivités locales et les associations (les assises régionales de l'eau).

Outre la fonction de transposition d'un certain nombre de directives européennes, cette nouvelle loi a franchi une étape décisive sur le chemin de la reconnaissance du droit à l'eau. En premier lieu, l'article premier du texte donne enfin une identité juridique à l'eau en l'incorporant dans **le patrimoine commun de la nation**, et en considérant que sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général, son **usage appartient à tous** dans le cadre des lois et règlements... La loi va mettre en place un nouveau dispositif de police de l'eau en établissant une nomenclature des usages de l'eau pour les soumettre à des procédures de déclaration ou d'autorisation en fonction de critères quantitatifs et d'impacts polluants sur la ressource. Le législateur va instituer une planification globale de la ressource en eau par la création des schémas directeurs d'aménagements de l'eau (SDAGE) et des schémas d'aménagement de l'eau (SAGE), lesquels s'imposeront aux décisions administratives. Enfin, la loi du 03/01/1992 a renforcé le rôle des collectivités territoriales dans le domaine de l'assainissement (la collecte des eaux usées domestiques est obligatoire depuis 2005) et de l'aménagement des cours d'eau. Elle offre la possibilité aux associations de se porter partie civile en matière de police de l'eau ; elle fixe les modalités d'information des consommateurs sur la qualité de l'eau.

On peut considérer cette loi comme un apport fondamental à la théorie des biens communs. Elle va même au-delà, en ce sens qu'elle distingue les biens de la ressource et du patrimoine : ainsi la loi de 1898 considère l'eau comme une chose, celle de 1964 comme une ressource (plue value de nature économique), celle de 1992 fait accéder l'eau au rang de patrimoine commun (plue value de nature sociale et culturelle, en lien direct avec la théorie constitutionnelle des droits des générations futures).

### IV. DE LA LOI DE 1992 A LA LOI DU 30 DECEMBRE 2006

La loi « Barnier » du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement, contient de nombreuses dispositions en matière de gestion de l'eau. Elle fixe de nouvelles règles dans les rapports contractuels entre les collectivités et les entreprises délégataires, comme par exemple la limitation de la durée des contrats à vingt ans. La pratique du versement d'un droit d'entrée par le délégataire est désormais interdite quand la délégation concerne l'eau potable, l'assainissement ou les déchets en général. La loi prévoit l'élaboration d'un rapport annuel dans chaque commune sur le prix et la qualité du service de l'eau ; dans les communes de plus de 3 500 habitants, il doit être mis à la disposition du public ; création d'un observatoire du prix de l'eau en 1996.

Le début des années 2000 est marqué par la célèbre directive cadre du Parlement européen et du Conseil 2000/60/CE du 23 octobre 2000 qui va établir un cadre politique communautaire dans le domaine de l'eau. Le texte précise, dès son premier considérant que « **l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres** ». Mais c'est malgré tout un bien marchand dont la valeur est économique et financière. Elle vise en particulier d'atteindre l'objectif de « bon état » de l'ensemble des masses d'eau en Europe d'ici 2015. Elle impose une gestion par districts hydrographiques, des études de l'incidence des activités humaines sur les eaux et des analyses économiques de l'utilisation de celle-ci. La directive promeut l'usage de la tarification et des redevances pour inciter les usagers à utiliser les ressources en eau d'une manière plus durable et recouvrer les coûts des services de l'eau, par secteurs économiques. Alors que le débat a bien existé, la question du droit à l'eau et à l'assainissement n'est pas envisagée dans cette directive majeure.

La loi « solidarité et renouvellement urbain » (SRU) du 13 décembre 2000, va apporter quelques éléments de réponse nouveaux aux relations entre les services de distribution de l'eau et leurs usagers. Les services chargés de la distribution de l'eau potable sont désormais tenus de procéder à l'individualisation des contrats de fourniture d'eau à l'intérieur des immeubles d'habitat collectif. Les nouveaux abonnés, propriétaires ou locataires ont désormais un rapport direct au distributeur d'eau. L'abonnement direct modifie également le statut de « l'usager habitant, en abonné citoyen ». La loi SRU a modifié le système de transfert des impayés. Les impayés ne sont plus mutualisés au niveau de l'habitat, mais au niveau de la collectivité locale ou du distributeur, d'où une plus grande dilution de la charge financière.

Après presque deux ans de débats, la nouvelle loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006 (LEMA) va consacrer définitivement **la reconnaissance du droit à l'eau**.

*La reconnaissance par le législateur français d'un droit d'accès à l'eau a été le résultat d'une longue et pénible évolution. D'abord très influencé par les principes classiques du droit romain, les orientations libérales de la révolution de 1789, conduiront à la dépendance du droit de l'eau au droit de propriété foncière. C'est à partir du début des années 1990 que l'idée de la reconnaissance d'un droit à l'eau fait son apparition, portée par le droit international et la pression des citoyens et de leurs associations. Trois ans et demi avant l'adoption par l'assemblée générale des Nations unies de la résolution du 28 juillet 2010, le législateur français a inscrit le droit à l'eau dans la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 codifié à l'article L. 210-1 du Code de l'environnement.*

La reconnaissance d'un droit à l'eau et à l'assainissement pour les citoyens a toujours été évoquée depuis les toutes premières lois nationales sur l'eau, en particulier celles du 16/12 1964 et du 03/01/1992. Mais c'est sous l'impulsion du droit international, du droit européen, des nombreuses actions et revendications des citoyens et de leurs associations provocantes, des très nombreuses questions des parlementaires adressées au Gouvernement, que l'accès à l'eau sera consacré en droit français.

L'enrichissement du cadre constitutionnel par l'adoption de la Charte constitutionnelle de l'environnement promulguée le 1<sup>er</sup> mars 2005 va jouer un rôle dans cette reconnaissance en consacrant dans son article 1<sup>er</sup> un véritable droit à l'environnement pour les citoyens : « **Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé** ».

Le Sénat à l'occasion de l'adoption, en deuxième lecture, du projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques (le 11 septembre 2006) a inscrit un droit à l'eau en prévoyant que : « Chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a droit d'accès à l'eau potable des conditions économiquement supportables » (Sénat 2<sup>e</sup> lecture, 11 septembre 2006 n° 133. La loi sera adoptée **le 30 décembre 2006 « loi sur l'eau et les milieux aquatiques L. 2006-1772 (LEMA)**. Elle modifie l'alinéa 2 de l'article L. 210-1 du Code de l'environnement qui est ainsi rédigé : « **Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et à chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous** ».

Ce nouveau droit est resté assez largement théorique jusqu'à l'adoption par le parlement de la **loi n° 2011-156 du 7 février 2011 relative à la solidarité dans les domaines de l'alimentation en eau et de l'assainissement**, journal officiel du 08/02/2011. Ce texte permet aux services publics de l'eau et de l'assainissement « d'attribuer une subvention au fonds de solidarité pour le logement en vue de contribuer au financement des aides relatives au paiement des fournitures d'eau ou des charges collectives afférentes prévues à l'article 6 de la loi n° 90-449 du 31/05 1990 relative à la mise en œuvre du droit au logement ». Une convention passée avec le gestionnaire du fonds de solidarité pour le logement détermine les règles de calcul ainsi que les modalités d'attribution et de versement de cette subvention, dont le montant ne peut excéder 0,5 % des montants hors taxes des redevances d'eau ou d'assainissement perçues.

**Il s'agit d'une solidarité nouvelle entre les usagers qui vient d'être organisée.** Pour autant, la mise en œuvre technique est encore embryonnaire, elle suppose un rattachement physique de l'utilisateur à un lieu d'habitation déterminé. L'accès à l'eau des « sans domicile fixe » est exclu du dispositif et celui des gens du voyage est à peine pris en compte.

Finalement, le droit de l'eau à travers l'évolution de la nature juridique de l'eau et des milieux aquatiques au sens large, apparaît bien comme un exemple positif du concept de bien commun. Sa culture juridique et sa méthode originale peuvent être vraisemblablement transposées à d'autres sujets et problématiques tant le sens commun, la fraternité et la solidarité semblent remis en cause aujourd'hui.

### LA NECESSAIRE ORDINATION DES BIENS COMMUNS AU BIEN COMMUN

Sylvain **LUQUET**,  
Professeur agrégé de philosophie, Paris

**T**rès impressionné et très honoré d'avoir été invité à m'exprimer, au nom de la philosophie, immédiatement après cette conférence d'introduction à une journée consacrée par de savants juristes aux biens communs, je n'oserai faire davantage que rappeler, au moyen de quelques distinctions simples, ce qu'on entend par ce 'bien commun' (*bonum commune*), devenu, depuis peu, l'objet d'une constante préoccupation même chez les politiques, qui ne l'invoquent, il est vrai, pas toujours en connaissance de cause.

C'est l'*ordination* des biens communs (les *communia*, tels que les désigne déjà Cicéron) au bien commun qui se trouve interrogée ici : il s'agit d'abord de savoir si la nécessité de cette ordination est un fait, de telle façon que les biens communs se définissent à partir du bien commun qui en est alors la fin et la règle, ou bien si elle désigne quelque chose qui reste à accomplir, de telle sorte qu'on en cherche les moyens ; il se peut, à cet égard, que l'ambition d'ordonner les biens communs au bien commun exige de profondes réformes dans les conceptions à l'œuvre. Réfléchir au bien commun, notion éminemment politique, c'est réfléchir à ce qui est à ce point la condition de la paix que beaucoup voient dans l'un et l'autre les deux noms d'une même chose.

Sans doute il peut facilement sembler que l'idée même des biens communs est immédiatement dérivée de celle du bien commun ; comment, en effet, les biens communs ne seraient-ils pas *en tant que tels* ordonnés au bien commun, puisqu'ils sont communs ? Ne tiennent-ils pas leur communauté de cette ordination elle-même ?

C'est une idée très répandue, selon laquelle tout ce qui est utile à tout le monde constitue le bien commun comme tel, qu'on définit, par suite, le plus souvent : *l'ensemble des conditions du bien-être général*. Mais une telle acception méconnaît ce qu'est le bien commun, qu'elle subordonne au bien-être, en le réduisant à ses moyens matériels et institutionnels ; mais encore, elle ne voit pas que ce n'est pas en un même sens qu'on dit 'bien' en parlant *du* bien commun, et *des* biens communs. L'écart de sens ne tient d'ailleurs pas essentiellement à l'écart de nombre, entre singulier et pluriel : si *un* bien commun n'est pas *le* bien commun, c'est parce que ce sont des réalités de natures différentes. Ce n'est sans doute pas non plus en un même sens qu'on dit 'commun' dans l'un et l'autre cas.

D'une façon générale, le bien est ce que tout être recherche pour lui-même ; le bien a fondamentalement rang de fin : tout ce que nous identifions comme un bien nous y voyons une fin, et il n'est pas de fin que nous poursuivions en laquelle nous ne voyions un certain bien.

Maintenant, que tous aient en commun de rechercher le bien ne signifie pas qu'il soit nécessairement commun : c'est d'abord son bien propre que recherche tout être, qui tend naturellement à sa conservation et son bien-être. A la suite, on appelle *un bien* ce qui est propice au bien, en est l'instrument ou le moyen ; chacun regarde ainsi ce qu'il acquiert et possède comme son bien : c'est en tant même qu'il y trouve son utilité qu'il se l'approprie et le déclare son bien.

C'est à partir de cette notion que sont pensés, négativement, les biens communs : choses utiles et inappropriables, parce que leur utilité s'étend uniformément à tous. Elles sont donc déclarées la propriété d'aucun en particulier, c'est-à-dire de tous indifféremment dès là que tous y ont (ou doivent avoir) un accès immédiat et inconditionnel, puisqu'il s'agit pour chacun de ce qui lui revient dans la mesure du besoin naturel qu'il en a, en principe égal à celui de tout autre, pour sa santé ou l'épanouissement de ses facultés ; et c'est dans cette exacte proportion que chacun est tenu d'en disposer pour lui-même, un peu comme de la liberté, dont on dit qu'elle s'arrête, pour chacun, là où commence celle des autres.

Les biens communs sont donc des biens *extérieurs*, sinon toujours matériels : ils sont autre chose que ce qu'Aristote désigne *le bien d'un être* qui consiste dans la perfection de sa nature, dont les *communia* sont plutôt les moyens ou instruments : ce qui est propice à la santé peut être déclaré *un bien commun* puisque tous aspirent légitimement à bien se porter. Mais dire que la santé elle-même est un bien commun, c'est dire qu'elle est pour chacun son bien propre, que tous ont en commun de rechercher chacun pour soi. A cet égard c'est davantage le besoin qui est commun, semble-t-il, que le bien qui y répond : tout ce en quoi nous voyons des biens par le bénéfice qu'on en tire pour la santé n'a rang de fin que de façon secondaire ; fin subordonnée à un bien supérieur dont il faut convenir qu'il est appréhendé comme un bien singulier avant de l'être comme un bien universel. Les biens communs, biens extérieurs, instruments et moyens du bien de chacun, ne sont donc communs que de manière extrinsèque ou relative, d'une communauté qui n'est celle des biens en question qu'en tant qu'elle est d'abord celle des besoins que chacun éprouve et cherche à satisfaire pour soi-même.

Nous tomberons d'accord sur le fait qu'un bien qui n'est qu'extrinsèquement commun, commun de manière dérivée, c'est-à-dire qui tient sa communauté d'autre chose que de sa nature de bien, n'est pas vraiment commun. On a donc raison quand on dit que *l'ensemble des conditions du bien-être général* ne suffit pas à définir le bien authentiquement commun ; ces conditions, qu'on regarde comme autant de biens d'autant plus précieux qu'ils s'étendent au besoin de tous, assurent si peu le bien commun proprement dit qu'il suffit de les cultiver pour elles-mêmes pour entraîner la société tout entière dans l'égoïsme le plus agressif.

\*

En quelle sorte de bien consiste donc *le bien commun*, auquel on entend subordonner l'usage des biens extérieurs nécessaires à tous ?

Si, comme nous l'avons dit, le bien est pour tout être sa fin, il n'est pour tout être de bien plus véritable que d'être parfaitement ce qu'il est, c'est-à-dire d'être pleinement ce à quoi le dispose sa nature. Le bien a originairement rang de fin parce que toute chose recherche naturellement sa perfection. C'est, par conséquent, la nature même de ce dont on considère le bien qui est principe de ce bien. La question du bien commun se trouve ainsi suspendue à celle de la nature de l'homme.

Maintenant, il est vrai qu'un bien est d'autant plus grand, absolument parlant, qu'il s'étend à un plus grand nombre : c'est-à-dire, puisque c'est par la notion de fin que se définit le bien, qu'un bien est d'autant plus un bien qu'il est une fin pour un plus grand nombre, fin *commune* à un plus grand nombre. Si important que soit pour chacun son bien particulier, il ne s'étend, en tant que tel, qu'à lui-même, et le bien privé du prince n'est pas plus grand que celui de son écuyer puisqu'il n'est rien de plus que le bien d'un seul.

Il est vrai que l'appétit suit la connaissance. Les êtres recherchent le bien à proportion de l'appréhension qu'ils en ont : l'animal, dont la connaissance est bornée aux sensations, ne connaît véritablement que son bien singulier, qui est tout ce à quoi il aspire : ce n'est pas par altruisme qu'il répugne à quitter le troupeau, ou par ascèse qu'il vit solitaire.

L'homme, remarque Aristote, a la faculté d'appréhender des biens plus élevés que lui, et de les aimer davantage que lui-même. La vérité est un grand bien dès là que tout homme étant doué de raison, tous sont aptes à la connaître ; elle s'étend donc à tout homme absolument, en tant qu'elle est fin de l'intelligence.

Le bien est donc diffusif de soi *per modum finis*, il se communique par mode de finalité ; et le bien commun diffère du bien particulier en ce qu'il est à portée de l'appétit d'un plus grand nombre. Sa communauté elle-même est antérieure aux particuliers comme la fin est antérieure à ce dont elle est la fin : si un seul aimait la vérité elle n'en serait pas moins un bien commun car la communauté du bien commun ne dépend pas de l'appétit qu'on en a mais de son *amabilité* intrinsèque.

Corollairement, le bien commun n'est aimé pour lui-même que s'il est aimé dans sa *communicabilité* : non pas, ici encore, selon qu'il est *communiqué* à plusieurs, car ce serait faire des autres la mesure de la bonté du bien commun, c'est-à-dire du bien particulier la raison d'amabilité du bien commun. N'y eût-il qu'un seul bienheureux, la béatitude céleste n'en serait pas moins le plus grand bien commun, observe saint Thomas d'Aquin, car Dieu est fin de toute chose, et c'est par leur seul refus que les hommes se privent de Paradis. Ce bienheureux aimerait donc la béatitude céleste dont il serait seul à jouir non pas comme un bien privé, à lui seul communiqué, il l'aimerait dans son incommensurabilité même au bien particulier, c'est-à-dire dans l'infinité de son amabilité.

Encore un exemple. L'amour de sa mère est d'autant plus adorable à l'enfant qu'il le voit s'étendre à ses frères et sœurs, jusqu'à ceux qu'il n'a pas encore ; il l'aime dans cette surabondance même qui lui rend aimable tout ce que touche cet amour.

C'est en tant même qu'il est antérieur dans son universalité que le bien commun est principe d'unité : ce que nous appelons une communauté, c'est, ni plus ni moins, au sens strict, une certaine union par la raison d'un bien dont chacun voit qu'il est plus aimable que son bien particulier, et qu'il est le principe même de son bien particulier.

La communauté politique est la communauté parfaite, dit encore Aristote, parce qu'elle seule, par le nombre de ses membres et la diversité de leurs activités, comporte les moyens de sa suffisance, tandis que la famille et les autres communautés (les métiers eux-mêmes) dépendent d'elle pour le bien de leurs membres. Le bien commun de la cité est donc plus aimable pour chacun que son bien singulier en tant que la cité réalise plus parfaitement la nature d'homme que ne le peut l'individu par lui-même ; et l'on peut dire que la cité elle-même est en quelque sorte plus humaine que l'individu pris séparément. Le bien de la famille ou de la nation est ainsi meilleur pour chacun des particuliers qui y participent, non parce que chacun y trouve son bien singulier, mais parce que pour chacun il est aussi le bien des autres : nul ne le veut pour soi seul car chacun ne se connaît de plus grand bien que celui de sa nature d'homme, par laquelle il aspire à la communauté de ses semblables.

Si le bien commun n'était pas le plus grand bien du singulier, raison de ce que le singulier est à lui-même un certain bien, il serait faux de dire que l'homme est naturellement social et politique ; nul ne peut sensément prétendre, en effet, que son plus grand bien est dans l'indépendance radicale vis-à-vis de ses semblables ; le bien commun est donc le bien propre de l'homme selon sa nature d'homme, dont dépend tout ce que chacun est pour lui-même.

Il est encore, et par là même, principe de l'amitié qui lie les membres de la communauté entre eux, qui tendent naturellement à s'opposer sous le rapport de leur bien particulier pris en tant que tel : ce que chacun désire pour soi-même, il peut, bien-sûr, le vouloir aussi pour les autres, mais il n'est pas intrinsèquement nécessaire au désir qu'il en a pour lui-même qu'il s'étende jusqu'aux autres ; ce que je veux pour moi c'est pour moi que je le veux, et si vous et moi voulons la même chose, le Ciel fasse qu'il y en ait assez pour tous.

Je ne peux vouloir un bien pour les autres *en tant que* je le veux pour moi-même que si j'ordonne mon bien privé au bien commun.

Dès l'instant où les hommes ne sont plus liés entre eux par un bien commun qu'ils aiment comme leur plus grand bien, et que l'amitié qu'ils se prêtent n'a plus sa raison dans leur amour du bien commun, c'est pour lui-même exclusivement que chacun exige d'être aimé, comme une fin en soi, dans sa singularité même prise comme unique et insubstituable. Lorsque les communautés humaines ne sont plus ordonnées au bien commun, elles se disloquent. Ce qu'on appelle alors 'bien commun' n'est qu'un idéal factice et la communauté est seulement virtuelle.

Si nous prenons l'exemple d'une bande de brigands, c'est à tort qu'on dirait que le butin leur est un bien commun, puisqu'une fois partagé ils se séparent ; et cependant qu'ils le détiennent 'en commun', ils n'ont vraiment en commun que le désir de l'accaparer chacun pour soi et la crainte des autres qui les arrête.

*Stricto sensu*, le butin (bien extérieur s'il en est) est le *bien de tous*, bien extrinsèquement commun ; et une telle communauté n'est une communauté que par analogie, si ce n'est par abus de langage.

Les biens extérieurs, s'ils sont communs le sont donc de manière extrinsèque ou relative. Tous en ont besoin, mais chacun les recherche pour soi. A ce qui est déclaré ou reconnu un *bien commun* chacun doit avoir un accès immédiat pour lui-même, puisque cela appartient *en commun* à l'un et à l'autre, c'est-à-dire à personne *en particulier*. Cet accès étendu à l'ensemble des membres d'une société, tout au plus obtient-on le *bien de tous* qui n'est que la somme des bien particulier. Mais que tout le monde soit content ne fait pas une société heureuse si chacun ne l'est qu'à l'écart des autres.

\*

En somme, il semble que la question de l'ordination des biens communs au bien commun soit entièrement dépendante de l'idée qu'on se fait du bien commun, c'est-à-dire de l'homme lui-même et de sa place dans la société.

Ce que révèle le fait qu'on envisage l'ordination des biens communs au bien commun comme problème, c'est la difficulté qu'il y a, originairement, à regarder les biens universellement nécessaires comme *effectivement* communs ; autrement dit, ce n'est pas parce que tous ont besoin d'eau ou des rivages que l'eau et les rivages sont nécessairement par tous regardés comme des biens communs.



Si l'on parle d'une nécessaire *ordination* des biens répondant aux besoins les plus universels au bien commun, c'est-à-dire au bien tel qu'il est incommensurable au bien particulier (et sa condition même), c'est que la notion même de biens communs ne trouve de sens qu'à partir de l'intuition qu'il y a un *bonum commune* ; mais si l'on se contente d'y voir le bien de tous, on condamne les biens universellement nécessaires à n'être jamais vraiment regardés comme communs.

En réalité, le passage de la communauté naturelle du besoin à la communauté du bien qui y répond est philosophico-juridique :

Cicéron (*De Off.*) est convaincu que *tout le produit de la terre est créé pour l'usage des hommes* ; il en infère, pour ainsi dire, que *les hommes ont naturellement vocation à s'entraider* ; et pour cela, à *mettre en commun leurs intérêts, leur travail et leurs ressources afin d'unir la société entre tous les hommes* (c'est-à-dire à l'échelle de l'humanité). Mais il place au principe de ce *devoir* l'usage honnête et loyal de la raison, c'est-à-dire qu'il fonde l'effectivité de la communauté des biens sur une morale, ce qui implique une certaine conception de l'homme et des devoirs qui lui reviennent étant ce qu'il est par nature.

D'autre part, le caractère *inappropriable* du bien répondant au besoin universel ressortit, lui, au droit. Il n'est en effet que la loi pour interdire au plus fort d'accaparer ce dont il est le plus avide.

Mais le passage du besoin commun aux biens communs ne constitue pas encore l'*ordination* des biens communs au bien commun. Ordonner c'est *subordonner* : la fin est supérieure en dignité à ce dont elle est la fin. C'est à la fin poursuivie que se prend la règle de l'action ; en ce sens, la fin est la *mesure* de ce dont elle fixe l'ordre, et comme telle, on l'a vu, antérieure à ce dont elle est la fin.

Or la loi elle-même, qui prescrit l'ordre dans les actes, est originairement l'expression d'une certaine conception de l'homme et de la vocation de la société vis-à-vis de ses membres ; la loi obéit à des principes qu'elle illustre, et qui ne sont pas de nature juridique, mais anthropologique et philosophique. Ce qu'il faut considérer chez Cicéron, c'est le principe qui fonde la nécessité de l'honnêteté, c'est-à-dire de la vertu complète dans les rapports des hommes entre eux.

Cicéron est l'héritier d'Aristote, on le sait : or si l'homme est conçu comme politique par nature, le passage de la communauté des besoins à celle des biens se fait pour ainsi dire spontanément, puisqu'Aristote définit justement le politique par l'*ordination* au bien commun. C'est ainsi que l'homme est *seul parmi les animaux à avoir le sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, et des autres notions morales, et c'est la communauté de ces sentiments qui engendre la famille et la cité* (*Pol.* I).

La cité est donc un fait de nature. Elle est *antérieure à la famille et à chacun de nous pris individuellement ; le tout, en effet, est nécessairement antérieur à la partie, puisque le corps entier une fois détruit, il n'y a plus ni pied ni main...* (*Pol.* I).

Pour ceux qui ne veulent rien voir dans l'homme que sa liberté, qu'ils placent au fondement même de son humanité, la société ne peut être un bien que négativement, puisqu'elle est, de fait, un mal nécessaire : pour ceux-là, tout ordre antérieur à la liberté de l'homme est contraire à cette liberté et offense la dignité de l'homme.

La liberté ainsi conçue comme *origine de l'homme dans l'homme*, l'est nécessairement comme liberté *individuelle* ; et cela a pour conséquence que l'homme est pensé, en fait et en droit, antérieur à la société, et la société comme un biais rendu nécessaire par les insuffisances naturelles de l'homme qui reste originairement indépendant de tout ordre dont il n'est pas la source et le principe.

Les conceptions contractualistes de l'ordre social subordonnent systématiquement le bien commun au bien particulier.

L'homme naturel de Jean-Jacques Rousseau est solitaire, occupé à son seul bien singulier. S'il est capable de pitié, ce n'est pas qu'il incline au bien : il ignore le mal, mais il ignore aussi le bien. Il est complètement dépourvu d'idées. L'homme dans son état de nature, l'homme vrai, n'est pas un être raisonnable, il n'a pas la faculté de juger, il est *innocent, livré par la Nature au seul instinct*.

La *bonté* (innocence) de l'homme de Rousseau est donc pure indifférence, il ne distingue que le plaisir et la douleur. S'il répugne à la souffrance de son semblable, c'est par une pitié dont *les bêtes mêmes*, dit Rousseau, ... *donnent quelque fois des signes sensibles* ; sitôt qu'il côtoie les autres de façon habituelle, cette pitié naturelle disparaît : apprenant à réfléchir et à comparer, il devient inéluctablement mauvais, corrompu (*Disc. 1753, I*).

La société bonne (libérée des inégalités) est donc celle où l'homme se trouve réconcilié avec sa première nature qui était *le meilleur de l'homme* et dont *il n'a dû sortir que par quelque funeste hasard qui pour l'utilité commune eût dû ne jamais arriver*. L'authentique utilité commune au genre humain n'est donc pas dans la société politique, mais dans l'indifférence naturelle des uns aux autres et de tous au bien, à tout bien, c'est-à-dire et à plus forte raison, au bien commun.

Quoi qu'on en pense, le contrat social engendre la société individualiste : dès l'instant où l'unité du tout dépend du consentement des parties, c'est le bien de la partie qui préside à celui du tout ; le tout n'est alors plus rien d'essentiel à la partie mais une simple commodité ou le moyen d'augmenter sa jouissance d'en être indépendante. La société est là pour permettre à chacun de *jouir de ses droits, développer ses facultés comme bon lui semble, sans nuire à autrui*, suivant les termes, fameux, de Benjamin Constant.

Les biens communs peuvent être déclarés communs, ils ne le sont que dans la *mesure* où chacun convient de ne pas empiéter sur la liberté des autres ; on peut encore déclarer les biens communs ordonnés au bien commun, il ne peut s'agir que du bien de tous. Et si la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres, comment prévenir que, chacun étant l'autre de chaque autre, il n'en tire que sa liberté commence là où s'arrête celle des autres ? Par quel prodige chaque liberté étant ordonnée à elle-même se limiterait-elle librement ?

Dès là que la société repose tout entière sur la primauté du bien particulier, de la liberté individuelle source et fin de l'ordre politique, la loi n'a d'autre vocation que de garantir à chacun le droit à l'épanouissement personnel.

La loi n'est plus là telle que la pense Aristote, pour inciter à l'amour du bien commun. Le fondement du droit étant la liberté subjective, il suffit qu'augmente le nombre de ceux qui aspirent à ce qui nuit aux autres (ou à tous) pour que changent l'idée qu'on se fait de l'intérêt général, et par suite la règle du droit.

\*

Il n'est pas douteux qu'il faille ordonner au bien commun les biens qui répondent aux besoins les plus universels, puisqu'à défaut ils ne seront jamais vraiment regardés comme communs. Mais si on les ordonne au bien de tous seulement, c'est au bien privé qu'on les ordonne en réalité, et il s'en trouve toujours quelques-uns pour accaparer ce qu'on a rêvé commun.

# La Revue du Centre Michel de l'Hospital

---

Numéro 19 - Septembre 2019

Or le bien commun authentiquement commun ne se conçoit que suivant ce à quoi ceux dont il est le bien commun ont vocation par nature ; si l'on néglige ou refuse ce que sont les choses par leur nature, on cède vite aux fantaisies des idéologies.

C'est au politique que revient la gestion des biens communs. On ne voit pas comment les ordonner au bien commun sans y ordonner d'abord le politique.

Je vous remercie de votre patience.

### RETOUR DU BIEN COMMUN SOUS LA FORME DE BIENS COMMUNS DANS LES SOCIÉTÉS INDIVIDUALISTES

Chantal **DELSOL**,

Professeur émérite de philosophie, Université Paris-Est



Quand les sociétés étaient holistes, tout était « bien commun », attaché à des communautés diverses et emboîtées, il n'y avait pratiquement pas de bien individuel.

L'individualisme occidental moderne a largement dévalorisé le « bien commun ». D'autant que celui-ci, porté ici par des sociétés chrétiennes, revêtait une connotation spirituelle – le « bien » était plutôt le Bien, issu de la transcendance, et le « commun » représentait un rapprochement imparfait de la Communion des Saints (le récit de la Pentecôte représentait l'archétype du Commun).

Quand au XVIII<sup>e</sup> siècle la chrétienté commence à s'effacer, le *bien commun* est remplacé par l'*intérêt général* (à partir de Rousseau), ce qui traduit à la fois le matérialisme naissant (« intérêt » à la place de « bien »), et l'apparition du *collectif* (qui va devenir la *masse* au XX<sup>e</sup> siècle avec les totalitarismes) à la place de la *communauté* (« général » au lieu de « commun »). La communauté représente un groupement d'individus hiérarchisés et pratiquant la solidarité par l'entraide des différences ; tandis que le collectif est un groupement d'individus égaux, recevant chacun les mêmes subsides – mais c'est une autre histoire).

Cela signifie-t-il qu'il n'y a plus de « bien commun » dans les sociétés individualistes ? Il est difficile d'imaginer une société dont les membres ne se verraient rien en commun. Ou alors ce serait l'idéal du pur libéralisme (pour Hayek le bien commun ne signifie rien d'autre que l'addition des biens individuels séparés). Mais cela n'existe pas (c'est du moins ma conviction) : même dans une société individualiste, les citoyens sont fiers de leurs monuments et honteux de voir la misère envahir leurs rues.

Cependant toute l'histoire de la modernité est l'histoire d'un rejet des communautés, depuis la plus petite (la famille) jusqu'à la plus grande (la nation). Car la communauté hiérarchise (et la modernité veut l'égalité), elle soumet l'individu (et la modernité veut la liberté individuelle), et elle engendre la guerre pour sa survie et son expansion (et la modernité veut la paix). Mais surtout, les communautés de la plus petite à la plus grande sont particulières, c'est-à-dire qu'elles englobent une partie seulement de l'humanité, de la société etc. Or la modernité ne veut plus la particularité : elle veut l'universel – Elle ne veut plus des Français ou des Anglais, mais des citoyens du monde. Elle ne veut plus des défenseurs de telle culture, elle veut le multiculturalisme couronné. Le Bien commun dépendait d'une certaine anthropologie, elle-même dépendant d'une culture. Les post-modernes ne veulent plus dépendre que de valeurs universelles, et de ce qui, dans l'anthropologie qu'on peut décrire, est universel.

Ainsi, pendant longtemps et jusqu'au tournant du dernier siècle, la notion de bien commun a pratiquement été effacée, on ne l'utilisait plus : remplacée par « intérêt général ».

A ce moment – il y a quelques décennies, apparaît et se développe la question écologique. Elle avait été évoquée depuis la seconde guerre par des textes comme ceux de Gustave Thibon, mais on n'y avait pas prêté attention. Le climat commence à devenir un souci. On soupçonne que l'économie mondiale et les modes de vie surtout occidentaux, mais bientôt mondiaux, ont un effet délétère sur le climat. Autrement dit, alors que des éléments comme l'air ou l'eau apparaissent comme des biens communs infinis et dont

la consommation pouvait être sans limites... on comprend à l'inverse que certains (surtout nous les Occidentaux) sont en train de jouer vis-à-vis de ces biens le rôle des pirates dans la « tragédie des communs » : ils pillent pour leur propre jouissance un bien commun limité, le raréfient et le dénaturent.

Je pense que c'est l'apparition ou le développement du souci écologique, qui a par nécessité remis en circulation le concept de bien commun, et même de Bien Commun.

J'ai dit plus haut que la post-modernité récuse la particularité : elle a vu par exemple la modernité tomber dans les pièges des nationalismes, fauteurs d'affreuses guerres. Elle a vu les totalitarismes instrumentaliser les familles. Pour échapper à ses fantômes, elle vise le seul universel. Nous n'avons plus à être citoyens d'une patrie, mais citoyens du monde. Un bien commun particulier, celui de la patrie ou de la famille, est aussitôt suspecté de chauvinisme et vite de terrorisme. Nos contemporains ne veulent plus se passionner pour le bien-être des Bretons, mais le bien-être de l'humanité leur importe.

C'est pourquoi le souci écologique était le seul par lequel pouvait se redéployer le bien commun. Lorsqu'apparaît la nécessité de protéger des « biens communs » planétaires, c'est-à-dire universels, le concept nous va comme un gant. La nécessité n'est plus de défendre une patrie ou une culture particulière, mais l'eau ou l'air dont a besoin toute la planète. Que l'on prenne l'exemple des biens écologiques, ou celui des biens immatériels (l'information), il s'agit toujours de biens qui concernent l'humanité tout entière, et non pas une communauté particulière.

C'est le phénomène de mondialisation qui transforme la teneur du bien commun. C'est lui aussi qui rend la notion de bien commun acceptable et même importante pour des sociétés individualistes, parce qu'avec la mondialisation disparaissent les particularités (du moins c'est ce que l'on croit ou ce que l'on voudrait).

L'apparition des « biens communs » écologiques ou climatiques, c'est le retour du « bien commun » adapté à une époque cosmopolite, pour laquelle seul compte l'universel.

Mais le problème est le suivant :

La passion pour l'universel a toujours été une idée, je dirais une idéologie plus qu'un souci concret. Il suffit de se rappeler Rousseau. Et plus tard l'idéologie communiste. A force d'aimer l'humanité, on assassine les humains qu'on a devant soi (on chante l'Internationale en tuant les humains concrets). L'amour de l'universel traduit en général dans l'histoire un mépris de la particularité. Après un siècle d'idéologies meurtrières, les passionnés de l'humanité nous font sourire : qu'ils s'occupent d'abord de leur voisin de palier !

Et pourtant, aujourd'hui le bien commun universel, qu'il soit climatique ou autre, a cessé d'être le nuage des idéologues et est devenu une chose réelle. En raison de la mondialisation, beaucoup de choses sont devenues communes à tous les humains de la terre. En raison d'une spécifique « tragédie des communs » qui affecte les ressources naturelles et le climat, l'eau ou les forêts sont devenues effectivement des biens communs universels de l'humanité (ce qui n'existait pas auparavant parce qu'on les croyait infinis, ou on faisait comme s'ils l'étaient – c'est toujours le cas quand arrive finalement la tragédie des communs).

Autrement dit : la tragédie des communs au niveau global, nous force à concrétiser ce qui apparaissait auparavant comme une simple utopie, nous impose de réaliser notre désir d'universel. Y parviendrons-nous ? Déjà nombre d'écologistes avancent que nous devons pour cela anéantir (ou dépasser ?) la démocratie – car la démocratie est incapable, par nature, de décider pour le long terme.

L'évolution de la notion de bien commun dans la période post-moderne (à partir du début du XX<sup>e</sup> siècle), suit l'évolution de la plupart des concepts que la Chrétienté ne parvient plus à légitimer par son dogme. Ils ne tombent pas dans l'oubli ni ne sont rejetés. Ils sont récupérés par l'esprit moderne, qui tient à eux mais nourrit le besoin de les légitimer autrement que par les dogmes chrétiens. On leur trouve donc une nouvelle légitimité, afin que dans l'aventure ils ne perdent ni leur assise ni leur importance (c'est ainsi que Kant avait proposé de conférer une nouvelle légitimité à la dignité humaine : l'autonomie – à la place de l'image de Dieu). Cette nouvelle recomposition des légitimités correspond aux commencements de l'école phénoménologique. C'est l'exigence existentielle qui fait la légitimité, celle des dogmes ayant disparu. Il en va ainsi pour le bien commun. Peut-être peut-on considérer le XIX<sup>e</sup> siècle (ou au moins sa seconde moitié) comme le moment où la société libérale d'après la révolution ayant anéanti le bien commun, les sociétés occidentales ont compris dans leur chair à quel point inhumaine était cette situation où le commun était littéralement aboli. C'est à la fin du XIX<sup>e</sup> que naissent les Chrétiens sociaux et la doctrine sociale de l'Eglise, c'est au début du XX<sup>e</sup> siècle que naissent les mouvements solidaristes, personalistes. Dorénavant, le bien commun va se légitimer par son exigence avérée dans le monde des humains, et cette exigence se révèle par l'absence. Grande leçon qui manifeste à quel point les principes édictés par les dogmes étaient si souvent anthropologiques, inscrits dans les besoins premiers de la nature, émanés d'une loi naturelle. Supprimez les dogmes, et on cherche d'autres assises : dans le cas qui nous occupe, une société sans bien commun n'est tout simplement pas viable. Dans des sociétés individualistes, on refuse de se voir imposer une définition du bien commun par l'une ou l'autre instance – et cependant on désigne ensemble les biens communs en fonction de l'exigence avérée.


Enfin, si par le biais du souci écologique nous avons retrouvé le Commun, nous avons aussi retrouvé, d'une autre manière, le Bien – avec une majuscule. Pourquoi ? parce que l'écologie est devenue une religion, une idéologie si l'on veut. Elle s'impose avec la force de l'évidence, et n'admet pas la tolérance. Ceux qui s'y opposent sont traités comme des délinquants. Autrement dit, ce qu'elle poursuit ce n'est pas le bien, mais le Bien, retrouvant en cela l'esprit de l'ancienne chrétienté.

### LA DESTINATION UNIVERSELLE DES BIENS : DES BIENS COMMUNS PAR NECESSITE DU BIEN COMMUN

Cyrille **DOUNOT**,

*Professeur d'histoire du droit et des institutions,*

*Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France*

 En 2016, plusieurs affaires de vol de nourriture par des nécessiteux ont défrayé la chronique. Au joli mois de mai, un homme est condamné par le tribunal correctionnel de Cahors à deux mois de prison ferme, pour avoir volé du riz, des pâtes et une boîte de sardines dans une maison de Figeac dans laquelle il s'était introduit en cassant un carreau<sup>1</sup>. L'habitante n'avait pas porté plainte, et l'individu a affirmé avoir agi par nécessité. En novembre, c'est au tour du tribunal correctionnel de Toulouse de condamner à trois mois de prison ferme un homme de 22 ans qui avait volé une bûche de chèvre dans un supermarché<sup>2</sup>. Inconnu des services de police, il n'avait pas mangé depuis trois jours. D'autres affaires semblables ont été jugées en 2018, notamment à Chalon-sur-Saône, où un SDF de 24 ans est condamné à trois mois de prison avec sursis et à 210 heures de travaux d'intérêt général pour avoir, selon son propre aveu, « volé des sandwiches et des mini-pizzas dans la poubelle, des canettes de soda et une nappe pour [se] couvrir quand il fait froid » dans la réserve d'un magasin<sup>3</sup>.

Ces diverses affaires s'éloignent de la célèbre jurisprudence Ménard, où le tribunal d'Amiens avait, en 1898, déclaré pénalement irresponsable du vol d'un pain une mère qui, avec son nourrisson, n'avait pas mangé depuis 36 heures<sup>4</sup>. Les juges avaient alors invoqué le fondement de la contrainte morale sous le nom de « circonstances exceptionnelles », à défaut d'autre possibilité légale. Aujourd'hui, le droit positif connaît, en matière pénale, l'existence de faits justificatifs qui écartent la responsabilité pénale d'une personne qui « face à un danger actuel ou imminent qui la menace elle-même [...] accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne », quoique délictuel (C. pén., art. 122-7). Cet état de nécessité, introduit dans la loi en 1994, s'étend à tout péril menaçant la vie, la santé ou la satisfaction des besoins vitaux d'un individu ou d'une famille<sup>5</sup>. C'est à ce titre que les juges ont reconnu, en matière de logement, l'irresponsabilité pénale d'une personne construisant sa propre maison sans permis de construire (T. corr. Colmar, 27 avril 1956), ou d'un chef de famille fracturant la porte d'un appartement inoccupé pour y loger les siens, dont un enfant en bas âge (TGI Paris, 28 nov. 2000), ou encore, en matière de besoins naturels, l'irresponsabilité d'un locataire détruisant la palissade construite par son propriétaire l'empêchant d'accéder aux toilettes (Cass. crim., 4 janv. 1956). L'état de nécessité, à l'imitation de la légitime défense, doit répondre à certaines conditions : l'existence d'un danger actuel ou imminent, réel et injuste, et une sauvegarde nécessaire et mesurée<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> < <https://france3-regions.francetvinfo.fr/occitanie/lot/cahors/il-vole-du-riz-et-des-pates-parce-qu-il-avait-faim-2-mois-de-prison-ferme-996619.html> >.

<sup>2</sup> < <https://france3-regions.francetvinfo.fr/occitanie/3-mois-prison-ferme-vol-fromage-homme-qui-avait-faim-toulouse-1137481.html> >.

<sup>3</sup> < <https://www.ouest-france.fr/bourgogne-franche-comte/saone-et-loire-un-sdf-condamne-du-sursis-pour-s-etre-servi-dans-les-poubelles-d-un-magasin-atac-5484421> >.

<sup>4</sup> Les premières décisions de justice validant la contrainte morale sont toutefois plus anciennes, et remontent au Second Empire (Cass. crim., 15 nov. 1856). Sur le « phénomène Magnaud », du nom du « bon juge » ayant rendu cette décision, v. Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, Paris, 1919, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 287-307.

<sup>5</sup> L'ancien article 64 du Code pénal ne prévoyait que la force majeure comme excuse de nécessité, lorsque l'individu « a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ».

<sup>6</sup> *JCl. Pénal Code*, article 122-4, Fasc. 20 : Faits justificatifs, par C. Mascala.

Cependant, cet état de nécessité n'est qu'une version rabougrie de l'ancien droit, en ce qu'il laisse notamment subsister la responsabilité civile de l'auteur du fait (Cass. Crim., 27 oct. 1884). Dans les affaires de vol de nourriture, le voleur serait donc quitte de l'infraction, sauf à réparer civilement, c'est-à-dire à rembourser le propriétaire volé. De plus, l'infraction demeure, n'étant écarté que le rattachement à l'individu qui l'a commise.

Cette vision presque bourgeoise appauvrit la longue et ancienne réflexion menée par les canonistes et les théologiens médiévaux sur l'usage des biens de ce monde. En effet, si les juges français peuvent aujourd'hui exciper d'une cause objective d'irresponsabilité, quoiqu'ils ne le fassent guère en pratique, c'est en vertu d'une appropriation d'un concept chrétien, celui que l'Église appelle aujourd'hui la destination universelle des biens, et qu'elle appelait autrefois la destination sociale des biens<sup>7</sup>. Sur la question difficile du vol, et plus amplement du vol commis par nécessité, les juristes médiévaux ont dégagé un principe humain, au service du bien commun de la société. Il s'agit de réputer *communs* certains biens, dans des cas déterminés. Alors, au nom de la destination universelle des biens matériels, l'usage d'un bien particulier est transféré du propriétaire au possesseur. Ce transfert juridique, justifié par la nécessité, s'oppose à toute condamnation de celui qui use d'un bien dont il n'est pas propriétaire, pour la bonne raison qu'il ne le vole pas. Cette théorie, fondée sur le bien commun et non sur la seule utilité sociale, fait disparaître le délit au lieu de faire simplement disparaître le lien de rattachement entre le délit et le délinquant. Le bien ainsi dérobé, même consommable, redevient commun, et son usage ne peut être pénalement réprimandé.

Il reste à voir comment les canonistes ont déployé leur argumentation à dessein de retrouver l'usage commun des biens (I), et de quelle manière cette théorie de la destination universelle des biens se rattache à la doctrine du bien commun (II).

### I. L'USAGE COMMUN DES BIENS PARTICULIERS

L'idée d'un usage commun des biens particuliers dans certaines circonstances remonte plus haut que son intégration dans le système juridique. Les objurgations de saint Basile contre la richesse pourrie sont connues (6<sup>e</sup> homélie, sur l'évangile selon saint Luc, 12, 18), notamment la partie finale : « Il appartient à celui qui a faim, le pain que tu gardes ; à celui qui est nu, le manteau que tu conserves dans tes coffres ; à celui qui est sans chaussures, la chaussure qui pourrait chez toi ; au pauvre, l'argent que tu tiens enfoui. Ainsi, tu commets autant d'injustices qu'il y a de personnes à qui tu pourrais donner »<sup>8</sup>.

Saint Grégoire le Grand, dans son *Pastoral*, affirmait déjà que donner aux pauvres les choses indispensables à la vie n'est pas un acte de charité, mais « un devoir de justice » (III, 21)<sup>9</sup>. Toutefois, c'est sous l'angle de la charité, et du devoir de charité incombant aux riches, que l'obligation était mentionnée par les auteurs ecclésiastiques. Chez les théologiens, le vol commis par le pauvre est considéré comme

<sup>7</sup> Parmi les expressions utilisées, celle de la « fonction sociale de la propriété », popularisée par Albert de Mun (Discours de Landernau, 22 octobre 1894), sera une des plus vivaces. Il semble que l'expression « destination universelle des biens » remonte à un discours d'Henri Lorin, lors de la Semaine sociale de Marseille de 1908, sur la « manière catholique » d'envisager le système économique et social : « C'est d'avoir pour but, non la description de ce qui est, mais la recherche de ce qui doit être ; c'est de prendre pour fondements les affirmations du catholicisme relativement à la dignité de la personne humaine, à la fraternité de tous les hommes, à la destination universelle des biens terrestres, pour guide ses conceptions de la justice et du progrès, pour règle le principe d'équivalence fraternelle qu'il pose et les déterminations positives que l'Église a faites de ce principe », H. Lorin, « Déclaration à la Semaine sociale de Marseille », *Les Questions Actuelles*, t. XCVIII, n° 4, 5 sept. 1908, p. 118.

<sup>8</sup> La version latine de ce texte passera dans le Décret, attribuée à saint Ambroise (D. 47, c. 8, *Sicut hi*).

<sup>9</sup> Cité par le *Compendium de la Doctrine sociale de l'Église*, § 184 (éd. Bayard-Cerf-Fleurus-Mame, Paris, 2005, p. 103).



moindre que le vol commis par le riche. L'expression vient de saint Augustin, reprise par Pierre Lombard<sup>10</sup>. Cette idée a passé chez les moralistes et dans les recueils pénitentiels, qui tous prévoient des tarifs de pénitence inférieurs pour le vol commis par nécessité<sup>11</sup>.

Gratien insère plusieurs textes dans sa *Concordia* qui serviront de lieux canoniques relativement à la question du vol de nourriture. Deux textes contradictoires sont principalement invoqués. L'un, attribué faussement à saint Grégoire, prévoit une punition plus légère pour celui qui vole un bien d'Église poussé par l'indigence, *ex inopia* (can. *Fraternitas*, C. 12, q. 2, c. 11). L'autre, tiré d'un auteur incertain, Apollonius, renvoie à l'innocence des Apôtres du fait du vol d'épis de blé (can. *Discipulos*, De cons. D. 5, c. 26). De là, les canonistes vont mettre en balances ces deux tendances, celle de la clémence et celle de l'innocence, pour construire un régime inédit au service du bien commun, en inventant l'excuse de nécessité.

Les premiers décrétistes ne s'intéressent pas particulièrement à la question, d'autant que le canon *Discipulos* se trouve (mal) rangé au milieu de dispositions relatives au jeûne, comme le fait remarquer Étienne de Tournai<sup>12</sup>. Son continuateur, le pseudo-Étienne refuse d'excuser le voleur indigent. Ces auteurs se rangent à l'opinion ancienne, exprimée par exemple par Pierre de Blois, selon qui l'Église peut remettre la peine due au vol commis par un pauvre, à titre de miséricorde<sup>13</sup>.

Simon de Bisignano (v. 1177-1179) est le premier à faire le lien entre les deux textes, et à excuser « ceux qui commettent un crime ou une injustice » en raison de leur indigence<sup>14</sup>. À l'aide du canon *Discipulos*, il explique, de manière générale, que « nul ne doit se voir imputé ce qu'il a fait par contrainte » (D. 5, c. 4), ou de manière plus précise, que « mu par la nécessité, on peut agir contre la loi » (De cons. D. 1, c. 11). Plusieurs sommes de l'école anglo-normande (*Lipsiensis*, *Laudunensis*) établissent la même solution d'une excuse d'indigence pour le crime ou l'injustice.

Huguccio de Pise, malgré la contrariété des constructions doctrinales, va opter pour la solution de Simon de Bisignano. Dans sa somme (v. 1190), il reprend les opinions adverses : « Certains disent que celui qui vole poussé par une faim urgente n'est pas excusé, qu'il commet un vol [...] moi au contraire, je ne crois pas qu'il pêche, celui qui se trouve placé dans une telle situation, à savoir de se servir du bien d'autrui à cause de l'urgente nécessité de la faim » (C. 12, q. 2, c. 11). Il le dit ailleurs, celui qui agit contraint par l'urgente nécessité « doit être excusé du péché, même du vol » (De cons., D. 5, c. 26). Cette nécessité n'a pas pour conséquence la seule « diminution de la gravité du péché ou de la peine, puisqu'en vérité, il ne pêche pas celui qui prend à cause de la faim »<sup>15</sup>.

Dès lors, les canonistes vont s'affronter sur cette question, mais la plupart vont se ranger à l'avis d'Huguccio, tels Alain l'Anglais, Laurent d'Espagne, Vincent d'Espagne, ou encore dans la glose palatine ou la glose ordinaire de Jean le Teutonique. Afin d'asseoir leur position, ces canonistes vont étendre le champ d'application de l'adage *necessitas legem non habet* (De cons., D. 1, c. 11), qui ne s'appliquait initialement qu'à la célébration de la messe hors des lieux consacrés<sup>16</sup>. L'adage devient vite, sous la plume

<sup>10</sup> G. Couvreur, *Les pauvres ont-ils des droits ? Recherches sur le vol en cas d'extrême nécessité depuis la Concordia de Gratien (1140) jusqu'à Guillaume d'Auxerre († 1231)*, Rome, 1961 (Analecta Gregoriana, 111), p. 30, n° 55. Nos développements suivants sont tirés de cette très riche thèse.

<sup>11</sup> *Id.*, p. 46-48.

<sup>12</sup> *Summa*, éd. J. Schulte, p. 280, cité par G. Couvreur, *op. cit.*, p. 54, n° 61.

<sup>13</sup> *Speculum*, 32, éd. Remier, p. 63, cité par G. Couvreur, *op. cit.*, p. 55, n° 66.

<sup>14</sup> *Summa*, C. 12, q. 2, c. 11, cité par G. Couvreur, *op. cit.*, p. 55, n° 67.

<sup>15</sup> G. Couvreur, *op. cit.*, p. 56.

<sup>16</sup> Sur ces évolutions, v. Fr. Roumy, « L'origine et la diffusion de l'adage canonique *Necessitas non habet legem* (VIII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.) », W. P. Müller, M. E. Sommar (dir.), *Medieval church law and the origins of the Western legal tradition: a tribute to Kenneth Pennington*, Washington, 2006, p. 457-486.

de Bernard de Pavie, une règle juridique : *quod non est licitum in lege, necessitas licitum facit*<sup>17</sup>. Pour autant, la nécessité n'excuse pas tout, et l'application concrète du principe se heurte à des impossibilités, telles que le mensonge, l'adultère ou la prostitution. Le principe s'affine, et la nécessité apparaît comme l'expression d'un besoin vital, « l'état de nécessité est avant tout un état de besoin »<sup>18</sup>. Huguccio rejette l'idée qu'il puisse y avoir un conflit de devoirs, ou une *perplexitas*. Il estime ensuite que, si l'affamé peut se servir, c'est qu'« il doit croire que le propriétaire lui permet » (*debet credere dominum esse permissurum*) de le faire. Il fonde son assertion sur le devoir du riche, tel que présenté par le canon *Pasce fame morientem* (D. 86, c. 21), attribué à saint Ambroise. Sur le texte déjà mentionné de saint Basile (D. 47, c. 8), et l'incise *proprium nemo dicat*, il forge l'essentiel du concept de destination universelle des biens. Il utilise six fois le terme *communicandum* pour désigner le partage des biens superflus, et ajoute sous forme d'axiome que « de droit naturel, toutes choses sont communes, c'est-à-dire communicables aux indigents en temps de nécessité » (*iure naturali omnia sunt communia, id est tempore necessitatis indigentibus communicanda*)<sup>19</sup>. La formule fera florès et sera inlassablement reprise par les canonistes suivants. Toutefois, Huguccio n'applique pas directement ce principe au cas du vol. Il détaille les modalités d'articulation du droit de propriété et de la nature commune des biens : « une chose est à la fois propre et commune, propre quant au *dominium* ou à la puissance de disposer, commune quant à la communication aux autres en temps de nécessité »<sup>20</sup>.

Cette théorie va recevoir un complément important de Richard de Mores, dans son apparat rédigé vers 1194-1197. D'abord, il invoque l'autorité de Dieu en tant que maître absolu de toutes choses, au fondement de cette théorie<sup>21</sup>. Ensuite, il rattache la solution d'Huguccio à l'énoncé d'un principe général : « Comme, de droit naturel, toutes choses sont communes, et communicables en temps de nécessité, il ne faut pas parler de vol à proprement parler ».

D'autres canonistes viendront compléter l'ensemble. Alain l'Anglais renforce la cohérence de l'état de nécessité, qui ne peut excuser qu'à l'encontre des lois humaines, et non à l'encontre des lois divines, de la même manière qu'une dispense ou une coutume ne sauraient s'appliquer au droit naturel. Il expose que l'affamé prend ce qui, de droit naturel, est à lui, ce qui est *suum*, ou *sibi debitum*<sup>22</sup>. Laurent d'Espagne insiste sur le caractère commun du bien pris par l'affamé, c'est-à-dire communicable à autrui. La nécessité rend ce bien commun, ce qui ne peut arriver, par exemple, à la femme contrainte de se prostituer, ne pouvant pas devenir une chose commune. Les diverses gloses reprennent cet enseignement, et la distinction d'avec la fornication. Vincent d'Espagne emploie l'expression de *quasi iure suo et re sua utebatur*. L'affamé use du bien comme s'il était sien, c'est pourquoi la plupart des canonistes tiennent qu'il n'est pas tenu de restituer le bien, dans le cas où il se trouverait dans une meilleure situation. L'étendue matérielle de ce principe couvre toujours la nourriture et le vêtement, et parfois le logis ou le moyen de fuir un danger imminent.

<sup>17</sup> Elle sera reprise, telle quelle, par Raymond de Peñafort, X, 5, 41, 4, RJ 42.

<sup>18</sup> G. Couvreur, *op. cit.*, p. 72.

<sup>19</sup> Il ajoute que, de droit naturel, « aliquid est commune et aliquid est proprium » (D. 1, c. 7, v° *communis omnium possessio*), cité par G. Couvreur, *op. cit.*, p. 144, n° 459.

<sup>20</sup> G. Couvreur, *op. cit.*, p. 147, n° 475. L'auteur en conclut : « Le droit naturel n'est plus l'idéal inaccessible et le souhait irréalisable d'une communauté invivable dans ce monde marqué par le péché ; c'est au contraire un précepte qui pénètre l'organisation juridique actuelle, qui transforme de l'intérieur le concept de propriété : ma chose est à la fois mienne et commune ; le droit de m'approprier un bien est limité par le devoir corrélatif de mettre en commun ».

<sup>21</sup> Apparat sur Comp. I<sup>o</sup>, 5, 26, 5, cité par G. Couvreur, *op. cit.*, p. 92, n° 248.

<sup>22</sup> G. Couvreur, *op. cit.*, p. 101.

Dernière précision apportée par les juristes, celle de la sanction juridique de ce droit. Pour Huguccio, il est impossible à l'affamé de réclamer en justice l'attribution d'un bien par le biais d'une action personnelle, car le pauvre ne devient pas propriétaire du bien. Il peut soit user directement du bien, soit envisager la dénonciation évangélique, permettant à l'Église de forcer le propriétaire à se défaire de son superflu, et en délaissier l'usage. La contrainte peut aller jusqu'à l'excommunication<sup>23</sup>.

Cette construction médiévale sera assumée par les canonistes de l'époque moderne, plus continuateurs qu'innovateurs<sup>24</sup>. Ainsi, en se limitant à l'exemple de Reiffenstuel, sa *Theologia moralis* se fait la continuatrice de la doctrine classique : « En cas d'extrême nécessité, cela est licite [s'emparer du bien d'autrui], pour la conservation de sa vie »<sup>25</sup>. Il adopte également la formulation traditionnelle d'une mise en commun des biens, écrivant qu'« à l'article d'une extrême nécessité, tous les biens sont communs, ce qui ne doit pas s'entendre comme le transfert de la propriété de toute chose à celui qui s'en empare, mais seulement de celle qui sert à la conservation de la vie ». Sa conclusion est nette, fondée sur le canon *Exiit* (VI, 5, 12, 3), estimant que c'est « de droit divin (*jure poli*) que toutes choses sont communes pour l'usage nécessaire à la conservation de la vie »<sup>26</sup>.

## II. LA DESTINATION UNIVERSELLE DES BIENS

Cette célèbre décrétale *Exiit qui seminat* de 1279, adoptée par le pape Nicolas III, affirmait solennellement que « de par le droit divin, à l'article de l'extrême nécessité et en vue de pourvoir à la subsistance de la nature, toutes choses sont concédées à ceux qui les détiennent, par exemption de toute loi du fait de l'extrême nécessité ». Cette reconnaissance d'un droit naturel offert à l'indigent, en cas d'extrême nécessité, de pourvoir à ses besoins essentiels était devenu la doctrine officielle et commune, synthétisée à merveille par saint Thomas d'Aquin.

L'Aquinat, dans la *Somme de théologie*, s'intéresse à la question du vol (II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 66, le vol et la rapine). Il établit en premier lieu, à l'article 1<sup>er</sup>, la naturalité de la possession des choses extérieures, en fondant son opinion sur Aristote. Ensuite, à l'article 2, il s'interroge sur la possibilité de posséder en propre. Il établit la nécessité de la possession, et ajoute que, relativement à l'usage, il en va différemment : « Sous ce rapport, l'homme ne doit pas posséder ces biens comme s'ils lui étaient propres, mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit être tout disposé à en faire part aux nécessiteux » (concl.). La première objection, fondée sur la communauté d'origine des biens matériels, reçoit cette réponse : « La communauté des biens est dite de droit naturel, non que le droit naturel prescrive que tout soit possédé en commun, et rien ne puisse être approprié, mais en ce sens que la division des possessions est étrangère aux prescriptions du droit naturel ; elle dépend plutôt des conventions humaines et relève par-là du droit positif. Ainsi, la propriété n'est pas contraire au droit naturel, elle s'y surajoute par voie de conclusion raisonnable » (ad 1<sup>um</sup>). Il prend l'exemple de l'homme arrivé le premier au théâtre, qui n'est injuste que s'il empêche les autres de s'asseoir, pas s'il se contente de prendre la première place : « De même, le riche n'est pas injuste lorsque, s'emparant le premier de la possession d'une chose qui était originellement à tous, il en fait part aux autres. Il ne pêche qu'en refusant mal à propos à autrui d'en jouir » (ad 2<sup>um</sup>).

<sup>23</sup> G. Couvreur, *op. cit.*, p. 113.

<sup>24</sup> Ch. Lefebvre, M. Pacaut, L. Chevallier, *L'époque moderne (1563-1789). Les sources du droit et la seconde centralisation romaine*, Paris, 1976 (Histoire du droit et des institutions de l'Église en Occident, XV/1).

<sup>25</sup> A. Reiffenstuel, *Theologia moralis*, Venise, 1722, p. 377 (IX, 5, 1, § 10).

<sup>26</sup> A. Reiffenstuel, *Theologia moralis*, Venise, 1722, p. 377 (IX, 5, 1, § 13).

Ces principes lui permettent de répondre, à l'article 7, à la question « Est-il permis de voler en cas de nécessité ? ». À son habitude, il commence par exposer les objections, dont une tirée du droit canonique, à savoir l'existence d'une pénitence pour celui qui vole, « poussé par la faim ou la nudité » (cap. *Si quis*, Comp. I<sup>a</sup>, 5, 26, 5). Or, « on n'inflige de pénitence qu'à un coupable »<sup>27</sup>. Il affirme, en guise de solution, le principe cardinal de notre étude : « en cas de nécessité, toutes choses sont communes » (*in necessitate, sunt omnia communia*). Il justifie cet axiome en recourant de nouveau à l'ordination du droit positif au droit naturel : « Ce qui est de droit humain ne saurait déroger au droit naturel ou divin. Or, selon l'ordre naturel [...] les êtres inférieurs sont destinés à subvenir aux nécessités de l'homme. Aussi bien, leur division et leur appropriation, œuvre du droit humain, ne pourront empêcher de s'en servir pour subvenir aux nécessités de l'homme. Voilà pourquoi les biens que certains possèdent en surabondance sont dus, de droit naturel, à l'alimentation des pauvres » (concl.). C'est là qu'il cite le passage si célèbre de saint Ambroise, repris par Gratien : « C'est le pain des affamés que tu détiens, c'est le vêtement de ceux qui sont nus que tu serres dans ta garde-robe ; ton argent, c'est le rachat et la délivrance des miséreux, et tu l'enfouis en terre ». Saint Thomas réitère les conditions fixées par les juristes, estimant qu'en cas de nécessité urgente et évidente, les besoins pressants sont à secourir avec les choses qui se présentent (*rebus occurrentibus*) : « alors, quelqu'un peut licitement subvenir à sa propre nécessité avec le bien d'autrui [...] il n'y a ni vol ni rapine ».

Saint Thomas reprend ailleurs cette doctrine, notamment quand il envisage la question de l'aumône, dans le traité sur la charité (II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, q. 32, a. 5, ad 2). Il y explique que les biens de l'homme sont à lui quant à la propriété, mais quant à l'usage, ils ne sont pas à lui seul. Ils sont également aux autres, que son propre superflu peut aider à vivre. Cette double condition est nécessaire : superflu chez celui qui donne, nécessité chez celui qui reçoit. Saint Thomas ne dit pas autre chose dans son commentaire de la politique d'Aristote (II, 4) : « Il est nécessaire que les possessions, considérées absolument et en elles-mêmes, soient propres à chacun quant au droit de propriété, mais qu'en même temps elles soient communes sous un certain rapport [...] elles seront communes quant à leur usage, comme dit le proverbe, les biens des amis sont des biens communs ».

Les commentateurs récents de saint Thomas ont développé et défendu sa doctrine, en faisant voir toutes ses virtualités, et notamment la distinction entre l'exigence naturelle d'appropriation et l'exigence morale de mise en commun. La première ressortit au droit naturel, en tant que défense de la propriété privée, qui est cet avoir qui suit l'être (droit naturel premier de possession)<sup>28</sup>. La seconde ressortit soit à la charité, soit à la justice : à la charité si le riche met de lui-même en commun ce qui est nécessaire au pauvre, à la justice, si le pauvre a dû, de lui-même, user du bien jalousement conservé par le riche. Jacques Maritain a résumé cette doctrine en langage personnaliste : « Ce qui, dans la nature humaine, ressortit à la raison ouvrière (au faire, *factibile*) exige l'appropriation individuelle ; ce qui au contraire ressortit à la moralité dans l'usage des biens terrestres (agir, *agibile*) exige que, d'une manière ou d'une autre, ils servent à tous. La personne, comme opérant intellectuel, fonde le droit de propriété ; la personne, comme agent moral, est tenue à un 'usage commun' des biens ainsi appropriés »<sup>29</sup>.

Cette doctrine de la destination universelle des biens, entraînant le retour à l'usage commun en cas d'urgente nécessité, va rester la doctrine commune jusqu'à l'avènement de la morale laxiste. Les juristes, tels saint Raymond de Peñafort (*Summa*, II, 6, 6) et les théologiens classiques, tels saint Antonin de Florence (*Summa*, II, 1, 15), tenaient que le vol commis par simple nécessité diminuait la gravité du vol,

<sup>27</sup> Il est intéressant de noter que ce canon ne figure pas au Décret, il provient de Burchard de Worms (XI, 56), puis a été repris par Bernard de Pavie.

<sup>28</sup> M. Labourdette, o.p., *La Justice* (Grand cours de théologie morale, 12), Parole et Silence, Paris, 2018, p. 251.

<sup>29</sup> J. Maritain, *Du régime temporel et de la liberté*, Paris, 1933, p. 233-234, cité par M. Labourdette, o.p., *La Justice* (Grand cours de théologie morale, 12), Parole et Silence, Paris, 2018, p. 254.

mais n'empêchaient pas sa qualification juridique de vol. La simple nécessité n'opère pas retour du bien à son usage commun, il faut l'extrême nécessité. Cette condition oubliée par certains théologiens les poussait à justifier le vol dans des cas ordinaires, et non plus vitaux. La papauté intervient en 1679, et Innocent XI condamne 65 propositions morales laxistes jugées erronées, dont une intéresse notre sujet : « Il est permis de voler non seulement dans le cas d'extrême nécessité, mais aussi dans une nécessité grave » (prop. 36, cf. Dz. 1186)<sup>30</sup>.

La doctrine, non oubliée mais non explicitée, sera rappelée avec autorité à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par le pape Léon XIII, dans sa grande encyclique sociale *Rerum novarum* (15 mai 1891). En ce qui touche la propriété privée, les pouvoirs publics peuvent, dit le pontife, en « tempérer l'usage et le concilier avec le bien commun ». Il reprend alors la doctrine thomiste de la destination universelle des biens, en affirmant que « le fondement de cette doctrine est dans la distinction entre la juste possession des richesses et leur usage légitime ».

Dès lors, tous les papes, de Léon XIII à François, ont ravivé cette doctrine de l'usage commun des biens matériels, en cas de nécessité. Pie XI, par l'encyclique *Quadragesimo anno* du 15 mai 1931, entend souligner le message central de l'encyclique de Léon XIII, et célébrer son 40<sup>e</sup> anniversaire en précisant certains points controversés et en réaffirmant certains points immuables, dont le « double aspect, individuel et social, qui s'attache à la propriété selon qu'elle sert l'intérêt particulier ou regarde le bien commun » (§ 45)<sup>31</sup>.

Pie XII, en commémorant le 50<sup>e</sup> anniversaire de *Rerum novarum*, insiste sur l'importance de « la fin naturelle des biens matériels » à laquelle tout droit de propriété doit rester subordonné, fin naturelle qui est ce « droit premier et fondamental qui en concède l'usage à tous »<sup>32</sup>. Le pape expose que la réalisation du bien commun ne se fait que là où « le droit personnel de tous à l'usage des biens terrestres » sera réalisé « conformément au plan voulu par le Créateur »<sup>33</sup>.

Jean XXIII, dans l'encyclique *Mater et magistra* (1962) s'étend sur la « fonction sociale » rattachée intrinsèquement au droit de propriété : « Dans les plans du Créateur, en effet, les biens de la terre sont avant tout destinés à la subsistance décente de tous les hommes » (§§ 106-107).

Le concile Vatican II, dans la constitution pastorale *Gaudium et spes* de 1965, consacre officiellement l'expression de « destination universelle des biens » (*bonorum universalem destinationem*), en sus de celle de « destination commune des biens » (*communem bonorum destinationem*). Exposant que « Dieu a destiné la terre et tout ce qu'elle contient à l'usage de tous les hommes », les Pères conciliaires raniment la doctrine thomiste et affirment : « Quant à celui qui se trouve dans l'extrême nécessité, il a le droit de se procurer l'indispensable à partir des richesses d'autrui » (§ 69-1)<sup>34</sup>.

Paul VI, dans l'encyclique *Populorum progressio* de 1967, indiquait le rôle de « finalité première » que joue la destination universelle des biens à l'égard du droit « de propriété et de libre commerce » (§ 22).

En 1981, dans l'encyclique *Laborem exercens*, Jean-Paul II expose que « la tradition chrétienne n'a jamais soutenu ce droit [de propriété] comme un droit absolu et intangible. Au contraire, elle l'a toujours entendu dans le contexte plus vaste du droit commun de tous à utiliser les biens de la création entière :

<sup>30</sup> Cette proposition était tenue par les jésuites Lessius et Moya, ainsi que par le théatin Diana.

<sup>31</sup> *Actes de S.S. Pie XI*, t. VII (année 1931), Paris, Maison de la Bonne Presse, 1936, p. 113.

<sup>32</sup> *Documents pontificaux de Sa Sainteté Pie XII*, t. 3, Saint-Maurice, 1962, p. 147.

<sup>33</sup> *Id.*, p. 148.

<sup>34</sup> *Concile œcuménique Vatican II*, éd. du Centurion, Paris, 1967, p. 308-309.

le droit à la propriété privée est subordonné à celui de l'usage commun, à la destination universelle des biens » (§ 14)<sup>35</sup>. Cet usage commun est plus loin appelé, par une formule décisive, le « premier principe de tout l'ordre éthico-social » (§ 19)<sup>36</sup>. En 1987, il développe la doctrine précédente dans l'encyclique *Sollicitudo rei socialis* : « Sur la propriété, en effet, pèse 'une hypothèque sociale', c'est-à-dire que l'on y discerne, comme qualité intrinsèque, une fonction sociale fondée et justifiée précisément par le principe de la destination universelle des biens ». En 1991, pour commémorer le centenaire de *Rerum novarum*, il développe cet enseignement dans l'encyclique *Centesimus annus*, discernant dans la destination universelle des biens un « principe complémentaire indispensable » à celui de la propriété privée, qui « n'est pas une valeur absolue » (§ 6)<sup>37</sup>. Dans le *Catéchisme de l'Église catholique*, il résume cette doctrine : « Le droit à la propriété privée, acquise ou reçue de manière juste, n'abolit pas la donation originelle de la terre à l'ensemble de l'humanité. La destination universelle des biens demeure primordiale, même si la promotion du bien commun exige le respect de la propriété privée, de son droit et de son exercice » (§ 2403).

Benoît XVI, dans plusieurs discours, notamment ses messages pour la Journée mondiale de la paix de 2008 et 2010, continue d'enseigner la même chose, souhaitant que « la sauvegarde de la propriété privée ne fasse pas obstacle à la destination universelle des biens » (2010, § 8). Il indique qu'elle constitue, avec la justice et la vérité, un des « critères fondamentaux pour dépasser les déséquilibres sociaux et culturels »<sup>38</sup>. Cependant, elle doit s'appréhender « à la lumière du bien commun », sans quoi le principe serait « délégitimé ».

Enfin, François, dans l'encyclique *Laudato si'*, voit dans la « subordination de la propriété privée à la destination universelle des biens, et, par conséquent, le droit universel à leur usage [...] une 'règle d'or' du comportement social » (§ 93)<sup>39</sup>.

Toute cette doctrine a été condensée, en 2005, dans le *Compendium de la Doctrine sociale de l'Église*, publié par le Conseil pontifical Justice et Paix, qui consacre une section entière à la destination universelle des biens, en tant que second principe de ladite doctrine sociale, après le bien commun (§§ 171-184). Ce texte condense l'enseignement pontifical antérieur, et rappelle l'obligation pesant sur tout un chacun de poursuivre, « au-delà de son avantage personnel et familial, le bien commun » (§ 178). Pourtant, ce texte ne contient aucune piste sur l'acclimatation d'un tel principe dans l'ordre juridique, et n'indique pas concrètement comment le mettre en œuvre. On trouve seulement de vagues orientations, voire des formules creuses et de sens douteux, notamment sur la richesse comme « résultat d'un processus productif d'élaboration technique et économique des ressources disponibles, naturelles et dérivées, conduit par l'imagination, par la capacité de programmation, par le travail des hommes et des peuples » (§ 174). Une telle imagination détonne, et déroge à cette clarté et cette précision technique qu'ont apportées les juristes médiévaux dans l'usage commun des biens particuliers. À n'en pas douter, il revient à la science juridique de régler les conditions pratiques de ce retour au commun.

<sup>35</sup> *Les encycliques de Jean-Paul II. Présentation. du C<sup>al</sup> J. Ratzinger*, Pierre Téqui éditeur, Paris, 2003, p. 150-151.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 160.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 488.

<sup>38</sup> Benoît XVI, *Discours aux participants à la rencontre organisée par le Conseil pontifical Justice et Paix, à l'occasion du 50<sup>e</sup> anniversaire de l'encyclique Mater et magistra*.

<sup>39</sup> Pape François, *Loué sois-tu. Lettre encyclique Laudato si' sur la sauvegarde de la maison commune*, Artège, Paris-Perpignan, 2015, p. 75.

### QU'EST-CE QUI EST COMMUN SUR LE WEB ?

#### EXEMPLE AVEC L'INFORMATION SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE

Guillaume **SIRE**,

*Maître de conférences en sciences de l'information et de la communication,  
Université Toulouse 1 Capitole*

*Membre de l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication  
Co-responsable de l'Unité Régionale de Formation à l'Information Scientifique et Technique d'Occitanie*

L'information, nous dit l'économie industrielle, est un « bien public » (Samuelson, 1964), dès lors qu'elle a la particularité d'être non rivale (elle peut être consommée simultanément par un nombre arbitraire de consommateurs) et non excluable (on ne peut exclure personne de sa consommation). Cela ne tient toutefois qu'à condition de la considérer indépendamment de son support physique (Sonnac, 2013). Lorsque l'information est fixée quelque part en effet, sur un DVD, les pages d'un journal ou d'un livre, il y a rivalité (la rupture de stock est possible) et excluabilité (l'objet est payant). On peut donc fixer un prix, cadrer la production d'information en définissant un modèle économique, et contrôler sa circulation.

Avant Internet, le seul type d'information qui échappait à cette logique était l'information diffusée par les stations de radio et les chaînes de télévision. Difficile d'empêcher quelqu'un de regarder une émission dès lors qu'il dispose pour cela du matériel nécessaire. En sciences de l'information et de la communication, on associe ce type d'information au modèle « de flot », alors que les informations fixées sur des supports physiques individuels participent d'un modèle qualifié « d'éditorial » (Miège, 2017). La principale différence entre ces deux modèles tient au fait que dans le cas du modèle éditorial on peut faire payer les consommateurs, alors que dans le cas du modèle de flot la gratuité aura tendance à s'imposer, obligeant les producteurs d'avoir recours à d'autres sources de financement, notamment la publicité ou les petites annonces. Grâce aux appareils appelés « décodeurs » (notamment le décodeur de Canal Plus), la télévision a réussi à rendre certaines chaînes payantes, excluant de cette façon certains individus. Le modèle de flot avait ainsi trouvé à son tour comment faire de l'information une marchandise. L'information émise sur les ondes radio, en revanche, restait non excluable. Les émissions restent, *par nature*, des biens publics. L'exclusion et la rivalité pouvaient concerner les terminaux de réception, certaines personnes pouvaient être exclues de la consommation car elles se trouvaient à des endroits où les ondes ne parvenaient pas, cependant l'information elle-même, intrinsèquement, demeurait un bien public.

Lorsque le web est apparu dans les années 1990, beaucoup y ont vu l'occasion de faire pour les contenus textuels, les images et les vidéos, ce que la radio avait fait avec le son. L'information circulerait librement, partout, toujours et gratuitement. Cela serait d'autant plus possible que Tim-Berners-Lee en créant les trois normes techniques fondatrices du web (HTML, HTTP et URL) n'avait pas cherché à en tirer parti financièrement (Berners-Lee, 1999). Il mit également en place une politique de normalisation visant à empêcher les détenteurs de brevet de tirer parti financièrement de la démocratisation du web (Russel, 2011). En plus d'accéder à l'information sans entrave, il était possible de la manipuler et d'en émettre soi-même. Ainsi a-t-on vu naître les « biens communs informationnels » pouvant être « créés, échangés et manipulés sous forme d'information, et dont les outils de création et le traitement sont souvent eux-mêmes informationnels (logiciels). Il peut s'agir de données, de connaissances, de créations dans tous les

médias, d'idées, de logiciels. Les biens communs informationnels sont des biens publics parfaits au sens économique » (Aigrain, 2005, p. 266).

L'illustration la plus probante du rêve nourri par l'existence de ces biens communs informationnels est sans doute la déclaration d'indépendance du cyberspace, adressée aux dirigeants politiques et aux entreprises du monde entier à l'occasion du forum de Davos en 1996, par John Perry Barlow, fondateur de l'*Electronic Frontier Foundation* (EFF). Réagissant à la loi de réforme des télécommunications de 1996 adoptée la veille, Barlow y déclarait l'existence d'un « espace social global » créé à la suite d'un « acte de la nature » et au sein duquel « aucun droit » n'avait cours. « Notre monde, écrivait-il, est à la fois partout et nulle part, mais il n'est pas là où vivent les corps (...), Nous créons un monde où tous peuvent entrer, sans privilège ni préjugé dicté par la race, le pouvoir économique, la puissance militaire ou le lieu de naissance. Nous créons un monde où chacun, où qu'il se trouve, peut exprimer ses idées, aussi singulières qu'elles puissent être, sans craindre d'être réduit au silence ou à une norme. Vos notions juridiques de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement et de contexte ne s'appliquent pas à nous. Elles se fondent sur la matière. Ici, il n'y a pas de matière. (...) Dans notre monde, tous les sentiments, toutes les expressions de l'humanité, des plus vils aux plus angéliques, font partie d'un ensemble homogène, la conversation globale informatique. Nous ne pouvons pas séparer l'air qui suffoque de l'air dans lequel battent les ailes. (...) Dans notre monde, tout ce que l'esprit humain est capable de créer peut être reproduit et diffusé à l'infini sans que cela ne coûte rien » (Barlow, 1996).

On comprend en lisant ces mots que le web a représenté pour certains la promesse d'un accès sans entrave au « bien commun informationnel », c'est-à-dire à « tout ce que l'esprit humain est capable de créer ». Nous nous intéresserons en particulier ci-après aux connaissances scientifiques, en nous demandant si elles sont véritablement devenues des biens communs intégrées, comme le suggère cette déclaration, à « la conversation globale informatique », ou si au contraire, après moins de trente ans d'existence du web, les projets futurs de Barlow ne sont plus que d'anciens rêves.

Le fait de prendre le cas des connaissances scientifiques en exemple n'est pas anodin. D'une part, parce que ces connaissances ont pour la grande majorité été produites à l'issue de projets financés sur fonds publics. Le travail éditorial qui en a présidé la publication a été financé lui aussi par des fonds publics : bien souvent en effet, les relecteurs et les membres du comité de rédaction des revues scientifiques sont des chercheurs qui n'ont pas été payés pour faire ce travail. D'autre part, parce qu'il s'agit pour les scientifiques de produire des éléments de vérité sinon la vérité elle-même, et que la vérité n'appartient à personne. L'information scientifique, autrement dit, peut être considérée comme un bien commun *par essence*. Enfin, il est important de noter que la question de l'accès gratuit pour tous à ces ressources est d'autant plus prégnante qu'alors même que leurs auteurs et leurs relecteurs ont été payés sur fonds publics, leurs éditeurs sont rémunérés, eux, grâce à un accès très cher payés par les institutions qui embauchent ces mêmes chercheurs, et donc, là encore, par des fonds publics (Contat et Gremillet, 2015).

## I. LA LIBERATION DE L'INFORMATION

Avec le web, trois activités se sont développées qui ont permis de défaire l'information d'un certain nombre d'entraves que sa circulation avait connues jusque-là et qui l'empêchaient, alors qu'elle était un bien public du point de vue économique, de devenir un bien commun du point de vue social : la numérisation des informations existantes, l'édition numérique (ou numérisation du processus d'édition) et la mise en réseau des processus de production et d'édition au sein de modèles collaboratifs du type Wikipédia (Mounier et Dacos, 2011). Pour l'information scientifique, ces changements donnèrent lieu au mouvement « Open Access » ou « Sciences ouverte » (Suber, 2007 ; Eve, 2014). Dès le début des



années 1990, certains chercheurs se mirent à arguer qu'il était du devoir des scientifiques de se saisir des outils numériques pour collaborer à grande échelle et pour diffuser librement le résultat de leur production. Le premier projet emblématique fut le projet arXiv en 1991, au tout début du web, au point qu'il est possible de dire que la Science Ouverte et le web sont des projets cousins voire consubstantiels, mis en place par des physiciens désireux d'échanger librement et rapidement leurs travaux (Ginsparg, 1994). Ce fut également le cas du projet NetEc pour les publications économiques, lancé en 1993 et devenu RePEc en 1997 (Krichel, 2000). Même si au début l'objectif de ces projets était la rapidité de la circulation plutôt que la gratuité (Magis et Granjon, 2016), on a vite vu apparaître l'argument selon lequel il n'y avait aucune raison pour que les contenus scientifiques ne soient pas gratuits, dès lors que les technologies numériques permettaient aux chercheurs de se défaire des barrières économiques que les éditeurs avaient dressées entre « les pauvres » (i.e. le grand public et les scientifiques dont les institutions n'avaient pas les moyens de payer un abonnement à telle ou telle revue) et « le savoir ». C'est ainsi qu'« au tournant des années 2000, des chercheurs viennent prendre part à ce débat, montrant ainsi, par exemple, que la hausse des prix des abonnements aux revues payantes (Toll Access) ne se justifie ni quant à la variation de qualité des papiers dans le temps (Kirillidou, 1999), ni quant à une différence de qualité entre les revues payantes et les revues libres (Bergstrom, 2001). Ce mouvement [a rendu] de plus en plus visible, au cours de la décennie 2000, le contrôle absolu sur la publication académique et les profits très importants des grandes *majors* internationales dominant un marché très concentré » (*ibid.*). « Peu à peu, les instances nationales et internationales se saisissent du problème et prennent position : l'Unesco en 1999, les Nations Unies en 2000, l'OCDE en 2004 ; voire l'Académie française des sciences en 2001 » (Farchy et Froissart, 2010, p. 141).

Le 14 février 2002, fut lancée l'initiative de Budapest prônant l'utilisation du web pour que les chercheurs puissent auto-archiver leurs travaux sur le web, et pour que puissent être développées des revues numériques gratuites aussi sérieuses du point de vue scientifique que les revues papier<sup>40</sup>. Il y eut également le Bethesda Statement on Open Access Publishing (2003) ou la Déclaration de Berlin sur le libre accès à la connaissance (2003) (Magis et Granjon, 2016). Ce mouvement de « libération » des revues scientifiques consistait « à rompre les liens avec certains éditeurs, à recréer des revues, ainsi que différents boycotts d'éditeurs, en tant qu'auteur, membre de comité de rédaction ou *reviewer*, le plus célèbre d'entre eux étant celui visant Elsevier dans le cadre de la pétition "*The cost of knowledge*" en 2012. C'est encore la création de formats inédits, purement électroniques, de nouvelles formes d'évaluation par les pairs, celle-ci se déroulant non plus avant, mais après la diffusion, comme dans le cas du portail Episciences. C'est enfin la promotion de nouvelles formes de propriété intellectuelle, que ce soit par la diffusion de contrats-types plus favorables aux auteurs ou par de réelles inventions, au premier rang desquelles les licences Creative Commons » (Contat et Torny, 2015, p. 64-65). Les chercheurs partisans de la science ouverte y voient la possibilité de s'affranchir « des intérêts économiques en jeu dans la publication scientifique en se réappropriant les canaux de la diffusion scientifique et en s'émancipant des grands groupes internationaux de presse et d'édition » (Jaffrin et Parisot, 2014). Les motivations des institutions publiques et des bailleurs de fonds reposent quant à elle « avant tout sur la recherche de l'efficacité de l'investissement public et de l'innovation » (*ibid.*). « Pour d'autres encore, le libre accès vise essentiellement à réparer une iniquité fondamentale et doit s'entendre d'abord comme la revendication d'une égalité d'accès de tous à tous les résultats de la recherche, que l'on soit chercheur ou simple citoyen, « amateur éclairé » ou « lecteur inattendu », riche ou pauvre, du centre ou de la périphérie, du Nord ou du Sud, etc. Ce faisant, chacun prétend se placer sous l'intérêt général ou, en l'occurrence, *le progrès scientifique*, seul bien commun unanime dans la discussion » (*ibid.*).

<sup>40</sup> < <http://openaccess.inist.fr/?Initiative-de-Budapest-pour-> >.

Le combat pour la science ouverte a continué depuis lors, même au sein de ses partisans qui ne sont pas toujours d'accord sur les modalités pratiques de sa mise en place (Chatron, 2016), avec des moments marquant en France, comme par exemple la pétition lancée à l'initiative de chercheurs renommés en 2016, adressée au Secrétaire d'État chargé de l'Enseignement supérieur et de la Recherche Thierry Mandon, estimant que « les résultats de la recherche scientifique constituent un bien commun qui appartient à tous et qui doit circuler le plus largement possible » et exhortant les chercheurs à utiliser les plateformes sur le web comme HAL et EDP Open (science-technique-médical) ou OpenEdition (sciences humaines et sociales).<sup>41</sup> Il y eut également l'appel de Jussieu le 10 octobre 2017 selon lequel « Priorité doit être donnée aux modèles économiques de publication qui n'impliquent le paiement ni par les auteurs pour publier, ni par les lecteurs pour accéder aux textes ». Il est profondément lié au web également puisqu'il a été élaboré par un collectif français représentatif des chercheurs et des professionnels de l'édition scientifique regroupés notamment au sein des segments « open access » et « édition scientifique publique » de la BSN (Bibliothèque scientifique numérique).

L'article 30 de la loi « République numérique », entrée en vigueur le 8 octobre 2016, prévoit que : « Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des dotations de l'État, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agences de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique paraissant au moins une fois par an, son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, sous réserve de l'accord des éventuels coauteurs, la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Ce délai est au maximum de six mois pour une publication dans le domaine des sciences, de la technique et de la médecine et de douze mois dans celui des sciences humaines et sociales. »

Mais si ces des lettres ouvertes et des pétitions continuent d'être signées même après la loi « République numérique », c'est bien que le web n'a pas tenu toutes les promesses qu'y avaient vues certains quant à l'élévation de l'information en général et de l'information scientifique en particulier au rang de bien commun. Il existe encore des barrières, notamment économiques. Pour un certain nombre de grands acteurs, réalisant des profits colossaux grâce à la publication scientifique, il n'était pas question de laisser le savoir devenir un bien (tout à fait) commun.

## II. LES OCTROIS, OU L'EXCLUSION PAR LES PRIX

Sur le web, les revues ont continué à être payantes, la différence majeure étant que comme dans bien d'autres pans de l'économie de l'information, ce n'était plus la propriété du contenant que l'on payait mais pour l'accès au contenu (Rifkin, 2001). En parallèle des initiatives de mise à disposition gratuites et d'autoarchivage d'articles libres de droit, on a vu se mettre en place des portails comme JSTOR ou Cairn.info de mise à disposition payante des contenus, et des stratégies de « bouquets » héritées des modèles économiques des revues imprimées, qui bien souvent, et contre-intuitivement, profitent aux ayant-droit davantage qu'aux consommateurs (Sonnac, Gabszewicz, 2013). Toutefois l'argument de la Science Ouverte menaçait ces modèles, au point d'obliger les éditeurs historiques à trouver des parades. C'est ainsi qu'on a vu certains des ayant-droit vanter les mérites de la Science Ouverte, et prétendre qu'en effet le savoir scientifique devait être un bien commun, tout en proposant aux auteurs ou à leurs institutions de rattachement de couvrir eux-mêmes les frais de publication en payant pour des

<sup>41</sup> < <https://www.change.org/p/thierry-mandon-education-gouv-fr-pour-une-science-ouverte-%C3%A0-tous> >.

montants qui peuvent atteindre cinq mille dollars par article dans les revues les plus prestigieuses. C'est ce qu'on appelle le modèle « auteur-payeur ». Certains éditeurs ont même mis en place un modèle hybride entre les modèles lecteur-payeur et auteur-payeur, en « proposant aux auteurs de rendre leur texte accessible librement contre une somme de plusieurs milliers d'euros tout en conservant la nécessité de l'abonnement pour accéder aux articles non "financés" par cette voie » (Contat et Torny, 2015, p. 66).

Ainsi non seulement il n'y a pas eu gratuité mais en plus, aux États-Unis par exemple, alors même qu'Internet puis le web diminuaient les coûts fixes des éditeurs scientifiques, les dépenses des bibliothèques pour l'abonnement aux périodiques scientifiques ont augmenté de près de 400 % entre 1986 et 2011 (Magis et Granjon, 2016). D'autres exemples ont de quoi donner froid dans le dos aux partisans de la Science Ouverte et à ceux qui ont rêvé à l'époque de la « déclaration d'indépendance du cyberspace » que le savoir deviendrait sous peu un bien commun. Par exemple, le budget des acquisitions de l'Université de Californie se répartissait en 1980 de la façon suivante : 65 % pour les livres et 35 % pour les revues. En 2003, c'était 20 % pour les livres et 80 % pour les revues (Waters, 2008 *cit. in* Farchy et Froissart, 2010, p. 144). En 2015, les six premiers éditeurs scientifiques mondiaux ont réalisé un chiffre d'affaires cumulé de 7,5 milliards d'euros avec un taux de marge opérationnel de 36 %, comparable à la marge opérationnelle de l'industrie du luxe<sup>42</sup>.

Finalement, le numérique a certainement favorisé « une prise de conscience » (Chartron, 2007) mais n'a pas véritablement fait tomber les barrières. Il a ouvert un répertoire d'actions qui auraient pu permettre de les faire tomber. Et qui a permis de créer des revues comme par exemple les nombreuses revues (plus de 400) de Revues.org, une plateforme financée sur fonds publics. Mais certaines barrières au contraire ont été consolidées, d'autres réinventées. Nous allons expliquer ci-après que le numérique a aussi été l'occasion d'inventer de nouvelles tactiques plus ou moins frauduleuses visant à contourner ou à enjamber ces barrières pour faire quand même, malgré tout, de la production scientifique un bien commun.

### III. LA FORET DE SHERWOOD

Les barrières économiques ont été contournées par des chercheurs qui souhaitaient mettre à disposition du plus grand nombre leurs propres articles, ou bien par des « pirates » qui, sans demander leur avis ni aux chercheurs ni aux éditeurs, idéalistes, décidèrent d'utiliser le web pour rendre plus public le savoir, plutôt que de rendre plus efficace les stratégies commerciales des éditeurs.

La mise à disposition par les chercheurs de leurs propres travaux se fait soit par courriel sur demande, soit sur leurs pages web personnelles ou institutionnelles, soit sur des sites d'autoarchivage comme arXiv, HAL ou les plateformes développées localement comme à Toulouse OATAO et « Toulouse 1 Capitole Publications », soit, enfin, par des réseaux sociaux de chercheurs tels que Researchgate, Academia ou Mendeley. Le problème de ces derniers, massivement utilisés par les chercheurs du monde entier (Van Noorden, 2014) et dont les modèles économiques reposent comme ceux des éditeurs sur le « travail gratuit » des chercheurs (Peters, 2013), est que le chercheur qui, même s'il est l'auteur de l'article qu'il partage, n'en est pas l'ayant-droit, donne au réseau sur lequel il charge son article, la pleine propriété du contenu mis en ligne. Academia.edu prévient les chercheurs qu'en chargeant des articles ils donnent à la plateforme « une licence mondiale, irrévocable, perpétuelle, non exclusive, transférable et sans « royalties » avec le droit de donner licence, utiliser, voir, copier, adapter, modifier, distribuer, autoriser, vendre, transférer, diffuser publiquement, utiliser à des fins publicitaires, transmettre » (Benech, 2014).

<sup>42</sup> EPRIST, 2016, < [https://www.eprist.fr/wp-content/uploads/2016/03/I-IST\\_16\\_R%C3%A9sultatsFinanciers2015EditionScientifique.pdf](https://www.eprist.fr/wp-content/uploads/2016/03/I-IST_16_R%C3%A9sultatsFinanciers2015EditionScientifique.pdf) >.

Ainsi, même s'il y a publication et publicisation de la production scientifique, celle-ci ne devient pas pour autant un bien commun. Elle n'en a que l'apparence. En fait, au nom de la libre circulation des travaux scientifiques, les réseaux sociaux de chercheurs s'approprient le savoir qu'ils ont produit. Ce n'est pas pour rien que Elsevier, tout en menaçant Academia.edu de poursuites en 2013, avait racheté Mendeley quelques mois plus tôt, provoquant un tollé, de nombreux utilisateurs considérant que c'était comme si dans la Guerre des Etoiles « l'Empire avait acquis l'alliance rebelle » (Ingram, 2013 ; Dobbs, 2013). Une ambiguïté est entretenue entre ces réseaux sociaux et les plateformes d'autoarchivage légales (Bester, 2014). Les éditeurs attaquent massivement ces réseaux sociaux, notamment ResearchGate où le nombre de textes intégraux s'élevait en 2015 à 19 millions dont 40 % de contenus illégaux (Jamali, 2017). Ces attaques menées notamment par la « Coalition for responsible sharing », rassemblant l'American chemical society, Brill, Elsevier, Wiley et Wolters Kluwer, ont eu pour résultat la dépublication par ResearchGate en novembre 2017 de 1,7 millions d'articles, ce qui représenterait 93 % du contenu appartenant aux membres de la coalition (Bouchard, 2017). Le 23 octobre 2017, ResearchGate avait également changé ses règles de manière à davantage responsabiliser les utilisateurs de la plateforme, de sorte que ce soit eux qui soient visés par les prochaines attaques des éditeurs (*ibid*).

Il existe également des plateformes illégales où ce ne sont pas les chercheurs qui mettent en ligne les articles, mais la plateforme elle-même, sans demander leur avis ni aux chercheurs ni aux éditeurs, ouvertement illégale et militante pour le libre accès à la production scientifique. C'est le cas du célèbre Sci-hub, poursuivi et battu devant les tribunaux américains par Elsevier en 2015 et l'American Chemical Society en 2017 pour non-respect du droit d'auteur et contrefaçon de marque, mais toujours vivant. La plateforme Sci-Hub, hébergée en Russie (et sans doute protégée par Poutine) et créée par la kazakhe en piratant les comptes d'accès de grandes bibliothèques universitaires, hébergeait en 2017 plus de 62 millions d'articles (Greshake, 2017). Elle est soutenue par les idéalistes défenseurs d'un savoir érigé au rang de bien commun, notamment la *Electronic Frontier Foundation* (EFF) selon qui « en principe, toutes les personnes du monde devraient avoir accès à la même connaissance » (Harmon, 2015). Et l'EFF de rappeler que selon l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 « toute personne a le droit (...) de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ». Une étude publiée dans *Science* en 2016 a montré que Sci-Hub était utilisé sur tous les continents sauf l'Antarctique et qu'il y avait en moyenne 200 000 téléchargements par jour provenant de plus de 3 millions d'utilisateurs (Bohannon, 2016). Dans cet article, l'auteur donne l'exemple d'un chercheur iranien qui ne pourrait pas travailler, faute de moyens, si Sci-Hub n'existait pas. C'est une manière de pointer le problème de l'exclusion par les prix des pays où l'argent — toutes choses étant égales par ailleurs, *ceteris paribus* — est autrement plus cher qu'aux Etats-Unis et en Europe, où sont établis les principaux éditeurs scientifiques, lesquels pratiquent des tarifs absolument prohibitifs pour de nombreuses régions du monde.

Alexandra Elbakyan est une figure emblématique de cette lutte visant à ce que le web puisse être utilisé pour que la production scientifique devienne un bien commun, y compris si pour cela il est nécessaire de violer systématiquement le droit d'auteur. Elle a succédé en cela à Aaron Swartz poursuivi comme elle en 2011 au nom du the « U.S. Computer Fraud and Abuse Act » pour piratage de contenus scientifiques, et qui, alors qu'il risquait jusqu'à trente-cinq ans de prisons, s'est donné la mort en 2013 à l'âge de 26 ans. Aaron Swartz avait été accusé d'avoir téléchargé 4,8 millions d'articles en passant par les conduits d'aération pour accéder à la salle des serveurs du Massachusetts Institute of Technology, et accéder depuis là à la plateforme JSTOR. Pour Aaron Swartz partager ces informations, même illégalement, constituait un « impératif moral » (Bonneau, 2015).

### IV. LES JARDINS MURES, OU L'EXCLUSION PAR LES NORMES

Il est en train de se jouer en ce moment un autre type d'exclusion, moins évident à appréhender par les chercheurs (et *a fortiori* par le grand public), ce qui explique probablement d'une part pourquoi on en parle très peu et d'autre part pourquoi les éditeurs de revue scientifiques y placent leurs espérances, souhaitant grâce à cette forme d'exclusion lutter depuis « les coulisses » contre le piratage qui amoindrit leurs revenus et empêcher le web de permettre à la production scientifique d'être accessible à tous. Ce type d'exclusion passe par les normes techniques.

Les éditeurs de contenus textuels, et en particulier de revues scientifiques, ont réussi à créer une norme technique appelée EPUB, publiée en 2007 par le *International Digital Publishing Forum* (IDPF). Cette norme a également fait l'objet en 2014 d'une spécification technique par l'Organisation internationale de normalisation (ISO/IEC TS 30135). L'un de ces effets possibles est de rendre possible la création de fichiers dans un format qui permet de mieux contrôler leur circulation grâce à la compatibilité entre EPUB et les logiciels de *Digital Right Management* (DRM). C'est ce qui empêche par exemple les propriétaires de liseuses numériques d'échanger les fichiers qu'ils ont chargé sur leurs appareils. Jusqu'en 2017, cela ne concernait que les liseuses. Cependant, en 2017, voyant que les producteurs de cinéma avaient réussi à faire normaliser un système de gestion des DRM appelé Encrypted Media Extensions, au sein du World Wide web Consortium (W3C), où sont normalisées les principaux standards du web (Sire, 2017), les membres de l'IDPF ont décidé de fusionner leur structure avec le W3C, et d'écrire de la norme EPUB reposant sur le HTML5 qui est le standard ouvert de description des données du web. Cela semble loin de l'usager, et très technique, pourtant ce qui se joue en ce moment au sein du W3C dans le groupe intitulé à raison « Publishing Business », au sein duquel les éditeurs scientifiques sont évidemment représentés, en particulier Wiley et Sage, n'est rien de moins que le contrôle grâce à des DRM du type LCP ou DRM Adobe, de la circulation sur le web de l'information textuelle en général et de l'information scientifique en particulier.

### Conclusion

Nous avons essayé de décrire dans cet article pourquoi les rêveurs des années 1990 qui à l'instar de John Barlow voyaient dans le web l'occasion de créer des biens communs informationnels, c'est-à-dire « des biens publics parfaits au sens économique, contrairement aux biens communs physiques qui gardent toujours une part de rivalité et d'excluabilité » (Aigrain, 2005, p. 266), ont de quoi avoir des regrets en 2018. En effet, même si la non-rivalité est intacte, il existe plusieurs manières d'exclure les internautes de la consommation de l'information. Ici nous avons parlé de l'exclusion par les prix, ainsi que d'une forme moins commentée d'exclusion qui repose sur les normes techniques. Ces deux formes d'exclusion nous ont intéressé en particulier dans la mesure où elles concernent toutes deux, entre autre, l'information scientifique, c'est-à-dire la connaissance, le savoir, qui aux yeux de beaucoup est un bien commun par essence, mais qui fait l'objet d'un marché extrêmement rentable pour quelques éditeurs américains et européens qui non seulement n'ont pas ouvert les portes grâce au web mais qui surtout ont augmenté leurs marges depuis que le web existe, alors même que leurs coûts de production diminuaient, et, ce, dans des proportions considérables.

D'autres modes d'exclusion existent, d'autres barrières. Les barrières physiques ou « fracture du premier degré » (Ben Youssef, 2004) : un certain nombre d'individus vivant dans des pays pauvres ou des régions isolées n'ont pas du tout accès au réseau, ou alors y ont accès mais avec un débit très lent. Les barrières liées aux capacités pour les handicapés moteurs et mentaux, les mal-voyants et les mal-entendants.

Les barrières liées aux compétences : un certain nombre d'individus même s'ils ont accès au réseau n'ont pas le savoir-faire qui leur permet de l'utiliser correctement (Brotcorne et Valenduc, 2009). Les barrières algorithmiques : certains algorithmes de personnalisation utilisés par les moteurs de recherche et par les réseaux sociaux pourraient éventuellement rendre plus difficile l'accès à certaines informations pour des individus quand le système aura « décrété » que ces informations ne les intéresseront probablement pas (Bozdag, 2013).

Quand on considère toutes ces fractures numériques comme autant de modes d'exclusion, il semblerait d'une part que sur le web rien n'a jamais été tout à fait commun, et d'autre part que même si certaines barrières se résorbent, comme celles liées à l'extension et la densification du réseau, d'autre se renforcent, comme celles liées aux prix, et d'autres encore se créent, grâce à de nouvelles normes techniques ou à de nouveaux dispositifs physiques permettant de mieux contrôler, et restreindre donc, l'accès à l'information. La déclaration d'indépendance du cyberspace n'aura été rien d'autre qu'un doux rêve, et un jour viendra peut-être où on dira la même chose de la science ouverte, à moins que les Etats, les chercheurs et les éditeurs ne décident d'utiliser le web ensemble pour ouvrir les barrières, et non les uns contre les autres de manière à mieux les fermer.

### ***Bibliographie***

- AIGRAIN P. (2005), *Cause commune*, Publie.net, coll. « Washing Machine », 286 p.
- BOHANNON J. (2016), « Who's downloading pirated papers? Everyone », *Science*, < <https://www.sciencemag.org/news/2016/04/whos-downloading-pirated-papers-everyone> >.
- BARLOW J. (2000) « Déclaration d'indépendance du cyberspace » in *Libres enfants du savoir numérique: Une anthologie du "Libre"* (p. 47-54), Paris, Editions de l'Éclat.
- BENECH C. (2014), « Protection et propriété des données sur Academia.edu et ResearchGate », *ArchéOrient-Le Blog* (Hypotheses.org).
- BEN YOUSSEF A. (2004) « Les quatre dimensions de la fracture numérique », *Réseaux*, n° 127-128, p. 181-209.
- BERGSTROM T. C. (2001), « Free Labor for Costly Journals? », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15 n° 4, 2001, p. 183-198.
- BESTER E. (2014) « L'offre de réseaux socio numériques pour les scientifiques : services et stratégies d'acteurs », *Les Enjeux de l'information et de la communication*, vol. 15, n° 1, p. 17-33.
- BONNEAU C. (2015), « Pursuing the legacy of Aaron Swartz, one tweet at a time. A screenshot-driven essay », *M@n@gement*, vol. 18, n° 5, p. 363-369.
- BOUCHARD A. (2017), « "Nous n'avons pas d'autre choix" : les éditeurs, ResearchGate et les guerres du copyright », *Réseau des Urfist*, < <https://urfistinfo.hypotheses.org/3126#note3> >.
- BROTCORNE P., VALENDUC, G. (2009). Les compétences numériques et les inégalités dans les usages d'Internet: Comment réduire ces inégalités ?. *Les Cahiers du numérique*, vol. 5, n° 1, p. 45-68.
- CHARTRON G. (2016), « Stratégie, politique et reformulation de l'open access », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 8.
- CHARTRON G. (2007), « Évolution de l'édition scientifique, 15 ans après », EUTIC 2007.
- CONTAT O., GREMILLET, A.-S. (2015), « Publier : à quel prix ? Étude sur la structuration des coûts de publication pour les revues françaises en SHS », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, n° 7.
- CONTAT O. & TORNAY D. (2015), « Les revues en sciences humaines et sociales à l'heure des communs », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 5, p. 62-70.

- DOBBS D. (2013), « When the Rebel Alliance Sells Out », *The New Yorker*, < <https://www.newyorker.com/tech/annals-of-technology/when-the-rebel-alliance-sells-out> >.
- EVE M. P. (2014), *Open Access and the Humanities. Contexts, Controversies and the Future*, Cambridge, Cambridge University Press.
- FARCHY J., FROISSART P. (2010), « Le marché de l'édition scientifique entre accès "propriétaire" et accès "libre" », *Hermès*, n° 57, p. 137-150.
- GEOFFARD P.-Y., « Des éditeurs scientifiques trop gourmands », *Libération*, 11 décembre 2017.
- GINSPARG P. (1994), « First Steps Towards Electronic Research Communication », *Computers in Physics*, vol. 8 n° 4, 1994, p. 390-396.
- GRESHAKE B. (2017), « Looking into Pandora's Box: The Content of Sci-Hub and its Usage », *F1000Research*, vol. 6, 21 avril 2017.
- HARMON E. (2015), « What If Elsevier and Researchers Quit Playing Hide-and-Seek? », *Electronic Frontier Foundation*.
- INGRAM M. (2013), « The Empire acquires the rebel alliance: Mendeley users revolt against Elsevier takeover », GIGAOM, < <https://gigaom.com/2013/04/09/the-empire-acquires-the-rebel-alliance-mendeley-users-revolt-against-elsevier-takeover/> >.
- JAFFRIN I., PARISOT T. (2014), « La place des revues dans la communication scientifique en régime de libre accès », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], 52-1 | 2014.
- JAMALI H. R. (2017), « Copyright compliance and infringement in ResearchGate full-text journal articles », *Scientometrics*, vol. 112, n° 1, p. 241-254.
- KRICHEL T. (2000), « Working towards an Open Library for Economics: the RePEc Project », in *PEAK. The Economics and Usage of Digital Library Collections*, Ann Arbor, MI, p. 23-24
- MAGIS C., GRANJON F. (2016), « Numérique et libération de la production scientifique », *Variations*, n° 19.
- MIEGE B. (2017), *Les industries culturelles et créatives face à l'ordre de l'information et de la communication*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 191 p.
- MOUNIER P., DACOS M. (2011), « Édition électronique », *Communications*, vol. 88, n° 1, p. 47-55.
- PETERS H. (2013), *Quick Glance at Business Models of Academic Social Networking Services*, Hybrid Publishing Lab Notepad.
- RIFKIN J. (2001), *The Age of Access. The New Culture of Hypercapitalism*, Penguin Random House, 320 p.
- RUSSEL A. L. (2011), « Constructing Legitimacy : The W3C's Patent Policy », in Denardis L. (dir.), *Opening Standards. The Global Politics of Interoperability*, Cambridge, MIT Press, p. 159-176.
- SAMUELSON P. (1964), « Public goods and subscription TV : Correction of the record », *Journal of Law and Economics*, vol. 7, p. 81-83.
- SONNAC N. (2013), « L'écosystème des médias », *Communication*, vol. 32, n° 2.
- SONNAC N., GABSZEWICZ J. (2013), *L'industrie des médias à l'ère du numérique*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 126 p.
- SUBER P. (2007), « Creating an intellectual commons through open access », in Hess C., Ostrom E. (dir.), *Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice*, Cambridge, MIT Press, p. 171-208,
- VAN NOORDEN R. (2014), « Online collaboration: Scientists and the social network », *Nature*, vol. 512, p. 126-129.
- WATERS L. (2008), *L'Éclipse du savoir*, Paris, Allii.

### LA GOUVERNANCE PUBLIQUE DES BIENS COMMUNS INFORMATIONNELS

Adrien **PENERANDA**,

*Maître de conférences en sciences de gestion, LEREPS, Sciences Po Toulouse*

**B**ossuet a prononcé en 1663 au séminaire de Saint Nicolas du Chardonnet un panégyrique de sainte Catherine d'Alexandrie, patronne des philosophes. Au deuxième point de son sermon, l'évêque de Meaux présente ainsi le statut de la vérité :

« La vérité est un bien commun : quiconque la possède, la doit à ses frères selon les occasions que Dieu lui présente et quiconque se veut rendre propre ce bien public de la nature raisonnable, alors celui-là mérite bien de le perdre et d'être réduit, selon saint Augustin, à ce qui est véritablement le propre de l'esprit de l'homme, c'est-à-dire le mensonge et l'erreur<sup>43</sup> ». Bossuet se réfère ici aux *Confessions* de saint Augustin, qui, à la fin du IV<sup>e</sup> siècle soulignait au chapitre 25 du livre 12 : « les amants de la vérité vivent d'un commun patrimoine. Et c'est pourquoi, Seigneur, vos jugements sont redoutables ; car votre vérité n'est ni à moi, ni à lui, ni à tel autre ; elle est à nous tous, que votre voix appelle hautement à sa communion, avec la terrible menace d'en être privés à jamais, si nous voulons en faire notre bien privé. Celui qui prétend s'attribuer en propre l'héritage dont vous avez mis la jouissance en commun, et revendique comme son bien le pécule universel, celui-là est bientôt réduit de ce fonds social à son propre fonds, c'est-à-dire de la vérité au mensonge ». Et Saint Augustin de rappeler l'évangéliste « celui qui professe le mensonge parle de son propre fonds » (Jean, 8, 44).

Cette idée de la vérité comme patrimoine commun chez Saint Augustin renvoie à l'évidence à une notion déjà bien connue des romains, l'existence des *res communis*, avec cette originalité chez Saint Augustin qu'à l'image de Cicéron qui avait assuré le passage de l'*agricola* à la *cultura animi*, qui nous donnera la culture, la connaissance de la vérité, fondement de la culture, relève de la chose commune. La chose commune, matérielle ou immatérielle, est celle qui appartient à tous et que nul n'a le droit de s'approprier, par exemple en installant des clôtures, c'est-à-dire en privant son voisin d'en jouir. Pendant des siècles l'histoire des communs a surtout mis l'accent sur les choses matérielles. Les communaux désignaient justement au Moyen Âge ces terres sans clôtures sur lesquelles les villageois avaient un droit d'utilisation reconnu. Ivan Illich, dans une conférence célèbre prononcée à Tokyo en 1982, *Silence is a commons*, propose la définition suivante des communs : « Les communaux sont ces parties de l'environnement à l'égard desquelles le droit coutumier imposait des formes particulières de respect communautaire. Le droit des communaux régleme le droit de passage, le droit de pêcher, de faire paître les bêtes, de ramasser du bois et des plantes médicinales dans la forêt. Lorsque les gens parlaient des communaux, ils désignaient un aspect de l'environnement qui était limité, nécessaire à la survie de la communauté, nécessaire de différentes façons à différents groupes, mais qui, au sens strictement économique, n'était pas perçu comme rare »<sup>44</sup>. L'on doit à Karl Polanyi d'avoir rappelé dans son ouvrage de 1944, *La Grande Transformation*, l'histoire – alors largement oubliée – des enclosures agricoles, mouvement général en Europe entre le XVI<sup>e</sup> et le XVIII<sup>e</sup> siècle et qui a vu la plupart des terrains communaux, jusque-là librement utilisables par les habitants d'une commune, appropriés (enclos) par de grands propriétaires fonciers. Cette capture des communaux (les *commons*) par un cycle de développement du capitalisme qui est apparu d'abord en Angleterre est à la source de la révolution

<sup>43</sup> Jacques-Bégnine Bossuet, *Œuvres complètes, Tome second, Sermons*, Outhenin-Chalandre fils éditeur, 1836, p. 530.

<sup>44</sup> Ivan Illich, *Œuvres complètes*, vol. 2, Fayard, Paris, p. 749.



industrielle par la mise en œuvre d'un modèle d'agriculture plus productiviste, alors très destructeur socialement. Le biologiste Hardin a remis sur le devant de la scène scientifique la question de l'enclosure des communs dans son article de 1968, *The tragedy of the commons*, affirmant que c'est le régime de propriété, public ou privé, qui représente la solution optimale au problème écologique de la préservation des ressources naturelles. Il avait alors pris pour appuyer sa démonstration l'exemple d'un pâturage laissé en libre accès sur lequel chaque berger veut maximiser la consommation de son troupeau, ce type de comportement conduisant à l'extinction des ressources. Comme le souligne Allaire, « la tradition néoclassique situe la question de l'« efficacité » dans l'utilisation des ressources dans une alternative entre la propriété privée et l'État, s'agissant tant des ressources naturelles que des ressources intellectuelles (propriété intellectuelle versus domaine public). Il revient notamment à Elinor Ostrom, Prix Nobel d'économie 2009, et à l'école des communs d'avoir déplacé la question de l'efficacité. L'efficacité ne tient pas au régime de propriété, mais aux formes de gouvernement des ressources et à des capacités collectives, comme le montre l'analyse du fonctionnement des communs. C'est une rupture épistémologique.<sup>45</sup> »

Cependant, si les communs peuvent être naturels et matériels, ils peuvent aussi être immatériels : des connaissances et des œuvres du patrimoine culturel par exemple. Or c'est à partir du début des années 2000 qu'Ostrom a orienté avec Hess ses recherches dans une nouvelle direction en abordant la question des connaissances communes<sup>46</sup>. Hess et Ostrom ont ainsi proposé une nouvelle conception de la connaissance comme une ressource informationnelle partagée gérée par un système de gouvernance collective. Plusieurs penseurs comme Aigrain<sup>47</sup> et Moullier Boutang<sup>48</sup> ont analysé la révolution du capitalisme informationnel que nous vivons par une nouvelle capture des communaux : les biens communs de la connaissance, c'est-à-dire aussi bien le code génétique des espèces vivantes, que les ondes radio, ou le spectre électromagnétique pour transmettre de la musique et des informations, les connaissances et les œuvres culturelles ou le code numérique contenu dans un logiciel, sont transformés en ressources par les entreprises de la nouvelle économie de la connaissance. Bomsel<sup>49</sup> avait relevé quant à lui que la grande entreprise américaine Google avait créé depuis vingt ans un véritable marché des mots de toutes les langues en proposant aux enchères sur son moteur de recherche des « mots clés ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ses fondateurs ont renommé la société mère de leur moteur de recherche « Alphabet » en 2015. Ainsi, ce qui était le plus commun à l'homme, la langue, est devenue ressource. Les fondateurs de Google l'affirment, le langage qui au cœur de son outil de recherche n'est qu'une innovation de l'humanité que l'on peut exploiter. Les langues humaines, que l'Unesco a inscrites au patrimoine commun de l'humanité, ne constituent alors plus qu'un ensemble de signes échangeables sur des marchés mondialisés. Les pouvoirs publics européens n'ont toujours pas su anticiper la vitesse avec laquelle ce capitalisme informationnel bouleverserait le paysage des œuvres et du patrimoine culturel. A la faveur d'accords juridiques souvent léonins, et sans toujours respecter les droits d'auteurs et les droits des éditeurs, de grands groupes technologiques ont numérisé depuis le début des années 2000 plusieurs millions d'ouvrages, tous issus des plus grandes bibliothèques américaines et européennes. Bénéficiant de l'exclusivité de leur indexation et de leur exploitation commerciale en ligne, ces entreprises ont ainsi constitué d'importantes bibliothèques numériques privées tout en restreignant les droits des bibliothèques publiques d'exploiter en ligne des ouvrages appartenant pourtant au domaine public. Comme l'y appelle en France le rapport Tessier sur la numérisation du patrimoine écrit paru en 2010, l'État devrait plus que jamais « relever le défi de la protection, de la conservation et de la mise à

<sup>45</sup> Gilles Allaire, *Action collective et communs*, communication à la journée d'étude organisée le 1<sup>er</sup> avril 2016 par le LEREPS, Université de Toulouse.

<sup>46</sup> Charlotte Hess et Elinor Ostrom, *Understanding knowledge as a commons*, The MIT press, Cambridge, Massachusetts, 2007.

<sup>47</sup> Philippe Aigrain, *Cause commune*, Fayard, Paris, 2005.

<sup>48</sup> Yann Moullier Boutang, *Le capitalisme cognitif. La nouvelle grande transformation*, éd. Amsterdam, 2008.

<sup>49</sup> Olivier Bomsel, *L'économie immatérielle : industries et marchés d'expériences*, Gallimard, Paris, 2010.

disposition de tous de la connaissance et du patrimoine culturel au travers des technologies de l'information et de la communication, et face aux intérêts particuliers ». Il s'agit ici de préciser le rapport que les institutions publiques doivent entretenir avec les nouvelles technologies pour préserver la finalité de leur mission de service public. Les stratégies publiques comme privées de numérisation et de diffusion du patrimoine culturel font en effet l'objet de vives critiques de la part des défenseurs des biens communs au sein de la société civile. Ces nouveaux communs de la connaissance diffusés en ligne ne risquent-ils pas d'être finalement capturés par de grandes firmes capitalistes qui pourront en exploiter la valeur à leur seul profit ? Au-delà de cette seule analyse économique, un problème plus large se pose qui est celui de la finalité vers laquelle se dirige la société de l'information lorsqu'elle procède à la transformation des biens communs de la connaissance en informations numériques par les organisations publiques comme privées, par exemple par le processus de dématérialisation du patrimoine culturel.

Deux exemples relatifs à la numérisation du patrimoine culturel quand ce processus a pour objet de créer de nouveaux communs sur le web peuvent être cités. En premier lieu, le rapport que le numérique entretient avec la finalité et le sens des missions des institutions culturelles impliquées dans ces projets de numérisation. En second lieu, le type de connaissance et de culture réellement produit et la place de l'homme dans ce processus. Nous soulignerons ces deux aspects à partir des résultats d'études de cas que nous avons conduites pendant notre thèse de doctorat<sup>50</sup> dans trois villes dans lesquelles les pouvoirs publics locaux ont voulu diffuser sous la forme de communs un patrimoine culturel numérisé.

### I. LE PASSAGE AU NUMERIQUE DU PATRIMOINE CULTUREL SOUS LA FORME DE COMMUNS DE LA CONNAISSANCE

De nombreuses institutions culturelles sont aujourd'hui en voie de de transformation digitale : leurs œuvres sont numérisées sous la forme de *données culturelles* qui ont vocation à être diffusées sur le web qui est le plus grand système de ressources informationnelles au monde. Dans ce système, la numérisation du tableau de la Joconde, d'un morceau de musique de Mozart ou d'un poème de Victor Hugo, sont d'abord des données traitées sous une forme binaire par des machines informatiques. L'opération de codage effectuée, il n'y a plus de distinction technique entre oeuvre et information numérique : cette dernière obéit à la structure logique de ce système de ressources. L'adaptation à ce système par les acteurs de la culture est proposée par le Guide *Data Culture* du Ministère de la Culture et de la Communication en France publié en 2013. Le Ministère signale dans ce guide le nouveau rôle des institutions culturelles : celles-ci deviennent des « producteurs de données ». On relève ainsi que « l'activité administrative doit tout entière être repensée dans l'optique d'une diffusion future, en optant notamment pour des formats ouverts et lisibles par la machine. » Cette stratégie est adaptée au monde de l'Internet dans lequel la donnée est l'unité de base. Il est ainsi logique que les données culturelles soient subordonnées à une bonne « culture de la donnée » pour que le système puisse l'interpréter (qualité et interoperabilité des données sont alors essentielles). L'aboutissement de cette orientation est l'entreprise conjointe du Ministère et de la Fondation Wikimedia autour du projet Wikidata : construire un graphe unique de connaissances interprétables par les humains comme par les machines qui accomplirait enfin le projet d'une connaissance universelle, unique et univoque parce que régulée automatiquement par la machine. Ce naturalisme informationnel entraîne la perte de sens que provoque la transformation des œuvres culturelles en données numériques : tout y est décomposé. Des métadonnées peuvent décrire les œuvres mais chaque élément est réutilisable indépendamment

<sup>50</sup> Adrien Peneranda, *Commons et management public du patrimoine culturel à l'ère numérique : étude de cas de production et de diffusion des données culturelles sur des plateformes libres par les villes de Toulouse, Brest et Monmouth*, thèse de doctorat en gestion soutenue à Aix-Marseille Université le 9 décembre 2014.

d'un autre. Un acteur du projet de numérisation du Muséum de Toulouse rapporte par exemple le phénomène suivant : « on a une tombe ici qui est la tombe de Téviéc, qui est magnifique, mondialement connue, et j'avais fait la photographie du crâne d'une de ces deux dames dans cette tombe. L'autre jour, un monsieur s'est immolé par le feu dans la cour d'un lycée de Toulouse, et bien, pour illustrer ça, les journalistes sur le web ont mis la photo du crâne de Téviéc sans sa légende. Ne me demandez pas pourquoi mais c'est comme ça. Ce sont des détournements d'œuvres qui ne vont pas forcément là où l'attendait ». Le savoir n'est ainsi plus contextualisé et les « œuvres » peuvent circuler, être réutilisées ou « remixées » pour n'importe quelle raison avec un sens parfois très éloigné de celui voulu initialement par son créateur. La connaissance se situe désormais dans l'ordinateur et les réseaux : avec un temps de retard, les représentations sociales en prennent acte.

## II. LES FLUX D'INFORMATIONS MISES EN RESEAU CREENT UN NOUVEAU TYPE DE CONNAISSANCE ET DE CULTURE

Le patrimoine culturel transformé en simples *données culturelles* à l'heure d'Internet, le management public des institutions culturelles est conduit à focaliser les acteurs sur la production de ces nouveaux biens immatériels et la gouvernance des systèmes de gestion de ces ressources informationnelles. Les biens communs ne sont plus des biens à l'ère de l'information numérique et des réseaux. Il n'y a plus que des flux d'informations. Broca et Coriat<sup>51</sup> ont montré en ce sens que puisque l'information est un bien non rival, « les barrières, notamment légales, empêchant certaines personnes d'y accéder sont considérées comme inutiles et artificielles. Cette libre circulation de l'information est un facteur éminemment favorable à son enrichissement continu ». Les hommes essaient de réguler l'accès à ces flux et leur « alimentation ». Ils le font en conformité ou non avec la logique du système technique qu'ils ont créés. Mais ces flux d'information ne sauraient accroître leur liberté. La croissance de ces flux témoignent simplement de leur capacité de coopération avec les autres membres du système dans lequel ils sont connectés les uns avec les autres et avec lesquels ils passent leur temps à échanger des données qu'ils produisent grâce à des dispositifs numériques. Ce qui devient indispensable pour les hommes adaptés à ce système, c'est la connaissance de ce changement constant qu'il génère, la découverte des nouvelles règles du jeu imposées par la technique. Ce qui aboutit à la création d'une nouvelle culture. Dans cette transformation en cours, le monde de l'ancienne culture (analogique) représente un réservoir potentiellement immense, mais non inépuisable, de ressources, et le saut dans le numérique n'est pas seulement quantitatif, il est avant tout qualitatif et affecte la nature même des connaissances et de la culture et surtout de la nature de l'homme lui-même. Comme le souligne Ellul<sup>52</sup>, « le monde est codé et transformé en flux d'informations par l'intermédiaire des machines », aussi la condition sine qua non pour que l'homme puisse être adapté et adaptable à ce nouveau monde, c'est qu'il devienne lui-même *producteur de données* grâce au Web. La nouvelle culture est celle de la technique, par conséquent, dans ce nouveau paradigme, l'homme cultivé est l'homme adapté au système technicien. D'où l'érosion de la mémoire vivante, de l'intelligence et de la culture authentiques.

<sup>51</sup> Sébastien Broca et Benjamin Coriat, « Le logiciel libre et les communs. Deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique*, 2015/3 (t. XXIX), p. 265-284.

<sup>52</sup> Jacques Ellul, *Le bluff technologique*, éd. Pluriel, Paris, 1988.

### TROUBLE DANS L'AMITIE. LA DECONSTRUCTION, LE MANAGEMENT ET LA SUBVERSION DU BIEN COMMUN

*Baptiste RAPPIN,*

*Maître de conférences HDR en sciences de gestion, IAE de Metz, Université de Lorraine*

**R**ésumé

La tradition philosophique s'est constituée, chez Platon puis Aristote, en articulant le tout et ses parties à travers des instances de médiation : ainsi, de même que l'être, chez Platon, lie le même et l'autre au sein du monde, de même l'amitié, chez Aristote, regroupe les citoyens autour du Bien commun dans la cité. Ces postulats furent radicalement remis en cause par le mouvement de la déconstruction, qui annihile d'un même geste l'être, l'amitié, le bien et le commun. Quant au management, il transfère l'amitié dans le cadre productif de la coopération efficace. Ne subsiste dans les deux cas que le rapport immédiat à autrui dans l'absence de tout intermédiaire.

Mots clefs : Amitié, Justice, Bien Commun, Déconstruction, Management.

#### **Summary**

The philosophical tradition consists, by Platoon and Aristotle, of the articulation of the whole and its parts through instances of mediation: in this way, just as being, by Platoon, links the same and in the other within the framework of the world, friendship, by Aristotle, gather citizens around the common good inside the city. These assumptions were radically tackled by the movement of deconstruction that erases all together the being, the friendship, the good and the common. As for it, management transfers friendship into the productive context of efficient cooperation. What remains in both cases is the immediate relation to other in the absence of any intermediary.

Key Words: friendship, justice, common good, deconstruction, management.

« L'accord que le monde manifeste, il le tient de la proportion géométrique ; et les rapports instaurés par cette proportion lui apportent l'amitié. »<sup>53</sup>

« Remarquable sagesse ! Ils privent l'univers de soleil, semble-t-il, ceux qui privent la vie d'amitié : les dieux immortels n'ont rien mis de meilleur qu'elle en notre possession, rien de plus agréable. »<sup>54</sup>

« Quelles autres stratégies locales de contestation du "naturel" pourraient nous conduire à dénaturiser le genre en tant que tel ? »<sup>55</sup>

### INTRODUCTION : L'AMITIE OU L'OUBLIEE DU COMMUN

Le célèbre ouvrage d'Elinor Ostrom, *Gouvernance des biens communs*, ne comporte qu'une seule mention d'Aristote ; elle apparaît très rapidement, dès la page 15, et s'inscrit dans un développement non pas consacré au Stagirite, mais à la « tragédie des biens communs » selon le titre d'un article de Garrett Hardin paru dans la revue *Science* en 1968<sup>56</sup>. Le passage en question concerne le Livre II des *Politiques* lors duquel Aristote prononce une critique du communisme de son maître ; cette option ne s'avère en effet pas tenable dans la mesure où l'homme tend à mieux s'occuper de ce qui lui est propre et à délaisser ce qui est commun. Cette référence d'Ostrom à Aristote, coupée de l'ensemble du corpus aristotélicien en général et de ce bien commun qui constitue la clef de voûte de la science architectonique qu'est la politique en particulier, témoigne de l'ancrage exclusivement moderne et économique de l'auteur : on ne sera donc guère surpris de retrouver parmi les courants théoriques mobilisés la théorie des jeux, la logique de l'action collective, la rationalité limitée, l'institution pensée comme auto-organisation, la gouvernance, liste qui ne prétend pas à l'exhaustivité bien sûr. Cette approche souffre néanmoins d'un défaut logique rédhibitoire : à vouloir gouverner les biens communs au pluriel, on s'en trouve réduit à dégager des classifications et des typologies à partir de critères techniques, mouvement dans lequel on laisse dans l'ombre la signification des termes utilisés. C'est la raison pour laquelle Pierre Dardot et Christian Laval, platoniciens malgré eux, affirment que les travaux d'Elinor Ostrom « doivent être dépassés par une théorie non pas *des* communs mais *du* commun »<sup>57</sup>.

C'est donc en toute logique que les deux auteurs marxistes visent à établir, dès le premier chapitre de leur ouvrage, une archéologie du commun qui débute, après l'exposition de l'étymologie du terme, par la doctrine aristotélicienne avant de se poursuivre par un balayage de l'histoire de la philosophie du point de vue de la notion concernée. Dardot et Laval se réfèrent tout d'abord aux *Politiques* pour rappeler que « ce sont les citoyens qui délibèrent en commun pour déterminer ce qui convient pour la cité et ce qu'il est juste de faire »<sup>58</sup>. Ils poursuivent, convoquant cette fois-ci le livre IX de *l'Éthique à Nicomaque*, en affirmant que « "vivre ensemble", [...] c'est produire, par la délibération et la législation, des mœurs semblables et des règles de vie s'appliquant à tous ceux qui poursuivent une même fin »<sup>59</sup>. Or, cette dernière citation renvoie à la note de bas de page n° 4 qui concerne l'amitié que je reproduis ici *in extenso* :

<sup>53</sup> Platon, *Timée*, 32 c, in Platon, *Timée, Critias*, trad. Luc Brisson, Paris, GF Flammarion, 2001, p. 121.

<sup>54</sup> Cicéron, *L'amitié*, trad. François Combès, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 61.

<sup>55</sup> Judith Butler, *Trouble dans le genre. Le féminisme et la subversion de l'identité*, trad. Cynthia Kraus, Paris ; éd. La Découverte, 2006, p. 276.

<sup>56</sup> Elinor Ostrom, *Gouvernance des biens communs. Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, trad. Laurent Baechler, Louvain-la-Neuve, De Boeck, p. 15.

<sup>57</sup> Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, éd. La Découverte, 2014, p. 56.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>59</sup> *Loc. cit.*

*Il est significatif que la philia comme amitié civique soit conçue par Aristote comme l'effet affectif de la participation à une même activité et non comme une communauté affective réalisée par une stricte hiérarchie de fonctions (comme c'est le cas pour la communauté platonicienne, où l'amitié ne peut que se "diluer", cf. Aristote, *Les Politiques*, p. 148<sup>60</sup>).*

Pourquoi prendre le temps de citer cette note de bas de page ? Il se trouve qu'elle constitue la première référence à l'amitié, à la *philia*, de l'ouvrage de Dardot et Laval qui la mentionnent à l'autre bout de leur travail, au moment de leur première proposition politique qui s'intitule « Il faut construire une politique du commun ». Les auteurs se réfèrent à l'expérience antique de la démocratie, « lié[é] à ce que depuis les Grecs on appelle la justice et l'amitié ».

Voici donc tout le paradoxe : alors que l'amitié semble une pièce primordiale de leur dispositif, Dardot et Laval ne lui consacrent pourtant aucun développement significatif, se contentant d'avancer sans justification qu'elle serait la conséquence de l'activité délibérative. Et pour cause, nous semble-t-il : l'amitié, comme expérience concrète et privilégiée du proche, pourrait bien s'inscrire en faux contre l'internationalisme des auteurs.

Nous souhaitons par conséquent dans ce travail pousser l'archéologie du commun, entamée par Dardot et Laval, jusque et y compris dans ses strates les plus reculées, c'est-à-dire pré-aristotéliennes. Nous y observerons alors l'ajointement cosmique, politique et éthique qui lie indéfectiblement amitié, justice et commun jusqu'à ce que l'idée se fasse jour, avec Jacques Derrida, que l'on peut « penser et vivre l'amitié, le propre ou l'essentiel de l'amitié, sans la moindre référence à l'être aimé, plus généralement à l'aimable »<sup>61</sup>. Nous mettrons également en exergue que la désinstitutionnalisation de l'amitié, c'est-à-dire sa sortie de la sphère publique et sa privatisation, eut pour conséquence son instrumentalisation au service d'une rationalité managériale réduite à son versant instrumental.

## I. DE L'ÊTRE COMME COMMUNAUTE A LA TRANSCENDANCE DU BIEN

Le premier ouvrage connu traitant à part entière de l'amitié comme question philosophique se trouve être le *Lysis* de Platon. Dans ce dialogue de jeunesse, Socrate converse avec Ménexène puis avec son ami Lysis dans le coin d'un gymnase. La discussion se focalise dans un premier temps sur l'identification de l'ami : qui au juste peut être qualifié d'« ami » ? L'être aimant ou l'être aimé ? Mais l'on peut aimer et en retour être haï, de même que l'on peut haïr une personne qui nous aime ! Sans approfondir cette nécessité de la bienveillance réciproque dont dépend l'amitié, Socrate juge la question aporétique et décide de changer d'orientation : c'est alors le fondement même de l'amitié qui se trouve interrogé. Deux traditions philosophiques et populaires se trouvent passées au crible de son doute. D'une part, il se pourrait que le semblable attire le semblable et qu'ainsi des personnes aux caractères relativement proches ou similaires nouent plus facilement des liens amicaux. Telle est la thèse que Socrate attribue à Empédocle. Une telle thèse, toutefois, ne résiste pas à la contradiction car « le méchant est l'ennemi du méchant »<sup>62</sup> : en effet, d'être semblable à un autre méchant n'empêche guère notre premier méchant de nuire au second ! Se dessine alors la seconde hypothèse, cette fois-ci rattachée au nom d'Héraclite. Car il se pourrait d'autre part que l'amitié procède de l'attrait qu'exercent sur eux des contraires. Le même ne fait qu'attirer la jalousie et la rancune ; au contraire, les opposés se complètent et retrouvent à travers leur relation comme une unité perdue : c'est le cas de la relation entre le pauvre et le riche, entre le

<sup>60</sup> Je donne la référence concernée : Aristote, *Les politiques*, trad. Pierre Pellegrin, Paris, GF Flammarion, 1993, p. 148.

<sup>61</sup> Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié*, Paris, éd. Galilée, 1994, p. 26.

<sup>62</sup> Platon, *Lysis*, 214 c, dans *Premiers dialogues*, trad. Émile Chambry, Paris, GF Flammarion, 1967, p. 328.

médecin et le malade, entre le savant et l'ignorant, etc. Socrate objecte alors que ce qui aime et ce qui hait ne peuvent devenir amis. Au total, les deux hypothèses se trouvent congédiées car elles ne résistent pas aux contre-pieds du philosophe.

La question du fondement de l'amitié ne trouve pas de réponse, le dialogue se révèle de ce point de vue aporétique. Dimitri El Murr conclut ainsi sa présentation de cette œuvre de jeunesse de Platon : « On ne sait donc pas qui est l'ami au sortir de cette double démonstration. Mais on sait en revanche qu'on ne le trouvera pas dans la tradition héritée et populaire, enfermée dans une alternative dont le défaut principal est sans doute d'aborder la *philia* dans une logique qui n'est pas la sienne. [...] Pourtant, il faut nuancer, car ce sont bien ces mêmes catégories que Platon retrouvera en *Lois*, VIII »<sup>63</sup>. En somme, l'aporie éthique de l'œuvre de jeunesse, qui questionne les termes de la relation amicale, trouverait sa solution politique dans le dernier dialogue de Platon, qui analyse la relation amicale pour elle-même, en tant que relation. Ce déplacement de la problématique conduit l'Étranger d'Athènes à distinguer trois espèces du genre « amitié » : l'amitié réciproque fondée sur la quête commune de la vertu (837 a), l'amitié des contraires qui vise à pallier un manque (837 a), l'amitié qui mélange les deux premières et se caractérise par le tiraillement (837 b-c)<sup>64</sup>. Pourtant, il nous semble que cette évolution de la question de l'amitié, qui ne porte donc plus sur les termes mais sur la relation elle-même, si elle trouve son développement final dans les *Lois*, s'appuie sur l'ontologie développée et systématisée dans ce dialogue de la maturité qu'est le *Sophiste*, au cours duquel l'Étranger en vient à définir l'être comme communauté.

Arrêtons-nous par conséquent quelques instants en compagnie de l'Étranger et de Théétète afin de lever cet oubli de l'être. Le dialogue débute par la chasse au sophiste, qui toujours se dérobe aux multiples tentatives de prise conceptuelle ; impossible de le définir tant il parvient à se glisser entre les rets du filet dichotomique ! Aussi sont-ils aussi difficilement saisissables que les simulacres : le manque de consistance de leur discours, qui toujours s'adapte à la situation sans égard à la vérité, les rend tout à fait hermétiques à la clarté des Formes. L'Étranger formule alors le problème de la façon suivante :

*C'est que nous voilà réellement, bienheureux jeune homme, devant une question extrêmement difficile ; car paraître et sembler sans être, dire quelque chose sans pourtant dire vrai, ce sont là formules qui, toutes, sont grosses d'embarras, aujourd'hui comme hier et comme toujours. Quelle formule, en effet, trouver pour dire ou penser que le faux est réel, sans que, à la proférer, on reste enchevêtré dans la contradiction, la question est vraiment, Théétète, d'une difficulté extrême.*<sup>65</sup>

S'engage alors une discussion sur le non-être, puis sur l'assemblage de l'être et du non-être, et enfin sur l'être lui-même. Et c'est à ce point du dialogue que nous voulons précisément en venir. L'enjeu consiste à sortir des dualismes stériles qui opposent l'idéalisme et le matérialisme, ou encore le mobilisme et l'immobilisme : et cela ne sera possible qu'en dotant l'être d'un pouvoir de médiation et de mise en lien.

Mais avant d'en arriver là, l'Étranger doit prendre le temps de dégager les genres de l'Être ; il procède en distinguant deux couples. Il s'attache tout d'abord à récuser les tenants de l'immobilisme (248 e-249 a) car la connaissance de ce qui est requiert le mouvement de l'intellect, c'est-à-dire, en quelque sorte, une action de la pensée ; inversement, il rejette les discours des tenants du mobilisme intégral, sans « même [leur] prêter l'oreille » (249 d). Conclusion : l'être est à la fois mouvement et repos.

<sup>63</sup> Dimitri El Murr, *L'amitié*, Paris, GF Flammarion, 2001, p. 80.

<sup>64</sup> Platon, *Les Lois*, Livre XIII, 837 a-b-c, trad. Luc Brisson et Jean-François Pradeau, Paris, GF Flammarion, 2006, p. 90-91.

<sup>65</sup> Platon, *Le Sophiste* : dans *Parménide, Théétète, Le Sophiste*, trad. Auguste Diès, Paris, Gallimard, « Tel », 1985, p. 183.

Avançons plus avant : des trois genres que nous venons de distinguer, l'être, le mouvement et le repos, on peut dire que « chacun d'eux est autre que les deux qui restent et même que soi » (254 d)<sup>66</sup>. Voici donc introduit un nouveau couple d'opposé : celui du même et de l'autre, au sein duquel chaque terme diffère de l'autre mais demeure identique à lui-même. Voici donc constituée la communauté de l'être composée de deux couples de termes antagoniques.

C'est précisément en cet endroit que se résout l'aporie du *Lysis* : alors que Socrate avait renvoyé dos-à-dos les deux thèses de l'amitié comme relation du semblable avec le semblable et comme attrait du contraire pour le contraire, voici exposée dans le *Sophiste* la possibilité ontologique du lien entre le même et l'autre. Il y va, dans ce mélange des genres, de la possibilité même de la philosophie : « nous en priver, en effet, serait d'abord, perte suprême, nous priver de la philosophie » (260 a) affirme ainsi l'Étranger après avoir souligné que « c'est la plus radicale manière d'anéantir tout discours que d'isoler chaque chose de tout le reste ; car c'est par la mutuelle combinaison des formes que le discours est né » (259 e)<sup>67</sup>. Ainsi, à l'être comme puissance de communauté du même et de l'autre exposée dans l'ontologie du *Sophiste* correspond l'amitié comme relation d'hommes dissemblables en quête de la vertu dans la politique des *Lois*.

Mais poursuivons plus avant. L'être est puissance de communauté, *dynamis koinonias* : cela signifie que la dissymétrie qu'il introduit dans le concert des genres est la condition de mise en lien des couples d'antagoniques que sont d'une part le mouvement et le repos, d'autre part le même et l'autre. Mais de quelle communauté s'agit-il ? Quel est ce commun que l'être, dans son retrait et son effacement, fait advenir ? Il ne s'agit de rien de moins que du monde, que les Grecs nommaient *cosmos*.

Dans le *Gorgias*, Socrate s'adresse à Calliclès de la façon suivante :

*Les savants, Calliclès, affirment que le ciel et la terre, les dieux et les hommes, sont liés ensemble par l'amitié, le respect de l'ordre, la modération et la justice, et pour cette raison appellent l'univers l'ordre des choses [cosmos], non le désordre ni le dérèglement.*<sup>68</sup>

L'amitié constitue par conséquent l'une des quatre conditions par lesquelles le monde se maintient en tant que monde : par elle le Ciel, régi par les mouvements cosmiques, la Terre, qui offre le repos aux hommes et aux choses, les dieux, toujours les mêmes grâce à leur immortalité, et les hommes, perpétuellement autres en raison de leur finitude, forment un accord parfait et habitent le Monde en toute harmonie pour filer ici une métaphore musicale. Jean-François Mattéi a montré, dans ses premiers travaux, que cette figure du *cosmos* imprègne l'histoire de la philosophie de part en part, de Platon à Heidegger, de Pythagore à Nietzsche<sup>69</sup>. Et, en effet, à lire le passage suivant de la *Vie de Pythagore* écrite par Jamblique au début du IV<sup>e</sup> siècle, on perçoit aisément l'ancestralité de ce thème de la mise en relation, cosmique, politique et éthique, par l'amitié :

*Pythagore recommanda de la manière la plus explicite l'amitié de tous pour tous : des dieux à l'égard des êtres humains par le moyen de la piété et du culte savant ; des doctrines les unes avec les autres, de l'âme avec le corps en général, de la partie rationnelle de l'âme avec les parties non rationnelles par le moyen de la philosophie et de la contemplation qui s'y rapporte ; des êtres humains les uns avec les autres, des citoyens (entre eux) par une saine observance des lois, des gens qui n'appartiennent pas à la même communauté, par la*

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 209.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 217-218.

<sup>68</sup> Platon, *Gorgias*, 507 e-508 a, dans Platon, *Protagoras, Gorgias, Ménon*, traduit du grec par Alfred Croiset, Paris, éd. Gallimard, « Tel », 1991, p. 142.

<sup>69</sup> Jean-François Mattéi, *L'Étranger et le Simulacre. Essai sur la fondation de l'ontologie platonicienne*, Paris, Presses Universitaires de France, « Épiméthée », 1983 ; *L'ordre du monde*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989.



*connaissance correcte de la nature humaine ; de l'homme avec la femme, les enfants, les frères et les gens de la maison, par des liens communautaires indissolubles.*<sup>70</sup>

Mais l'on peut encore préciser la nature de cette amitié en lisant la suite du discours de Socrate à Calliclès :  
*Tu n'y fais pas attention, je crois, malgré toute ta science, et tu oublies que l'égalité géométrique est toute-puissante parmi les dieux comme parmi les hommes. Tu es d'avis qu'il faut travailler à l'emporter sur les autres : c'est que tu négliges la géométrie.*<sup>71</sup>

Tandis que l'égalité arithmétique accorde à chacun une part égale, quelles que soient sa nature et ses qualités, justifiant ainsi, par exemple, l'attribution d'une voix à chaque citoyen dans le cadre du suffrage universel, l'égalité géométrique, quant à elle, vise un rapport, c'est-à-dire l'harmonie entre le destin, ou le mérite, et la rétribution. Par l'usage de la proportion et de l'analogie, elle évite aussi bien la tautologie du Même, calculée par la moyenne arithmétique qui divise une somme par le nombre de participants concernés, que la dispersion qui renonce à toute idée d'égalité : ainsi la Différence se trouve réintroduite dans l'ordre du monde, mais aussi dans celui de la cité. Par conséquent, si l'être, sur le plan ontologique, et l'amitié, au niveau éthique, se définissent comme relations, ils ne sauraient toutefois être englobés dans n'importe quelle forme relationnelle : ils procèdent très précisément de l'égalité géométrique, loi cosmique et éthique de redistribution des différences au sein d'une harmonie globale.

Mais si sommes désormais en possession de la connexion qui lie amitié et communauté, la notion de Bien, quant à elle, se fait toujours attendre. Il nous faut, pour procéder à son introduction dans notre réflexion, repartir de la fin du dialogue du *Lysis*. Jean-Claude Fraisse, auteur du livre de référence sur l'amitié dans la philosophie antique, axe à juste titre son interprétation du *Lysis* sur ses derniers développements qui font suite au rejet des thèses cosmologiques<sup>72</sup>. Socrate, en effet, pour relancer le dialogue, en vient à introduire la question de la finalité, du « ce en vue de quoi » l'on est ami. Par exemple, le malade, quand son corps défaille, aime le médecin car ce dernier possède le savoir nécessaire à sa guérison. Mais il convient alors de ne pas s'arrêter en si bon chemin, et de déceler derrière les finalités évidentes la finalité suprême : celle du Bien, du *prôton philon*, qui marque l'introduction de la transcendance éthique dans le dialogue. À y regarder de plus près, le médecin n'est point aimé pour lui-même, mais en raison de sa faculté à ramener le corps souffrant vers la santé ; et cette dernière n'est autre qu'une des formes particulières du bien : « or la médecine est un bien, et c'est en vue de la santé que la médecine se fait aimer. Or la santé est un bien, n'est-ce pas ? » affirme ainsi Socrate en 219 *b*. Aussi, par cette sorte de régression qui ne chemine plus vers la cause efficiente mais vers la finalité, le philosophe peut établir l'existence logique du *prôton philon* : « Alors n'arrivera-t-il pas fatalement que nous nous lasserons de poursuivre cette voie, ou que nous arriverons à un principe qui ne nous enverra plus à un autre objet aimé, je veux dire à cet objet qui est le premier objet d'amour, en vue duquel nous disons que tous les autres sont aimés » (220 *a*). Voici donc annoncée, dès ce dialogue de jeunesse qu'est le *Lysis*, la transcendance du « Bien au-delà de l'être » énoncée dans le Livre VI de la *République*, et qui retiendra tant l'attention de Plotin au III<sup>e</sup> siècle que d'Emmanuel Levinas à l'autre bout de l'histoire de la philosophie.

<sup>70</sup> Jamblique, *Vie de Pythagore*, § 229, trad. Luc Brisson et Alain Philippe Segonds, Paris, Les Belles Lettres, 2011, p. 122-123. De ce point de vue, il est tout à fait remarquable que Jamblique (p. 90-91) attribue à Pythagore la création des mots « amitié », « cosmos », « philosophie » et « être ».

<sup>71</sup> Platon, *Gorgias*, 508 *a*, dans Platon, *Protagoras, Gorgias, Ménon*, op. cit., p. 142.

<sup>72</sup> Jean-Claude Fraisse, *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique*, Paris, Vrin, « Histoire de la Philosophie », 2011, p. 140 sq.

C'est ainsi que se mettent en place, chez Platon, tous les éléments constitutifs de la théorie de l'amitié chez Aristote, telle qu'on la trouve exposée dans le livre VII de l'*Éthique à Eudème* et les livres VIII et IX de l'*Éthique de Nicomaque* : d'une part, l'amitié comme relation unifiante du divers, qui contient en arrière-plan une conception cosmologique de l'être comme mesure, proportion et analogie ; d'autre part, le Bien comme irruption de la transcendance éthique dans l'ordre du monde et moteur de l'action humaine en tant que suprêmement désirable. Envisageons à présent comment amitié, justice et bien commun se lient chez le Stagirite pour former une philosophie politique cohérente.

## II. AMITIE POLITIQUE, JUSTICE ET BIEN COMMUN

S'il est un premier point qu'il faut ici prendre en vue, c'est bien l'aspect phénoménologique de l'amitié, sa caractérisation concrète, qu'Aristote expose et qui, assurément, manquait à l'approche platonicienne. En effet, dans le *Lysis*, Socrate semblait plus soucieux de congédier les thèses cosmologiques pour préparer le terrain à l'advenue du Souverain Bien que de proposer une description de l'amitié et de ses différentes modalités.

Le premier trait qu'Aristote fait ressortir semble relever de l'évidence : deux amis peuvent le devenir puis le rester s'ils se rencontrent et se côtoient régulièrement, en d'autres termes, si leur relation s'inscrit dans un espace local, dans une proximité géographique. Car « l'éloignement, en effet, sans interrompre absolument l'amitié, en suspend les manifestations »<sup>73</sup>. Mais à ce premier critère spatial se superpose une dimension temporelle. Car l'on est bien en peine d'imaginer une relation amicale éphémère : cela contredit la nature même de l'amitié qui a partie liée le temps, c'est-à-dire d'une part sur la fréquence et d'autre part sur la durée. Synthétisant cette importance primordiale de l'espace-temps pour l'amitié, le philosophe écrit alors qu'« il faut [aux amis] la consécration du temps et de la vie en commun »<sup>74</sup>. Nous pourrions le formuler à notre tour de la façon suivante : si la proximité, la contiguïté et la mitoyenneté peuvent être définies comme les conditions matérielles de l'amitié, le temps, quant à lui, doit se penser en termes d'épreuve(s) : une amitié existe en tant que telle si l'intimité des deux parties parvient à surmonter la corrosion et l'usure des jours, des saisons et des années qui passent, si le lien se maintient en dépit des vicissitudes et des surprises de la vie. L'amitié ne relève donc pas de la seule intention, mais se concrétise bien dans des actes.

C'est précisément, deuxième élément de caractérisation, ce qui permet de la distinguer de la bienveillance. Nous pouvons en effet vouloir le bien de personnes que nous ne connaissons guère, d'inconnus qui habitent à l'autre bout de la planète et, pourquoi pas, de la galaxie. Par ailleurs, cette sympathie serait vouée à rester cachée aux yeux de ceux à qui elle est destinée. Il en va ainsi, par exemple, des dons aux œuvres caritatives qui, matériels ou financiers, demeurent souvent anonymes. Or, la relation amicale exige que les deux amis se connaissent mutuellement, et soient chacun bienveillants envers l'autre : de telle sorte qu'Aristote peut définir l'amitié comme une « bienveillance réciproque »<sup>75</sup>. Et cette réciprocité de ne pas se satisfaire de mots et de déclarations, mais d'appeler au contraire des actes : c'est bien par les agissements et les actions de chacun envers l'autre que les deux amis pourront se reconnaître puis se déclarer « amis ». En d'autres termes, l'amitié ajoute à la bienveillance non seulement la réciprocité, la mutualité, le retour, mais en sus l'effectivité et la démonstration : l'ami, au contraire de l'inconnu qui habite aux antipodes, ne se satisfera pas de bonnes intentions et de belles paroles, mais attendra les preuves de l'amitié : que celle-ci se manifeste, qu'elle donne à voir, dit le philosophe,

<sup>73</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre V, trad. Jean Voilquin, Paris, GF Flammarion, p. 237.

<sup>74</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre III, p. 235.

<sup>75</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre II, p. 232.

ses « marques »<sup>76</sup>. Et c'est la raison pour laquelle, comme le note très à propos Bénédicte Sère, les philosophes médiévaux durent, pour penser l'amitié, changer de registre, procéder au passage de l'éthique à l'épistémologie et produire une théorie du signe qui permette d'identifier les traces visibles de la relation amicale<sup>77</sup>.

Si l'amitié se définit comme une bienveillance réciproque, effective et visible, cela ne saurait toutefois suffire à épuiser le sujet, car l'objet même de l'amitié est encore absent de nos développements. Et c'est à ce moment précis de notre raisonnement qu'Aristote rejoint la leçon platonicienne du *Lysis* : en effet, « nous n'aimons pas, semble-t-il, toutes choses indistinctement, mais cela seul qui est aimable, à savoir le bon ou l'agréable ou l'utile »<sup>78</sup>. Ici se trouve réintroduite la finalité, le « ce en vue de quoi » nous entretenons une relation amicale. Et puisque le Bien peut se dire, par analogie, du bon, de l'agréable et de l'utile, Aristote est amené à dresser une typologie de l'amitié et à assurer le départ entre l'amitié qui se fonde sur l'utilité, l'amitié qui s'inspire du plaisir et l'amitié qui rassemble les amis par la vertu. Détaillons brièvement ces trois formes d'amitié, cela nous sera bien nécessaire pour la suite de notre argumentation. L'amitié fondée sur l'utilité consiste à entrer en relation avec autrui pour en retirer un avantage quelconque ; c'est la raison pour laquelle elle concerne un grand nombre de personnes, « une multiplicité de gens » dit Aristote dans *l'Éthique à Eudème*<sup>79</sup>. L'amitié qui s'inspire du plaisir recherche l'agrément, la compagnie délicate et enjouée, et les bons moments à partager. Alors que la première concerne plutôt les personnes âgées, qui ont cessé de rechercher le plaisir, la seconde serait l'apanage des plus jeunes, eux dont « la passion domine encore la vie »<sup>80</sup> ; toutefois, dans les deux cas, l'amitié ne vaut pas par l'ami en lui-même, mais par ce qu'il apporte, utilité ou plaisir : en raison de ces circonstances accidentelles, ces deux types d'amitié se révèlent bien fragiles et éprouvent des difficultés à se maintenir dans le temps. Au contraire, quoique rare, « l'amitié parfaite est celle des bons et de ceux qui se rassemblent par la vertu »<sup>81</sup> : c'est ici par essence que les amis sont amis, recherchant la compagnie de l'homme non en raison d'une finalité extrinsèque, intérêt objectif ou subjectif, mais pour elle-même, en raison de son caractère vertueux.

Néanmoins, à ce stade de compréhension de l'amitié chez Aristote, nous ne voyons toujours pas le lien qu'elle pourrait entretenir avec la politique, la justice et le bien commun. Reprenons alors les premiers développements des *Politiques* ; Aristote y écrit d'emblée : « il est clair que toutes les communautés visent un certain bien, et que, avant tout, c'est le bien suprême entre tous que vise celle qui est la plus éminente de toutes et qui contient toutes les autres. Or c'est celle que l'on appelle la cité, c'est-à-dire la communauté politique »<sup>82</sup>. Les communautés particulières, la famille, le domaine, le village ont pour vocation d'être intégrées à la cité car le tout précède les parties. Il est en effet obvie que nous naissons dans le cadre d'institutions déjà préexistantes, telles, par exemple, que le langage et le système politique en vigueur. Or, la finalité de la cité est la recherche du bien commun, c'est-à-dire de la vie heureuse, dont la condition est la vertu de justice sans laquelle les hommes s'abêtiraient, c'est-à-dire deviendraient « le pire des animaux dans ses dérèglements sexuels et gloutons ». Plus précisément, « la vertu de justice est politique, car la justice introduit un ordre dans la communauté politique, et la justice démarque le juste de l'injuste »<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> *Ibid.*, livre IX, chapitre VIII, p. 276.

<sup>77</sup> Bénédicte Sère, « De la vérité en amitié. Une phénoménologie médiévale du sentiment dans les commentaires de *l'Éthique à Nicomaque* (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles) », *Revue historique*, 2005/4, n° 636, p. 793-820.

<sup>78</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre II, *op. cit.*, p. 231.

<sup>79</sup> Aristote, *Éthique à Eudème*, livre VII, 1236 a, trad. Catherine Dalimier, Paris, GF Flammarion, 2013, p. 201.

<sup>80</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre III, *op. cit.*, p. 233.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>82</sup> Aristote, *Les politiques*, livre I, Chapitre 1, trad. Pierre Pellegrin, Paris, GF Flammarion, 1993, p. 85.

<sup>83</sup> *Ibid.*, livre I, chapitre 2, p. 93.

Or, en plusieurs passages, Aristote paraît marquer sinon une équivalence du moins un parallèle prononcé entre justice et amitié. Lisons plutôt : « Il semble, comme nous l'avons dit au début, qu'amitié et justice se rapportent aux mêmes objets et ont des caractères communs. Dans toute association on trouve, semble-t-il, de la justice et par conséquent de l'amitié. Du moins décerne-t-on le nom d'amis à ceux qui sont compagnons de bord et d'armes, comme ceux qui se trouvent réunis en groupe dans d'autres circonstances. La mesure de l'association est celle de l'amitié et aussi du droit et du juste. Aussi le proverbe est-il bien exact qui dit qu'«entre amis, tout est commun», car c'est dans la communauté que se manifeste l'amitié »<sup>84</sup>. Et les parallèles entre amitié et justice de se poursuivre, plus particulièrement en fonction des formes de gouvernement, thème qui occupe l'intégralité du chapitre XI du livre VIII de *l'Éthique à Nicomaque* : « Dans chacune des formes de gouvernement, l'amitié apparaît en même proportion que la justice »<sup>85</sup>. Je retiendrai de ces citations les points suivants. En premier lieu, amitié et justice se rapportent aux mêmes objets, les associations humaines, dont la forme ultime est la cité ; elles possèdent par ailleurs des caractères communs liés à la recherche de la concorde, de la vie heureuse, c'est-à-dire du bien propre à la communauté concernée. Toutefois, ces rapprochements, s'ils possèdent le mérite de pointer que les deux vertus ne sauraient être dissociées, non seulement entre elles mais également du commun et du bien, masquent une articulation plus fine et plus essentielle entre elles deux.

Revenons alors vers le chapitre 1 du Livre VIII, dans lequel le Stagirite écrit : « L'amitié semble encore être le lien des cités et attirer le soin des législateurs, plus même que la justice. [...] D'ailleurs, si les citoyens pratiquaient entre eux l'amitié, ils n'auraient nullement besoin de justice ; mais, même en les supposant justes, ils auraient encore besoin de l'amitié ; et la justice, à son point de perfection, paraît tenir de la nature de l'amitié »<sup>86</sup>. Il ne suffit donc pas de dresser un parallèle entre justice et amitié : en effet, cette dernière possède indéniablement une priorité ontologique sur la première. Car là où l'on trouve de la justice, l'on décèle également la présence de l'amitié ; mais la réciproque ne saurait être valable : là où règne l'amitié pleine et entière, la justice devient superflue puisque la vertu opère le juste partage sans avoir besoin de recourir au droit et aux institutions. On pourrait en conclure que l'amitié peut se définir, eu égard à la justice, comme la condition de possibilité de cette dernière : « La nature veut que l'obligation d'être juste croisse avec l'amitié »<sup>87</sup>. Franchissons encore un pas : condition de la justice, l'amitié l'est donc de la cité : « en effet, la communauté politique suppose l'amitié, car on ne veut pas faire de chemin en commun avec ses ennemis »<sup>88</sup>.

Nous pourrions toutefois opposer à ce raisonnement qu'amitié et justice, quoiqu'elles traitent du même objet et affichent des caractères communs, ne concernent pas le même échelon de la réalité humaine. La première a trait aux relations interpersonnelles, aux interactions, à la dyade, au lien qui réunit deux personnes tandis que la seconde s'envisage au niveau macroscopique de la cité. Chacune possède ainsi son ordre propre. C'est la raison pour laquelle la place de l'égalité arithmétique et de l'égalité géométrique sont exactement symétriques. Dans le cadre de l'amitié, l'égalité arithmétique est première car deux amis s'échangent une quantité égale de biens, d'affection et d'honneurs, et, par voie de conséquence, l'égalité géométrique seconde, elle qui vient compenser une amitié entre deux personnes de rangs ou de statuts inégaux. Parce que la cité contient beaucoup plus d'hétérogénéité que la relation amicale, l'égalité géométrique, qui rend à chacun son dû selon sa condition et son mérite dans le cadre de la justice distributive, donne le pion à l'égalité arithmétique selon laquelle s'opère la justice commutative. Aristote le note de la façon suivante : « l'égalité ne présente pas dans l'amitié les mêmes

<sup>84</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre IX, *op. cit.*, p. 244-245.

<sup>85</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre XI, p. 248.

<sup>86</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre I, p. 230.

<sup>87</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre VIII, p. 245.

<sup>88</sup> Aristote, *Les politiques*, livre IV, Chapitre 11, *op. cit.*, p. 313.

traits que dans la justice. Ici, ce qui vient en premier lieu, c'est la proportion fondée sur le mérite et, en second lieu, la proportion fondée sur la quantité ; par contre, dans l'amitié, ce qui est au premier plan, c'est la proportion basée sur la quantité et, au second rang, celle qui est fondée sur le mérite »<sup>89</sup>.

Cette dernière remarque permet de saisir sur le vif la profonde asymétrie entre la relation amicale et la cité, ou encore entre l'amitié et la justice. Tirons-en le corollaire radical : l'amitié fondée sur la vertu et la contemplation s'enracine bel et bien dans le domaine éthique, mais elle révèle par là-même sa nature profondément apolitique. On peut donc affirmer, avec Jean-Claude Fraise, que « la finalité de l'amitié, sous cette forme achevée [c'est-à-dire théorique], l'affranchit de toute relation avec la vie politique, et qu'elle n'en est ni la condition, ni le but, ni même un élément »<sup>90</sup>. Faut-il conclure au divorce de l'amitié et de la justice et à présent énoncer le contraire de ce que nous écrivions quelques lignes plus haut ? Certes non. Mais il convient de rapprocher la justice de la seule amitié utile, ainsi qu'Aristote nous y invite explicitement dans l'*Éthique à Nicomaque* : « La communauté politique, semble-t-il, se fonde dès le début sur le besoin utilitaire et subsiste par lui ; tel est, d'ailleurs, le but que se proposent les législateurs qui identifient la juste avec ce qui est utile à la communauté »<sup>91</sup>, ainsi que dans l'*Éthique à Eudème*, qui distingue explicitement l'amitié éthique de l'amitié politique : « L'amitié politique, elle, est fondée sur l'utilité, et cela tout particulièrement »<sup>92</sup>. La cité ne se fonde guère sur le plaisir et l'agrément, car elle ne peut s'inscrire dans le temps et rechercher la vie bonne en se soumettant aux caprices du désir ; elle ne saurait non plus prendre appui sur l'amitié vertueuse qui requiert le détachement et le retrait contemplatif, c'est-à-dire l'étrangeté au lieu, l'« atopie » selon le mot de Socrate. C'est précisément la raison pour laquelle la justice et l'amitié utile possèdent exactement la même structure : « De même que la justice se montre sous un double aspect : l'un non écrit, l'autre codifié par la loi, de même l'amitié fondée sur l'utilité est, semble-t-il, de deux sortes : l'une morale, l'autre légale »<sup>93</sup>. Plus encore, l'existence et l'effectivité de l'amitié utile mène ni plus ni moins qu'à la concorde, et participe de ce fait au bien commun et à la vie bonne : « La concorde paraît donc être une amitié politique et c'est dans ce sens qu'on emploie le mot. Elle s'exerce dans le domaine des intérêts communs et de la vie en société »<sup>94</sup>. Les gens honnêtes, qui parviennent à maîtriser l'irascibilité des pulsions par la force de leur raison et de leur volonté, « veulent le juste et l'utile, et c'est ce à quoi ils tendent d'un commun accord »<sup>95</sup>.

Reprenons notre fil directeur. Il nous semble avoir mis en évidence que l'amitié utile est à la cité ce que l'être est au monde : une puissance de communisation, de mise en commun des choses et des hommes, éclairée par la finalité du bien, qu'il prenne la forme du *prôton philon* dans le *Lysis* ou du *télos* dans l'*Éthique de Nicomaque*. Il est toutefois une différence essentielle entre le *cosmos* et la *polis* : c'est que les lois de la seconde sont le fruit de l'activité humaine et non pas de la nature, et il convient d'y insister pour conclure cette seconde partie.

En effet, certains mots sont apparus dans les citations précédentes que nous n'avons pas intégrés à notre raisonnement : c'est le cas du « droit » (« La mesure de l'association est celle de l'amitié et aussi du droit et du juste »<sup>96</sup>) et de la « loi » (« L'amitié fondée sur l'utilité est, semble-t-il, de deux sortes : l'une morale, l'autre légale »<sup>97</sup>). Si l'amitié fondée sur la vertu entretient une forme d'autosuffisance car l'activité de contemplation se suffit à elle-même, l'amitié utile, quant à elle, serait en peine de se maintenir sans

<sup>89</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre VII, *op. cit.*, p. 241.

<sup>90</sup> Jean-Claude Fraise, *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>91</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre VIII, *op. cit.*, p. 245.

<sup>92</sup> Aristote, *Éthique à Eudème*, livre VII, chapitre 10, 1242 a, *op. cit.*, p. 241.

<sup>93</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre XIII, *op. cit.*, p. 254.

<sup>94</sup> *Ibid.*, livre IX, chapitre VII, p. 273.

<sup>95</sup> *Loc. cit.*

<sup>96</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre IX, p. 244-245.

<sup>97</sup> *Ibid.*, livre VIII, chapitre XIII, p. 254.

l'appui et même le cadre d'institutions qui viennent régler les rapports d'échange. Sa précarité, qu'Aristote souligne à plusieurs reprises, se trouve en quelque sorte compensée par des constructions sociales et politiques qui prennent le relai de la relation immédiate et font office de tiers garant qui organise les conditions des transactions. Aussi n'est-il guère étonnant de voir débiter le livre IX de *l'Éthique à Nicomaque* par un développement portant sur la monnaie : cette dernière est en effet une convention qui donne l'étalon nécessaire pour que le cordonnier puisse échanger ses chaussures contre d'autres objets, ceux du tisserand et des autres artisans. Comme le dit le Stagirite, « on a institué une mesure commune : la monnaie. C'est à elle qu'on se réfère en toutes circonstances ; c'est elle qui sert de mesure »<sup>98</sup>. De façon plus générale, la relation amicale n'est pas close sur elle-même et débouche sur l'activité législative, c'est-à-dire sur la délibération citoyenne qui donne à chaque cité sa forme propre. De telle sorte que l'on peut affirmer de l'amitié qu'elle est à la fois la condition et l'objet du politique : en effet, la relation amicale est à l'origine de la bonne entente qui permet la délibération ; mais cette dernière, en retour, crée le cadre au sein duquel l'amitié se déploie. De même, l'on peut dire de l'amitié qu'elle est une relation à la fois immédiate et médiata : immédiate, car elle place deux amis en situation de proximité ; médiata pour deux raisons : d'une part, la relation amicale se fonde sur son objet, utilité, plaisir ou vertu ; d'autre part, elle nécessite l'intercession d'institutions telles que l'argent, nous l'avons vu ci-dessus, mais aussi la langue, le droit, etc.

### III. LA DECONSTRUCTION OU L'IMPOSSIBLE AMITIE

Nous avons observé comment l'amitié, chez Platon puis Aristote, se trouve au cœur des questions du Bien et de la communauté, en d'autres termes, en position d'essentielle centralité lorsque le thème du Bien commun doit être abordé. Les Romains ont très largement accepté cet héritage ; comme l'affirme Arnaud Suspène, « à Rome, penser l'amitié, c'est d'abord penser la chose commune, c'est-à-dire la République »<sup>99</sup>. C'est la raison pour laquelle Cicéron composa en 44 avant notre ère un traité sur l'amitié, le *Laelius de amicitia*, dans lequel le philosophe recueille l'héritage des penseurs grecs et perpétue la compréhension de l'amitié sur ses versants à la fois cosmique, car « la sagesse exceptée, l'homme n'a rien reçu de meilleur de la part des dieux<sup>100</sup>, et politique, car « si l'on supprime dans la nature le lien que créent les sentiments, ni maison ni ville ne pourra rester debout »<sup>101</sup>. Plus encore, on retrouve chez Cicéron le primat éthique du Bien, car l'amitié ne saurait fondamentalement résulter de la faiblesse humaine<sup>102</sup>, mais émane bien plutôt du magnétisme de la vertu ; et, enfin, ce sentiment unit des gens proches, réunis dans une unité de temps, de lieu et d'action : en effet, « nous sommes tels par nature que tous les hommes ont entre eux un lien de société et qu'il se raffermir dans la mesure où ils plus proches les uns des autres. Ainsi préfèrent-ils leurs concitoyens aux étrangers, les membres de leur famille aux autres »<sup>103</sup>. En résumé, l'amitié est l'entente qui assure à une communauté donnée sa continuité historique en raison de la stabilité des liens qu'elle fait naître, développe puis entretient.

Il n'entre pas ici dans le cadre de nos propos de retracer une histoire de l'amitié en Occident, mais il s'avère tout de même expédient de noter les points suivants avant d'aborder la phase suivante de notre cheminement. En premier lieu, les médiévaux reçurent de Cicéron les développements antiques sur

<sup>98</sup> *Ibid.*, livre IX, chapitre I, p. 262.

<sup>99</sup> Arnaud Suspène, « De l'amitié républicaine à l'amitié du Prince : une approche politique de l'*amicitia* romaine (fin de la République – Haut Empire) », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2016/3, n° HS 11, p. 34.

<sup>100</sup> Cicéron, *L'amitié*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 25.

l'amitié : il constitue en effet, comme l'indique Bénédicte Sère, la « référence incontournable »<sup>104</sup> en la matière. Même Jean Bodin, celui par qui le concept moderne de « souveraineté » arriva, écrivait en 1576 dans les *Six Livres de la République* que l'amitié constitue la finalité du gouvernement ou, dans ses termes, de l'action du Prince : « L'autre point que le sage Prince doit avoir devant les yeux, est de trancher les racines, et ôter les semences des guerres civiles, pour maintenir les sujets en bonne paix et amitié les uns envers les autres »<sup>105</sup>. Et de noter quelques lignes plus bas que l'amitié requiert l'égalité, c'est-à-dire l'équité naturelle et le partage des choses communes. On peut donc affirmer que ce modèle de l'amitié se perpétua à travers les siècles jusqu'à vivre un retrait de la sphère politique, mouvement culminant au XVIII<sup>e</sup> siècle mais déjà amorcé par la privatisation du sentiment affectif chez Montaigne. Formulons-le ainsi : l'éclatement du *cosmos* qui résulte des avancées de la science moderne, galiléenne puis newtonienne, engendra en réaction un recentrement de l'homme sur lui-même ; l'amitié, privée de ses repères cosmiques et ontologiques, suivit ce mouvement et gagna alors l'intériorité subjective. En second lieu, il nous faut ici noter quelques éléments historiques de manifestation de l'amitié : car celle-ci n'est pas un programme qui s'appliquerait de façon univoque à toutes les sociétés. Au contraire, elle s'inscrit toujours, comme la prudence, dans un contexte bien particulier : elle se trouva ainsi au fondement de la société carolingienne dont la *fides* est la clef de voûte<sup>106</sup>, elle servit également de ciment aux contre-pouvoirs qui s'opposent aux dérives absolutistes, que ce soit à la fin du Moyen Âge chez Oresme<sup>107</sup> ou au XVIII<sup>e</sup> siècle avec l'émergence de corps intermédiaires tels que les salons philosophiques et les loges franc-maçonnnes<sup>108</sup>.

Pourtant, malgré ses mutations et ses déplacements, l'amitié semble conserver ses caractères aristotéliens que nous détaillâmes plus haut et que Donatien Grau résume, quant à lui, en trois mots-clés : la durée, la vertu et la relation interpersonnelle<sup>109</sup>. En forçant certes le trait, nous pourrions même reconnaître dans ces termes des qualificatifs aptes à rendre compte d'une amitié privée et dépolitisée. Dans quel but avançons-nous ce dernier élément ? Pour faire apparaître, par contraste, la rupture historique que nous vivons actuellement : « Le modèle de l'amitié est en cours d'annihilation ou de révolution », assure ainsi Donatien Grau dès le début de son propos<sup>110</sup>. Puis l'auteur d'apporter les arguments à l'appui de sa thèse : la remise en cause du caractère électif et aristocratique de l'amitié par une mentalité majoritairement démocratique, ce qui revient à dire que l'égalité arithmétique dame le pion, à l'égalité géométrique ; l'avènement des réseaux sociaux qui rend la proximité spatiale superflue ; l'immédiateté des relations qui rompt avec la durée nécessaire et incontournable à l'édification d'une amitié classique.

Très significativement, Donatien Grau rapproche ce nouveau portrait de l'amitié de « la communauté qui vient » de Giorgio Agamben : en effet, le philosophe italien développe dans le livre éponyme une théorie de la singularité quelconque, ou encore de l'être tel qu'il n'est pas déterminé ou défini et retiré par conséquent de toute appartenance. Et ce quelconque de posséder en outre l'insigne qualité d'être aimable, précisément en raison de son absence de forme : car l'on n'aime jamais quelqu'un pour tel ou tel détail, ses cheveux ou ses manières, mais pour ce qu'il est, tout simplement<sup>111</sup>. Ici se trouve subvertie

<sup>104</sup> Bénédicte Sère, « Essai sur un oxymore normatif : l'amitié politique à la fin du Moyen Âge », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2016/3, n° HS 11, p. 85.

<sup>105</sup> Jean Bodin, *Les six livres de La République*, Paris, Le livre de poche, « Classiques de la philosophie », p. 363.

<sup>106</sup> Régine Le Jan, « Amitié et politique au Haut Moyen Âge », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2016/3, n° HS 11, p. 57-84.

<sup>107</sup> Bénédicte Sère, « Essai sur un oxymore normatif : l'amitié politique à la fin du Moyen Âge », *article cit.*, p. 88.

<sup>108</sup> Maurice Daumas, « "Aimez toujours bien le maître..." Amitié et politique en France à l'époque moderne », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2016/3, n° HS 11, p. 109.

<sup>109</sup> Donatien Grau, « L'amitié qui vient », *Les temps modernes*, 2011/4, n° 665, p. 168.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>111</sup> Giorgio Agamben, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, trad. Marilène Raiola, Paris, éd. du Seuil, « La librairie du XX<sup>e</sup> siècle », 1990, p. 10-11.

l'idée aristotélicienne selon laquelle l'amitié se fonde sur la médiation d'une finalité : utilité, plaisir ou vertu. C'est justement en renonçant à tout objet identifié et désirable que la singularité quelconque en rencontre une autre. Mais l'amitié alors se transforme : elle n'est plus cette puissance de mise en relation et d'attachement du même et de l'autre, elle devient le perpétuel devenir-autre du même qui ne trouve plus à se fixer, ne fût-ce que provisoirement dans une forme : « L'ami n'est pas un autre moi, mais une altérité immanente dans la mêmeté, un devenir autre du même », écrit ainsi fort logiquement Giorgio Agamben dans le petit livre qu'il consacre à l'amitié<sup>112</sup>. Mais que reste-t-il alors de la communauté si l'amitié n'assure plus le rôle de liant social et politique ? Pour le comprendre, il nous faut emprunter le détour que le philosophe italien prend lui-même, et en revenir à la doctrine de l'univocité telle que Spinoza la développe : en effet, pour Agamben, « rien de plus instructif que la manière dont Spinoza pense le commun »<sup>113</sup> ! Le penseur néerlandais considère que tous les corps expriment l'attribut divin de l'étendue sans pour autant que cela ne définisse leur essence, de telle sorte qu'essence et communauté se trouvent ici dissociées. Agamben peut alors en tirer les conséquences : « Décisive est ici l'idée d'une communauté *inessentielle*, d'une solidarité qui ne concerne en aucun cas une essence. *L'avoir-lieu, la communication des singularités dans l'étendue, ne les unit pas dans l'essence, mais les disperse dans l'existence* »<sup>114</sup>. On mesure ici à quel point la figure du citoyen, qui par définition appartient et participe à un corps politique, se trouve balayé par la singularité quelconque qui ne soumet son irréductibilité à aucune espèce de loi, à aucune sorte de médiation. Jean-Luc Nancy présente le même raisonnement issu de la doctrine de l'univocité scotiste pour justifier l'idée d'une « communauté désœuvrée » : « Quoi de plus commun qu'être, que l'être ? [...] Mais l'être n'est pas une chose que nous posséderions en commun »<sup>115</sup>. Logique qui aboutit non seulement à nier l'existence historique de formes communautaires (« la communauté n'a pas eu lieu »<sup>116</sup>) malgré les innombrables travaux sociologiques, mais également à contester la possibilité ontologique de la communauté (« il n'y pas la communion, il n'y a pas d'être commun »<sup>117</sup>). La conclusion des démonstrations d'Agamben et de Nancy, ultime corollaire de l'exil de l'amitié de la vie politique, opère le divorce entre l'humain et le citoyen, entre la singularité et l'État : selon les mots de Giorgio Agamben, « *la nouveauté de la politique qui vient, c'est qu'elle ne sera plus une lutte pour la conquête ou le contrôle de l'État, mais une lutte entre l'État et le non-État (l'humanité), disjonction irrémédiable des singularités quelconques et de l'organisation étatique* »<sup>118</sup>.

Cette déconstruction radicale et totale de l'amitié par Giorgio Agamben semble plonger ses racines dans l'ébranlement que fut pour les philosophes postmodernes les œuvres de Maurice Blanchot et d'Emmanuel Levinas, ainsi dans l'ouvrage plus tardif que Jacques Derrida consacra à l'amitié, *Politiques de l'amitié*, qui se trouve justement cité au début du petit livre du penseur italien.

C'est en hommage à Georges Bataille, disparu le 9 juillet 1962, que Maurice Blanchot composa *L'amitié*, livre qui contient pourtant beaucoup d'essais qui n'abordent pas le thème promis par le titre. Deux citations de Bataille ouvrent l'ouvrage, et la seconde d'entre elles attire immédiatement l'attention, elle qui évoque « cet état d'amitié profonde où un homme abandonné, abandonné de tous ses amis, rencontre dans la vie celui qui l'accompagnera au-delà de la vie, lui-même sans vie, capable de l'amitié libre, détachée de tous liens »<sup>119</sup>. Dès l'entame se manifeste au grand jour l'ambition de retourner l'amitié classique : l'amitié comme lien qui unit deux personnes différentes est une aliénation de laquelle il est

<sup>112</sup> Giorgio Agamben, *L'amitié*, trad. Martin Rueff, Paris, éd. Payot & Rivages, « Rivages Poche », 2007, p. 35.

<sup>113</sup> Giorgio Agamben, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, op. cit., p. 24.

<sup>114</sup> *Loc. cit.*

<sup>115</sup> Jean-Luc Nancy, *La communauté désœuvrée*, Paris, Christian Bourgois Éditeur, « Détroits », 1999, p. 201.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>119</sup> Maurice Blanchot, *L'amitié*, Paris, éd. Gallimard, « nrf », 1971, p. 7.



impératif de se délivrer afin de vivre une « amitié libre, détachée de tous liens ». Mais à quoi peut donc ressembler un attachement sans attache ? Une ébauche de réponse se trouve dans le dernier essai, qui donne son titre à l'ouvrage et comporte à peine cinq petites pages. Le premier affranchissement provient de la libération à l'égard du passé et de la mémoire : « Tout ce que nous disons ne tend qu'à voiler l'unique affirmation : que tout doit s'effacer et que nous ne pouvons rester fidèles qu'en veillant sur ce mouvement qui s'efface, auquel quelque chose en nous qui rejette tout souvenir appartient déjà »<sup>120</sup>. La fidélité ne témoigne pas du maintien de l'amitié qui laisse son empreinte même lorsque l'ami est absent, mais du projet commun de l'absence de projet commun : tout doit être effacé, aucune trace ne doit subsister, l'oubli, et non la réminiscence, donne à l'amitié son inessentielle inconsistance. Mais à qui alors Maurice Blanchot écrit-il cet hommage si ce n'est à Georges Bataille ? Certainement pas à ce dernier, puisqu'il n'est pas certain que ce dernier, lorsqu'il s'exprimait à la première personne dans ses propres livres, parlait vraiment de lui-même, au sens où il est sinon impossible du moins difficile d'identifier ce « Je » qui s'énonce lui-même. L'hommage reste-t-il possible s'il perd son destinataire ? Assurément non : car l'on peut certes parler avec nos amis, mais il est tout à fait interdit de parler sur eux. Pourquoi ? « L'amitié, ce rapport sans dépendance, sans épisode et où entre cependant toute la simplicité de la vie, passe par la reconnaissance de l'étrangeté commune qui ne nous permet pas de faire parler nos amis »<sup>121</sup>. Le rapport amical se tisse à partir d'une « séparation fondamentale », originelle, irréparable, à partir d'une « distance infinie » qu'aucun pont ne saurait franchir, qui rendent l'hommage à l'ami disparu inconcevable et, par conséquent, irréalisable. Cela mène Maurice Blanchot à faire montre de sophistication : à savoir, à ne parler de rien ni de personne pendant cinq pages de palinodies réitérées, et à tenter de justifier son nihilisme<sup>122</sup>. Il fallait sans doute rompre avec la conception classique du langage, celle qui affirme avec Platon que l'on ne peut rien dire du non-être car « toute science essentielle déterminée [est] science d'un être essentiel déterminé »<sup>123</sup>, ou, avec Aristote cette fois, que l'énoncé dit quelque chose à propos de quelque chose<sup>124</sup>, pour promouvoir une conception de « l'amitié sans partage comme sans réciprocité, amitié pour ce qui a passé sans laisser de traces »<sup>125</sup>.

C'est à partir de cette révolution blanchotienne mais aussi de la pensée levinassienne, qui à la métaphysique du Même substitue l'éthique de l'Autre comme philosophie première<sup>126</sup>, que Jacques Derrida entreprendra d'écrire ses *Politiques de l'amitié*, dans lesquelles la déconstruction ne se limite plus à l'amitié grecque mais inclut de surcroît la fraternité chrétienne. Car, selon lui, « la figure de l'ami semble spontanément appartenir à une configuration familiale, fraternaliste et donc androcentrée du politique »<sup>127</sup>. Bien sûr, cette affirmation ne peut provenir que d'une lecture partielle d'Aristote qui, s'il place effectivement la proximité au cœur de l'amitié, n'en défend pas moins la thèse que l'amitié utile, la seule qui soit pleinement politique, se fonde sur l'égalité des participants alors que l'amitié qui lie à un père à son fils, un mari à son épouse, ou un maître à ses esclaves, fait partie des relations inégales régies par la loi de la proportion<sup>128</sup>. Et Cicéron, de son côté, d'affirmer que l'amitié entre parents, en comparaison de celle qui unit les amis, « manque de solidité »<sup>129</sup>. Mais, peu importe, pour Jacques Derrida, la véracité de son assertion, car la finalité de son raisonnement est de mettre en évidence l'emprise de l'être sur le

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 328.

<sup>122</sup> On rappellera ici l'étymologie du terme « nihilisme » qui justifie sa présente utilisation : en effet, le nihilisme est l'absence du « hile » (*hilum*), c'est-à-dire de la cicatrice du point d'attache qui relie la graine au funicule. Aussi le détachement blanchotien est-il, au sens propre, nihiliste.

<sup>123</sup> Platon, *Parménide*, 134 a, trad. Auguste Diès, Paris, Editions Gallimard, « Tel », 1992, p. 19.

<sup>124</sup> Martin Heidegger, *Aristote, Métaphysique  $\Theta$  1-3. De l'essence et de la réalité de la force*, trad. Bernard Stevens et Pol Vandavelde, Paris, Editions Gallimard, « Bibliothèque de la Philosophie », 1991, p. 16.

<sup>125</sup> Maurice Blanchot, *L'écriture du désastre*, Paris, éd. Gallimard, « NRF », 1980, p. 47.

<sup>126</sup> Emmanuel Levinas, *Totalité et infini. Essai sur l'extériorité*, Paris, Le livre de poche, « biblio essais », 1971 ; *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Paris, Le livre de poche, « biblio essais », 1978.

<sup>127</sup> Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>128</sup> Aristote, *Éthique de Nicomaque*, livre VIII, chapitre VII, *op. cit.*, p. 241.

<sup>129</sup> Cicéron, *L'amitié*, *op. cit.*, p. 25.

politique, à travers un syllogisme implicite qui s'appuie sur l'énoncé suivant : « Le concept du politique s'annonce rarement sans quelque adhérence à la famille, sans ce que nous appellerons une schématique de la filiation : la souche, le genre ou l'espèce, le sexe (*Geschlecht*), le sang, la naissance, la nature, la nation – autochtone ou non, tellurique ou non »<sup>130</sup>. Voici donc : L'amitié est le fondement du politique ; or l'amitié, assimilable à la fraternité, procède du registre familial, c'est-à-dire de la filiation ; donc le politique se pense à partir de la souche et du sang. Elle est par conséquent éminemment condamnable en ce qu'elle reproduit le Même, à l'instar de l'ensemble de la tradition métaphysique inaugurée par Platon, et s'avère incapable d'accueillir l'Autre dans sa radicale étrangeté. Déconstruire l'amitié se révèle être un enjeu de taille, à l'échelle de la civilisation.

Jacques Derrida emploie alors la même stratégie que Maurice Blanchot : il faut avant tout développement ultérieur détacher l'amitié du bien, de l'aimable, être, objet ou vertu. En effet, « on peut *penser* et *vivre* l'amitié, le propre ou l'essentiel de l'amitié, sans la moindre référence à l'*être-aimé*, plus généralement à l'*aimable* »<sup>131</sup>. L'amitié se trouve ainsi affranchie, non seulement libérée du joug de la finalité ou du principe, mais en sus délivrée du lien social et communautaire, de telle sorte que l'on trouve ici déjà établir la disjonction de l'homme et du citoyen, de l'amitié et de la communauté, relevée plus haut chez Giorgio Agamben : « Communauté sans communauté, amitié sans communauté des amis de la solitude. Nulle appartenance. Ni ressemblance ni proximité. » assène de façon péremptoire Jacques Derrida<sup>132</sup>. Voici l'amitié sauvée des rets de l'arrondissement, car toute communauté et tout être-en-commun sont essentiellement, de tous temps et en tous lieux, des ruses de la raison qui s'approprie l'étranger et rend l'autre pareil au même.

Sans point fixe ni attache, elle peut désormais intégrer le programme révolutionnaire de Jacques Derrida : « Il y a là comme un soulèvement, en effet, et nous voudrions en percevoir les ondes sismiques, en quelque sorte, la figure géologique d'une révolution politique [...], une révolution, peut-être *du* politique. Une révolution séismique dans le concept de politique de l'amitié dont nous avons hérité »<sup>133</sup>. Mais de quelle révolution est-il plus précisément question ? De celle qui consiste à faire de l'étranger, par-delà toute appartenance familiale, sociale et politique, mon ami ; de celle qui substitue à la fermeté et à la clôture des liens amicaux un appel et une adresse qui précèdent toute rencontre, toute identité, toute reconnaissance ; de celle qui érige l'Autre en Absolu qui échappe, par définition, à toute mesure commune et à qui nous devons, car cela relève de notre responsabilité et de notre « com-parution »<sup>134</sup> selon le terme de Jean-Luc Nancy, l'hospitalité. « *Amitié : amitié pour l'inconnu sans amis* »<sup>135</sup>, résume Maurice Blanchot. La neutralisation de l'amitié conduit à l'ouverture inconditionnelle aux singularités quelconques si bien que l'éthique signifie, chez Levinas, Blanchot, Derrida, Nancy et Agamben, l'enterrement simultané de l'ontologie et du politique, ou encore les funérailles du registre analogique de l'être, du commun et du bien. Ne subsiste plus alors, en dépit des efforts répétés de Platon et de la tradition philosophique pour maintenir le *metaxu*, l'entre-deux, qu'« un devenir-autrui *qui ne comporte aucune médiation du même et de l'autre* »<sup>136</sup>.

<sup>130</sup> Jacques Derrida, *Politiques de l'amitié*, op. cit., p. 12-13.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>134</sup> Jean-Luc Nancy, *La communauté désœuvrée*, op. cit., p. 69.

<sup>135</sup> Maurice Blanchot, *La communauté inavouable*, Paris, éd. de Minuit, 1983, p. 44.

<sup>136</sup> Jean-Luc Nancy, *La communauté désœuvrée*, op. cit., p. 208.

### IV. LE MANAGEMENT OU LE TRIOMPHE PLANETAIRE DU MESSIANISME DE L'AMITIE

Il semble pourtant que les promoteurs de l'amitié sans partage ni réciprocité, de cette amitié anonyme et unilatérale qu'Aristote nommait « bienveillance », pour très précisément la distinguer de l'amitié, soient passés à côté d'un fait essentiel qui structure les sociétés industrielles et post-industrielles : celles-ci, en effet, se bâtissent autour d'une théologie messianique de l'amitié qui présente, ô surprise, bien des points communs avec les pensées de la déconstruction. Je serais d'ailleurs prêt à risquer l'hypothèse, qui, faute de place, demanderait à être étayée dans un autre article, selon laquelle la déconstruction ne serait que l'écho tardif et radicalisé de la révolution industrielle : elle est, sur le plan de la pensée, l'arrachement enfin venu à la longue période agraire inaugurée révolution néolithique et marquée par les schèmes du territoire (qui, par ses frontières, bloque ou ralentit les flux), de la racine (à laquelle Deleuze substitue les rhizomes), de l'arbre (de la philosophie), etc.

Cette présence de l'amitié messianique, dont nous dresserons la généalogie et les contours plus bas, mérite toutefois d'être observée dans son déploiement contemporain. Elle prend tout d'abord la forme visible et grotesque de l'*homo festivus*, dont Philippe Muray s'est fait le redoutable exégète, de sa recherche forcenée de convivialité, de sa quête d'amusements grégaires, de sa boulimie d'activités sociales et *fun*. Mais l'amitié moderne se manifeste également dans des lieux que l'on croyait, à tort, destinés au seul impératif économique : l'entreprise. L'arrivée récente des « Responsables du bonheur » (*Chief Happiness Officer*), les multiples politiques de « reconnaissance » et de promotion du « bien-être au travail », l'ambition de créer un lien fusionnel entre les salariés et les normes organisationnels que l'on nomme « culture d'entreprise », le souci grandissant du « travail en équipe » et en « mode projet », le projet de développer les « compétences relationnelles et collectives », les aspirations à une organisation décloisonnée et collaborative... tout cela témoigne du fait que l'entreprise ne saurait se réduire à un amas d'individus rationnels et calculateurs, et qu'elle cultive, au contraire, « l'amitié » comme ressort du lien organisationnel. Et cette brève phénoménologie de ne pas relever de l'anecdote, étant donnée l'insigne importance du management et des organisations dans les temps présents<sup>137</sup>.

Ceci ne va pourtant pas de soi. En effet, Dimitri El Murr soutient, quant à lui, que l'individualisme libéral serait à l'origine de l'éclipse de l'amitié ; plus précisément, « l'individualisme impliqué par la théorie des échanges dans la société commerciale produit d'autres conditions sociales pour la pratique du lien amical et aussi d'autres modes de questionnement présidant à l'analyse des relations interpersonnelles »<sup>138</sup>. Le philosophe constate dans un premier temps que le nombre de publications qui traitent spécifiquement de l'amitié s'effondre tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle au moment même où la société bourgeoise s'affirme avec de plus en plus. Il émet alors l'hypothèse explicatrice suivante : la conciliation des relations concurrentielles, c'est-à-dire des intérêts privés, et des liens amicaux est périlleuse tant la nature de ces rapports apparaît incompatible. Dimitri El Murr se réfère enfin à Hannah Arendt et à l'analyse détaillée que cette dernière propose des modalités de la vie active dans la *Condition de l'homme moderne* : dans cette lignée, il affirme que l'amitié trouve naturellement sa place dans une société, la grecque en l'occurrence, qui accorde le primat au registre de l'action, c'est-à-dire au service de la cité (et du bien commun, ajouterions-nous volontiers), mais qu'elle souffre d'être écartée à une époque où le travail fait office de principe cardinal. Même les différentes théories des sentiments moraux développées par les Lumières écossaises, contre toute attente, confirment ce verdict : en effet, à l'amitié se substitue ici, comme dans les pensées de la déconstruction, la bienveillance à l'égard d'autrui en général qui compense

<sup>137</sup> Baptiste Rappin, *Au fondement du Management. Théologie de l'Organisation*, vol. 1, Nice, éd. Ovadia, « Chemins de pensée », 2014, p. 31-36.

<sup>138</sup> Dimitri El Murr, *L'amitié*, op. cit., p. 27.

les défaillances et l'incomplétude du marché. Dit en d'autres termes, cela revient à rabattre l'amitié sur la sphère privée et à la vider de toute substance ou visée politique. Dimitri El Murr peut alors conclure de la façon suivante : « On peut donc affirmer que même si le libéralisme ne détruit pas la possibilité *théorique* de l'amitié, même s'il tend au contraire à l'inscrire dans la nature humaine, son intégration dans le principe de sympathie ou de bienveillance ne permet plus de justifier la spécificité de son statut »<sup>139</sup>.

Il n'en reste pas moins dommageable que Dimitri El Murr, tout comme Hannah Arendt d'ailleurs, ne se penche pas davantage sur la nature et les soubassements du travail moderne : cela lui aurait permis d'observer non pas la disparition de l'amitié, mais son déplacement de la cité vers l'entreprise. Mais quelles transformations l'amitié connaît-elle dans ce transfert de la *polis* vers l'*oikos* ? Quelles modifications affectent son passage du politique vers l'organisationnel ?

Partons d'un constat<sup>140</sup> : dans les *Principes du management scientifique* parus en 1911, l'ingénieur américain Frederik Winslow Taylor se donne pour objectif d'offrir à ses lecteurs, et surtout aux dirigeants d'entreprise, une synthèse des acquis de ce nouveau mode de gouvernement des entreprises et des ateliers qu'il nomme « management scientifique ». Il revient naturellement sur des choses bien connues : la séparation de la conception et de l'exécution, la spécialisation des tâches et leur optimisation spatio-temporelle (*one best way*), la sélection des ouvriers, la rémunération à la pièce, etc. Ce que l'on oublie plus facilement, c'est que cet ensemble de mesures et de dispositifs sert une vision du monde que Taylor résume de la façon suivante : « Harmony, not discord. Cooperation, not individualism »<sup>141</sup>. Le management scientifique se révèle être, au fond, une troisième voie entre l'individualisme libéral, qui renvoie le fondement de la société à la raison du sujet sous ses multiples figures, économique, juridique et politique, et le marxisme qui établit la lutte des classes, c'est-à-dire la négativité, comme moteur de l'histoire. Ni atomisme ni antagonisme, le management scientifique s'inscrit dans le projet de la coopération industrielle que Claude-Henri de Saint-Simon thématiza entre 1802 et 1825. Pour ce dernier, en effet, la Révolution Française n'accomplit que la moitié du chemin vers la société parfaite : elle s'est certes débarrassée de l'emprise de la théologie et a promu la science au rang de nouvelle référence de la civilisation moderne et industrielle, mais elle ne vint pas à bout de ces légistes et de ces juristes qui persévèrent dans des réflexes métaphysiques, abstraits et stériles, plutôt que de se tourner vers l'horizon de l'efficacité. Les industriels doivent désormais leur succéder. C'est ainsi que l'âge féodal sera définitivement et péremptoirement dépassé, et que l'époque industrielle triomphera ; alors la paix et la coopération se substitueront à la guerre et à la hiérarchie : « Dans l'ancien système, le peuple était *enrégimenté* par rapport à ses chefs. Dans le nouveau, il est *combiné* avec eux. De la part des chefs militaires, il y avait *commandement*. De la part des chefs industriels, il n'y a plus que *direction*. Dans le premier cas, le peuple était *sujet*. Dans le second, il est *sociétaire*<sup>142</sup> ». Par conséquent, l'industrialisme se caractérise par une modification radicale des relations sociales ; ces dernières, abandonnant tout rapport de force, délaissant toute conflictualité, émergeront de la coopération et viseront l'association : « Mais dans une coopération où tous apportent une capacité et une mise, il y a véritablement association, et il n'existe d'autre inégalité que celle des capacités et des mises, qui sont l'une et l'autre nécessaires (c'est-à-dire inévitables), et qu'il serait absurde, ridicule et funeste de faire disparaître<sup>143</sup> ».

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>140</sup> Nous nous permettons de renvoyer ici le lecteur à nos travaux s'il souhaite prendre connaissance de développements plus précis à propos de la coopération et de l'amitié dans le management scientifique : Baptiste Rappin, *De l'exception permanente. Théologie de l'Organisation*, vol. 2, Nice, éd. Ovidia, « Les carrefours de l'être », 2018, p. 432 sq pour la coopération, p. 481 sq pour l'amitié industrielle.

<sup>141</sup> Frederick Winslow Taylor, *The Principles of Scientific Management* (1911), Mineola, New York, Dover Publications, 1998, p. 74.

<sup>142</sup> Claude-Henri de Saint-Simon, *L'organisateur*, dans *Œuvres Complètes III*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2013, p. 2187.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 2187-2188.

Si Taylor inscrit ses pas aussi facilement dans ceux de Saint-Simon, si le management scientifique est la poursuite de l'industrialisme, c'est que les deux personnages partagent une même référence fondamentale, et même religieuse : les Quakers, que l'on nomme encore « Amis ». Cela est évident du côté de l'ingénieur américain, né en Pennsylvanie, le fief historique des Quakers, et qui reçut une éducation religieuse poussée de la part de sa mère, Emily Winslow. Du côté de Saint-Simon, cette influence se découvre à la lecture de sa *Première Lettre à un Américain*, dans laquelle il n'hésite pas à écrire « que le caractère de l'un de ses premiers fondateurs des colonies anglaises dans le Nouveau Monde, le célèbre Penn, était le caractère dominant de la nation américaine ; que cette nation se montrait en général essentiellement pacifique, industrielle et économe.<sup>144</sup> ». De son périple aux États-Unis, Saint-Simon en a gardé une admiration sincère pour une nation jeune et profondément égalitaire, marquée par les préceptes du « célèbre Penn » qui n'est autre que le fondateur quaker de l'État de Pennsylvanie à l'origine de la « Sainte Expérience » qui demeure le mythe des origines des Amis.

En quoi la religion de l'amitié a-t-elle influencé de façon décisive l'industrialisme de Saint-Simon et le management scientifique de Taylor ? La réponse se trouve dans l'*Apologie de la véritable théologie chrétienne* rédigée par Robert Barclay en 1675 dans laquelle l'auteur présente les principes et préceptes des Trembleurs<sup>145</sup>. La thèse II porte, à notre sens, l'essentiel du message dans son titre qui évoque la « Révélation immédiate »<sup>146</sup> : puisque ni Dieu ni son Fils ne sont à la portée de notre connaissance, c'est par le contact direct avec le Saint Esprit, par lequel le croyant reçoit la « Lumière intérieure », que se produisent l'illumination, qui provoque le tremblement des corps, et la révélation, qui livre la connaissance suprême. Les Écritures, auxquelles les Protestants sont attachés, et les sacrements, qui manifestent la hiérarchie de l'Église dans le catholicisme, ne sont que des connaissances ou des expériences secondes car elles ne proviennent pas directement de la Source Suprême : dans la lignée du messianisme spiritualiste de Joachim de Flore, les Quakers remettent ainsi en cause l'ensemble des médiations qui structurent la religion chrétienne. D'une part, la relation à Dieu est immédiate par le contact direct avec le Saint-Esprit ; d'autre part, les rapports entre croyants prennent la forme d'une interaction horizontale et égalitaire, que l'on peut nommer « amitié », et qui consiste précisément à partager ou à transmettre l'« Étincelle divine ». C'est, à notre sens, la manière la plus adéquate de rendre de l'utilisation que Taylor fait de l'adjectif « amical » dans les *Principes du management scientifique*, comme dans les expressions « coopération amicale » (*friendly cooperation*<sup>147</sup>) et même « coopération intime et amicale » (*intimate friendly cooperation*<sup>148</sup>), ainsi que dans ce passage plus complet : « L'essentiel du présent article montrera que pour travailler selon des lois scientifiques, le management doit assumer et effectuer le gros du travail qui, à présent, est pris en charge par les hommes ; presque chaque acte de l'ouvrier devrait être précédé par un ou plusieurs acte(s) préparatoire(s) qui lui permettra ou permettront d'accomplir son travail d'une meilleure manière et plus rapidement. Et chaque personne devrait recevoir un enseignement et l'aide la plus amicale de la part de ceux qui le dirigent, au lieu d'être, d'un côté, guidée et forcée par ses patrons, ou, à l'autre bout, livrée à lui-même<sup>149</sup> ».

<sup>144</sup> Claude-Henri de Saint-Simon, *L'industrie*, dans *Œuvres Complètes II*, Paris, Presses Universitaires de France, « Quadrige », 2013, p. 1480.

<sup>145</sup> « Trembleur » est la traduction française de « Quaker » : « to quake » signifie en effet « trembler » en anglais.

<sup>146</sup> Robert Barclay, *Apologie de la véritable théologie chrétienne ainsi qu'elle est soutenue et prêchée par le peuple appelé par mépris les Trembleurs*, Londres, Imprimé et se vend par T. Sowle dans la Court appelée du Cerf-Blanc, 1702, p. 1.

<sup>147</sup> Frederick Winslow Taylor, *op. cit.*, p. 10.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 10 : « the body of this paper will make it clear that, to work according to scientific laws, the management must take over and perform much of the work which is now left to the men; almost every act of the workman should be preceded by one or more preparatory acts of the management which enable him to do his work better and quicker than otherwise. And each man should daily be taught by and receive the most friendly help from those who are over him, instead of being, at the one extreme, driven or coerced by his bosses, and at the other left to his own unaided devices ».

S'il fallait à présent résumer le chemin que nous venons de parcourir, alors je le formulerais de la façon suivante : l'amitié industrielle, plutôt que de préparer le terrain à la délibération politique et à la recherche du bien commun dans l'espace de la cité, sert de vecteur à la révolution industrielle en se présentant d'une part comme la relation humaine vouée à se substituer aux pulsions féodales, et d'autre part comme la condition de la coopération efficace, c'est-à-dire de la production et, par conséquent, de la consommation. Alors qu'elle était pour les Anciens garante de la stabilité et de la continuité des communautés, elle s'est transformée en outil de la révolution permanente ; et il n'est guère étonnant, de ce point de vue, de ne trouver aucune trace des corps intermédiaires dans les écrits de Saint-Simon et de Taylor.

Il nous reste toutefois à observer la présence de l'amitié dans le management contemporain, et donc à en identifier les nouvelles manifestations. Je procéderai selon les deux directions suivantes : en premier lieu les relations entre individus ; dans un second temps la relation de l'individu à l'organisation.

Comme nous le vîmes précédemment, le management se caractérise par l'organisation de la coopération entre les hommes utiles, c'est-à-dire d'une relation qui soit constructive et efficace. Ce projet n'est pas seulement un trait que l'on décèle dans les écrits des fondateurs (Taylor, Fayol, Mayo, Barnard), mais constitue bien plutôt une essence qui se déploie à travers toute l'histoire de la société industrielle puis postindustrielle. Henry Mintzberg, théoricien majeur du management, propose une synthèse des mécanismes de coordination des structures organisationnelles : on y trouve, c'est une liste exhaustive, « la supervision directe » (la hiérarchie), « la standardisation des procédés de travail » (travail prescrit), « la standardisation des résultats » (le management par objectifs), « la standardisation des qualifications » (diplômes et niveaux de compétences), « la standardisation des normes » (le management de la qualité) et enfin « l'ajustement mutuel » (relations informelles)<sup>150</sup>. La prédominance de l'un de ces mécanismes se trouve à l'origine d'une configuration organisationnelle particulière ; or, l'organisation dite « innovatrice » ou encore « adhocratie », « est la structure de notre époque »<sup>151</sup> car, reposant sur l'ajustement mutuel, elle possède les qualités de fluidité, d'innovation, d'adaptation en temps réel, nécessaire à la survie dans des environnements complexes caractérisés par des technologies de pointe et de fortes expertises. Dans ce cadre, le manager « passe une grande partie de son temps en tant qu'agent de liaison pour coordonner les travaux de façon latérale entre les différentes équipes et unités »<sup>152</sup>. L'ajustement mutuel désigne donc cet idéal d'une adaptation au mouvement d'autrui intégrant les paramètres des perturbations de l'environnement et des objectifs de l'organisation : une interaction qui, pour être efficace, se passe de tout tiers – la hiérarchie, la loi, la profession, etc. – et réduit à l'homme à sa part comportementale. L'amitié se trouve ici vidée de toute finalité, mais aussi de toute raison délibérative, et rétrogradée à une pure fonction biologique de survie des plus aptes.

Quant au lien de l'individu à l'organisation, il fait l'objet de la discipline qui se nomma tout d'abord « comportement administratif » puis ensuite « comportement organisationnel ». Ce nom fait déjà entendre l'appréhension comportementale de l'être humain, c'est-à-dire son étude du seul point de vue de ses actes visibles, sans aucune prise en compte de l'intériorité, de l'intention, de l'inconscient voire de la spiritualité. Herbert Simon, qui est le père fondateur du comportement administratif, fut récompensé du Prix de la Banque de Suède pour ses travaux sur la rationalité limitée, et fit également partie, dans les années 1950, des pionniers de l'intelligence artificielle. Comment alors rendre compte de l'unité de la pensée de cet auteur en embrassant ces trois dimensions du comportement administratif, de la rationalité

<sup>150</sup> Henry Mintzberg, *Le management. Voyage au centre des organisations*, trad. Jean-Michel Behar, Paris, Eyrolles / éd. d'Organisation, 2004, p. 188-190.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 349.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 355.

limitée et de l'intelligence artificielle ? Rationalité limitée : cela signifie que nos capacités cognitives ne nous permettent pas de récolter toute l'information présente dans l'environnement (on parle d'information imparfaite ou d'information asymétrique) et que, quand bien même nous y parviendrions, nous ne serions pas en mesure de la traiter pour rendre une décision optimale. On comprend que Simon s'oppose ici aux économistes néoclassiques qui émettent le postulat d'une information parfaite et d'une rationalité absolue. Mais l'on saisit également que l'intelligence artificielle a précisément pour rôle de venir combler cette lacune cognitive, d'une part en installant des capteurs artificiels qui pallient les limites de nos sens, d'autre part en créant des algorithmes capables de traiter l'information récoltée de telle façon qu'un cerveau humain ne pourrait le faire. Mais qu'en est-il du comportement administratif rebaptisé plus tard comportement organisationnel ? Eh bien, le raisonnement demeure strictement identique : alors que l'intelligence artificielle joue le rôle d'une prothèse extérieure, quand bien même elle se glisserait aujourd'hui sous notre peau, le comportement organisationnel, quant à lui, étudie les différentes formes de prothèse interne : à savoir l'intériorisation des buts organisationnels par l'individu que Simon nomme encore « identification », « processus par lequel l'individu substitue les objectifs de l'organisation à ses propres buts »<sup>153</sup>. En effet, une plus grande efficacité de décision est atteinte, eu égard à la performance de l'organisation, quand le salarié a internalisé les buts et les normes de cette même organisation. Ce phénomène, Herbert Simon le nomme encore « docilité » qu'il définit comme « la tendance à se conduire d'une façon qui est approuvée socialement et à réfréner les conduites qui vont dans un sens qui est désapprouvé »<sup>154</sup> et en fait même, dans une veine darwinienne revendiquée, la base de l'altruisme. La docilité se nomme aujourd'hui, dans les articles et les ouvrages de comportement organisationnel, « implication organisationnelle », « engagement organisationnel », « attachement organisationnel », « socialisation organisationnelle », « contrat psychologique » et même « justice organisationnelle » ou « citoyenneté organisationnelle »<sup>155</sup>, tous concepts qui renvoient d'une façon ou d'une autre à l'intériorisation des normes et des buts de l'organisation par l'individu.

Nous voici en mesure, pour conclure cette partie, d'assurer le départ entre l'amitié politique et l'amitié industrielle, entre l'utilité (aristotélicienne) et l'efficacité (managériale). Car l'on pourrait à juste titre nous objecter que la seconde ne constitue ni plus ni moins que la poursuite de la première puisqu'elles visent toutes deux une forme de « gain » ; mais ce serait là assurément s'arrêter à une première analyse par trop superficielle. En effet, ces deux formes d'amitié diffèrent de façon absolue pour deux raisons : tout d'abord, parce que la finalité des organisations (entreprise, association, collectivité, etc.) n'est pas assimilable au Bien commun, quand bien même certains courants théoriques prétendraient l'y substituer<sup>156</sup> ; ensuite parce les deux formes d'amitié entretiennent un rapport tout à fait différent à la médiation et aux institutions : alors que l'amitié politique se développe dans le cadre juridico-politique de la cité et a pour finalité la perpétuation ou le renouvellement des lois, le droit (du travail, notamment) apparaît comme un obstacle à la réalisation de l'utopie de l'amitié industrielle, car toutes les contraintes qu'il impose tendent à rigidifier des relations et à freiner l'ajustement mutuel en temps réel.

<sup>153</sup> Herbert Simon, *Administration et processus de décision*, trad. Pierre-Emmanuel Dauzat, Paris, Economica, 1983, p. 195.

<sup>154</sup> Herbert Simon, *Reason in human affairs*, Stanford (California), Stanford University Press, 1983, p. 65.

<sup>155</sup> Voir les trois volumes suivants qui offrent un panorama complet des recherches en comportement organisationnel : Nathalie Delobbe, Olivier Herrbach, Delphine Lacaze, Karim Mignonac, *Comportement organisationnel*. Volume 1 : *Contrat psychologique, émotions au travail, socialisation organisationnelle*, Bruxelles, De Boeck, « Méthodes & Recherches », 2005 ; Assaad El Akremi, Sylvie Guerrero, Jean-Pierre Neveu, *Comportement organisationnel*. Volume 2 : *Justice organisationnelle, enjeux de carrière et épuisement professionnel*, Bruxelles, De Boeck, « Méthodes & Recherches », 2006 ; Jacques Rojot, Patrice Roussel, Christian Vandenberghe, *Comportement organisationnel*. Volume 3 : *Théories de organisations, motivation au travail, engagement organisationnel*, Bruxelles, De Boeck, « Méthodes & Recherches », 2009.

<sup>156</sup> C'est particulièrement le cas de la Responsabilité Sociétale des Organisations (RSO) dont les thuriféraires entendent substituer l'accord entre les parties prenantes (la régulation) à la souveraineté et à la loi (la réglementation). Ici, le management remplace sans ambages l'activité législative. L'« autogouvernance » que promeut Elinor Ostrom comme tierce voie entre la firme et l'État se rattache sans difficultés à ce paradigme.

### CONCLUSION : NEUTRALISATION DE L'ÊTRE, POLARISATION DE L'AMITIÉ, ECLIPSE DU BIEN COMMUN

Voici ce qu'il nous semble avoir mis en évidence au terme de ce parcours : l'amitié, qui fut reconnue comme à la fois la condition de possibilité et la finalité de l'activité politique, c'est-à-dire de la recherche du bien commun, se trouve aujourd'hui dissoute dans le triomphe sinon planétaire du moins occidental de la déconstruction et du management scientifique.

Le succès de la déconstruction s'observe par le foisonnement des *Critical Studies* qui gagnent l'ensemble des disciplines scientifiques. Puisque tout est construit et que rien n'est naturel, en particulier dans les domaines humains que sont la société, la politique ou l'économie, alors il faut dégager la généalogie de chaque situation afin de défaire l'arbitraire domination et de promouvoir la libre affirmation de chaque subjectivité. Opération de dénaturalisation à reconduire pour chaque forme d'assignation identitaire qui serait vécue comme une insupportable entrave à l'émancipation. De ce point de vue, l'amitié, qui est une attache, un attachement, un lien, une obligation, et qui, par conséquent, implique le devoir de réciprocité, constitue une hétéronomie qui ne saurait en aucun cas fonder le « nouvel ordre social ».

Quant au management, il règne bien sûr dans les entreprises comme unique modalité d'organisation du travail, mais s'infiltré en outre dans les associations, dans le secteur médico-social, dans les différentes institutions publiques (armée, université, hôpital), dans l'État lui-même. Partout se trouve promues des relations immédiates, soit entre individus au nom de la réactivité des équipes, soit entre l'individu et l'organisation au nom de la croyance dans les normes de cette dernière. Il s'agit donc une amitié qui s'étale dans la stricte immanence, qui donne lieu à des relations duelles sans l'intervention d'un tiers symbolique et/ou institutionnel.

De façon plus générale, il convient de rattacher la crise contemporaine de l'amitié à l'ébranlement de la métaphysique grecque. À l'être, cette puissance de mise en relation, Maurice Blanchot (et Gilles Deleuze à sa suite) oppose en effet le neutre, cet in-différent qui se moque des formes et demeure dans l'indétermination : « Neutre, ce mot apparemment fermé, mais fissuré, qualificatif sans qualité, élevé (selon l'un des usages du temps) au rang de substantif sans subsistance ni substance... le neutre, qui, portant un problème sans réponse, a la clôture d'un *aliquid* auquel ne correspondrait pas de question. Car peut-on interroger le neutre ? Peut-on écrire : le neutre ? Qu'est-ce que le neutre ? Qu'en est-il du neutre ? »<sup>157</sup>. Nulle différenciation ne vient caractériser l'être : ce dernier est « ni, ni » : sans qualités, comme l'homme de Robert Musil.

Alors, sans puissance de mise en relation pour assurer leur liaison, chaque terme du cadran cosmique, exposé dans la première partie de cet article, se trouve délié et libre de vagabonder : l'Autre ne vaut plus que par lui-même, fuyant, tel le sophiste, toute tentative d'identification, et le Même, quant à lui, redonne consistance au grand rêve parménidien que le parricide platonicien avait pourtant écarté pour laisser éclore la philosophie. La neutralité de l'être, qui est en même temps sa neutralisation, engendre par conséquent la polarisation de l'amitié : soit sur l'Autre, qui requiert son inconditionnelle reconnaissance en dehors de toute appartenance ; soit sur le Même dont on exige de semblables compétences d'adaptation et d'ajustement à autrui. On aura ici reconnu les deux figures résiduelles qui demeurent une fois l'amitié et l'être révoqués : la déconstruction et le management.

<sup>157</sup> Maurice Blanchot, *L'entretien infini*, Paris, Gallimard, « NRF », 1969, p. 449.



### UN BIEN COMMUN EN VUE DU BIEN COMMUN ? POUR UNE TENTATIVE DE REFLEXION SUR LA NATURE DE LA PROCEDURE CIVILE

Pierre-Louis **BOYER**,

Maître de conférences HDR en histoire du droit et ancien avocat, CREDO - IODE Rennes I  
Vice-doyen de la faculté de Droit, Université Catholique de l'Ouest Angers

« Dans les premières années du XX<sup>e</sup> siècle, les procéduriers français travaillaient encore principalement par exégèse du Code de procédure civile, cependant qu'en Allemagne et en Italie, les processualistes se livraient à d'importantes recherches théoriques marquées souvent par l'influence du droit public ».

J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, Thémis, 1995, n° 191

« QUINTUS : Ceux qui enseignent autrement le droit, enseignent moins les voies de la justice que celles de la chicane. — MARCUS : Non pas, Quintus, c'est plutôt l'ignorance que la science du droit qui fait la chicane. ».

CICERON, *De legibus*, I, 6.

**I**l n'est aucun manuel, aucun traité, aucun essai, aucun ouvrage de procédure qui expose la « nature » de la procédure civile. Tous, sauf les plus techniciens, rappellent que la procédure civile, que l'on fait entrer aisément dans le droit judiciaire privé avec cette incertitude récurrente de la dénomination des disciplines<sup>158</sup>, a pour finalité de pouvoir mettre en œuvre des droits substantiels. Gérard Cornu et Jean Foyer rappelaient même qu'il s'agissait de la « servante des autres lois » et qu'elle était donc « moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres »<sup>159</sup>. On connaîtrait alors la cause finale de la procédure civile, c'est-à-dire pouvoir mettre en œuvre les droits du justiciable. Ce serait, de fait, limiter la procédure à des règles servant à soutenir d'autres règles.

Nombreux sont ceux qui font de la procédure civile un « droit sanctionnateur », puisqu'elle n'aurait pour objet que la seule réalisation en justice de droits subjectifs substantiels<sup>160</sup>. Une partie de la doctrine en ferait alors un droit sanctionnateur en ce sens qu'elle ne pourrait être un droit autonome car n'existant qu'en vue de la réalisation d'un autre droit, en vue de la réalisation d'un droit qui lui serait supérieur<sup>161</sup>, « pour permettre aux droits substantiels de bien fonctionner »<sup>162</sup>. A ce titre, et notamment au regard de

<sup>158</sup> La procédure civile est-elle contenue dans le droit judiciaire privé ? Les voies d'exécution font-elle partie de la procédure civile ? Ou du droit judiciaire privé ? Qu'est le droit processuel par rapport au droit judiciaire privé ? Peu importe ces débats sémantiques et qui relèvent finalement plus d'une glose stérile que d'une véritable réflexion sur le fond du droit. On lira, sur cette question de la dénomination des disciplines – et en particulier sur ce basculement opéré entre droit processuel, procédure civile et droit judiciaire privé – quelques lignes écrites par Henry Solus et Roger Perrot dans les premières pages de leur traité. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Paris, Sirey, 1961, pp. 11-16.

<sup>159</sup> G. Cornu, J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 1998, p. 67.

<sup>160</sup> L. Cadet, « La sanction et le procès civil », *Mélanges J. Héron*, Paris, Lextenso, 2008, pp. 125-154.

<sup>161</sup> L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 5.

<sup>162</sup> J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 2016, p. 20.

l'absence d'autonomie de la procédure par rapport aux droits substantiels, les auteurs ont tendance à faire de la procédure civile un droit second, sorte de cahier des charges techniques à réaliser pour entrevoir, enfin, la réalisation d'une norme supérieure<sup>163</sup>.

Cet extrait du manuel de Jacques Héron et Thierry Le Bars est particulièrement révélateur de cette conception de la procédure comme droit servant, comme droit second, voire secondaire :

« Le droit judiciaire privé se trouve ainsi placé au service du droit substantiel, alors que les matières de droit substantiel trouvent leur justification juridique dans leur contenu même. Le droit des obligations n'est au service ni du droit de la famille, ni du droit des sociétés, il n'a d'autre but que d'offrir aux sujets de droit une réglementation des obligations qui soit adaptée aux besoins de la société. Le droit judiciaire privé, lui, est institué pour permettre aux droits substantiels de bien fonctionner. [...] Le droit judiciaire privé tend à l'application de la règle de droit substantiel et il doit s'y adapter »<sup>164</sup>.

La finalité de la procédure civile serait limitée à la réalisation d'un droit qui lui serait supérieur car substantiel, d'un droit par ailleurs normé. La procédure serait la norme régulant la norme supérieure, dans les cas où cette dernière n'aurait pas été mise en œuvre. La thèse n'est pas nouvelle, et les manuels du XIX<sup>e</sup> siècle regorgent de cette idée<sup>165</sup>. Les lignes de Garsonnet sont un exemple typique de ce normativisme qui place la procédure au rang des droits seconds ou « adjectifs », pour reprendre la vision benthamienne<sup>166</sup> :

« Si le droit est un ensemble de préceptes qui s'imposent à la volonté de l'homme et qu'il soit, au besoin, contraint d'observer, il se divise nécessairement en deux parties : l'une qui commande ou qui défend, l'autre qui nous invite et, s'il le faut, nous force à respecter ces commandements ou ces défenses. Quelque nom qu'on donne à cette dernière – droit pratique, droit sanctionnateur ou lois adjectives – elle recherche les moyens de nous contraindre à l'observation des lois. [...] Elle définit aussi et elle distingue les moyens qu'on a d'agir ou de se défendre devant eux, [...] et décrit les formes judiciaires qu'on a appelées ingénieusement « la sanction de la sanction », car c'est par elles qu'on obtient l'application du droit au jugement des procès, la reconnaissance du droit contesté et le maintien du droit violé. Tel est l'objet des lois de procédure [...]. Les lois de procédure sont, avant tout, des lois

<sup>163</sup> N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2017, n° 93 : « Pour eux, la procédure était fondamentalement une technique. Il ne faut pas y voir des esprits bornés, mais plutôt le résultat d'une conception fondamentale de la matière : pour eux, l'essentiel résidait dans le droit substantiel. Dans leur esprit, en faire autre chose qu'une technique aurait été lui conférer une dignité qu'elle n'a pas et aurait nécessairement retiré du prestige au droit substantiel. ».

<sup>164</sup> J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>165</sup> On tempèrera nos propos à la lecture du manuel posthume de Boitard qui, même s'il affirme la nécessité d'un droit substantiel pour qu'existe la procédure (*cf. infra*), semble vouloir redorer la procédure en en faisant un véritable « droit » : « L'enseignement théorique des lois de la procédure trouve assez fréquemment à lutter contre les préjugés dangereux, à l'examen desquels je crois devoir consacrer quelques instants, afin de les combattre, ou plutôt, je l'espère, de les prévenir. A quelques-uns, en effet, la procédure civile apparaît hérissée de je ne sais quel renom d'aridité rebutante et d'une aspérité que nul effort de peut vaincre. [...] Si la procédure ne se rattachait pas, par des liens fréquents et intimes, à toutes les matières du droit ; si elle devait s'isoler de l'étude des lois civiles, ou plutôt si l'étude de ces lois pouvait rester complète en se séparant d'elle ; si, en un mot, la procédure n'était autre chose que l'art des formules, le calcul des délais, l'habitude d'instrumenter, y chercher des principes, des théories, des systèmes, la soumettre à une analyse logique, à un enseignement rationnel, serait à la fois, je l'avoue, et la plus laborieuse et la plus stérile des tentatives. [...] Détacher de la procédure l'étude des lois civiles ne serait, le plus souvent, qu'une spéculation vaine et sans but. [...] Or déterminer, selon la nature de chaque cause, les principes de compétence qui la régissent [...], signaler quelques vices à redresser, quelques abus à prévenir ; non, ce n'est pas là quoi qu'on en dise, nous condamner à une tâche ingrate et rebutante : c'est encore parler de droit. ». E. Boitard, *Leçons de procédure civile*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Cotillon, 1872, pp. 1-4.

<sup>166</sup> Lois adjectives par opposition aux lois substantives. J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, pp. 149-150 : « 1<sup>er</sup> Lois substantives et 2<sup>nd</sup> Lois adjectives. Ce dernier est le nom que je donnerais aux lois de procédure, afin de pouvoir désigner par un mot corrélatif les lois principales dont on a si souvent besoin de les distinguer. Les lois de procédure ne peuvent ni exister, ni même se concevoir sans ces autres lois qu'elles tendent à faire observer ».

de forme [...], leur principal objet est de décrire la forme des actes judiciaires, d'en indiquer la succession et les effets, et d'en formuler la sanction. »<sup>167</sup>.

La procédure civile serait aussi un droit second, voire secondaire, non pas parce qu'il arriverait après la non-réalisation d'un droit substantiel pour permettre à ce dernier d'être, finalement, réalisé, mais en ce sens que ce serait une accumulation de formalités, de modalités, de règles processuelles, finalement plus proches de procédures propres à l'administration française que d'un droit substantiel qui lui serait bien plus noble.

On envisage d'ailleurs souvent la procédure comme « l'ensemble des formalités qui doivent être effectuées pour que le procès reçoive une solution »<sup>168</sup>. Or, dans ces définitions classiques, il semble que l'on insiste plus sur « l'ensemble des formalités », c'est-à-dire sur la cause formelle, que sur la cause finale : « pour que le procès reçoive une solution », pour reprendre une distinction aristotélicienne très classique. Et, de Pothier à Héron, en passant par Glasson<sup>169</sup>, Rogron<sup>170</sup>, Berriat-Saint-Prix<sup>171</sup>, Garsonnet ou Solus, tous masquent cette idée selon laquelle la solution, et donc la justice, est la fin de la procédure. Or, toute l'importance, et toute l'essence de la procédure réside bien dans ces derniers termes.

Il est bien trop facile, pour la doctrine processualiste contemporaine, d'user d'une finalité secondaire d'une part, puis d'omettre la finalité pour insister sur une forme aux apparences austères d'autre part. Dire, dans un premier temps, que la procédure civile a pour finalité de servir un droit substantiel, c'est faire du droit substantiel, normé, positif, la fin de la procédure. Et dire, dans un second temps, que la procédure est une succession de formalités, c'est la rendre stérile, ou du moins peu attirante et finalement trop technique. Il nous faut dépasser, enfin, l'approche de Pothier quand ce dernier écrivait :

« La procédure est la forme dans laquelle on doit tenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter »<sup>172</sup>.

Mais qu'est-ce donc, alors, que la procédure ? Et pourquoi évoquer cette dernière en abordant la notion de Bien commun ?

Nous verrons, tout d'abord, que la finalité de la procédure n'est pas la réalisation d'un droit substantiel mais bien la réalisation d'un principe supérieur, quoiqu'en disent les plus positivistes, et qu'elle est, en ce sens, un moyen direct de participation au Bien commun en tant que moyen de la justice (I). Dans un second temps, nous évoquerons la tendance contemporaine non pas à la maîtrise de la procédure, mais à une démocratisation de cette dernière qui la détourne de sa finalité en en faisant un bien commun (II).

<sup>167</sup> E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. II, Paris, Larose et Forcel, 1885, pp. 2-8.

<sup>168</sup> J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *ibid.*

<sup>169</sup> E. Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, t. I, Paris, Pichon, 1902, pp. 1-7 : « La plupart des droits sont à leur tour garantis par d'autres droits qu'on appelle souvent des actions et qui consistent dans la faculté de s'adresser aux tribunaux pour obtenir satisfaction [...]. Il [les tribunaux civils] faut encore leur tracer les règles suivant lesquelles ils doivent instruire et juger les procès. C'est l'objet des lois de la procédure civile. [...] Aussi, les lois de la procédure sont-elles avant tout des lois de forme. Il leur arrive même de préférer la forme au fond, mais il ne peut pas en être autrement : pour que ces lois soient observées, et il y va de l'intérêt de la justice, il faut qu'elles soient munies de sanction. »

<sup>170</sup> J.-A. Rogron, *Code de procédure civile expliqué*, Paris, Videcoq, 1841, pp. 10-11 : « En observant les formes qu'elle prescrit on s'avance vers la décision d'une affaire. [...] La procédure n'est autre chose que la forme à suivre pour obtenir justice ».

<sup>171</sup> J. Berriat-Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, t. I, Paris, Nève, 1821, pp. 1-2 : « Le mot procédure indique la série des actes qu'il faut faire pour parvenir à une décision. [...] La procédure a pour objet et la décision des différents qui s'élèvent sur l'état des personnes ou sur les propriétés, et les précautions à prendre quelquefois, soit en conséquence de ces différents, soit afin de les prévenir. ».

<sup>172</sup> R.-J. Pothier, *Traité de la procédure civile*, in *Œuvres posthumes*, t. III, Orléans, Massot, 1778, p. 1.

### I. LA PROCEDURE COMME MOYEN DU BIEN COMMUN

Nous aborderons ici le fait que la procédure est avant tout un moyen d'établissement d'un équilibre pour permettre de rendre à chacun ce qui lui est dû (A), et ainsi de contribuer au Bien commun (B).

#### A. La procédure comme moyen de la Justice

Si les processualistes ont tendance à faire de la procédure l'outil d'un second droit qui, lui, serait substantiel en comparaison de cette procédure qui ne serait que technique, c'est avant tout car ils considèrent que la procédure a besoin de ce droit substantiel pour exister, car elle viserait le rétablissement de ce dernier. Ce serait donc l'absence d'autonomie de la procédure qui en ferait un droit second. La procédure sans autre droit normé serait inexistante<sup>173</sup>.

Mais la procédure civile n'est pas un droit second à cause de son absence d'autonomie. Tout d'abord, il est fondamental de noter que l'absence d'autonomie n'est pas un critère d'infériorité d'un droit par rapport à un autre, tout simplement parce que sans procédure, les autres droits peuvent ne plus être des droits... les droits substantiels sont donc, eux aussi, non-autonomes en ce sens qu'ils ont besoin, en cas d'entrave à leur réalisation, de la procédure pour être mis en œuvre. Ils *sont*, mais ils *sont* jusqu'à ce qu'ils ne soient plus respectés. Eux aussi ne sont donc pas autonomes. En fait-on pour autant des droits seconds ?

A titre d'exemple, la justice privée, et plus particulièrement la vengeance privée essentiellement répandue dans les temps féodaux avant que ne soit promulguée l'ordonnance de Saint Louis en 1254, est une entrave à la mise en œuvre d'une procédure, et donc à la mise en œuvre de droits substantiels. De même, un divorce sans procédure de divorce n'a aucune existence réelle. Sans la procédure, le droit substantiel ne peut être rétabli. Ni l'un, ni l'autre, ne sont donc fondamentalement autonomes.

Le critère de l'autonomie mis en exergue par Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland n'est donc pas acceptable pour déterminer l'essence d'un droit sanctionnateur par rapport à un droit substantiel, et donc pour déterminer l'essence de la procédure civile<sup>174</sup>.

Afin de pouvoir déterminer la cause formelle de la procédure, sans doute serait-il pertinent de nous pencher sur sa finalité. Si le justiciable este, si l'instance est ouverte, c'est qu'est né, d'après lui, un déséquilibre dans sa relation avec autrui. Tout l'objet du litige repose sur ce déséquilibre, et le juge aura alors pour mission de rétablir cet équilibre, sorte de correcteur, de *dikastès* aristotélicien. Afin de rétablir cette équilibre, ou de constater que l'équilibre n'a pas été rompu, le juge s'appuiera sur la procédure et vérifiera qu'elle a bien été respectée par les parties. C'est en ayant comme visée la solution du litige, la justice établie (ou rétablie), et donc le juste, que le magistrat nous aide à définir la finalité de la procédure : la justice.

<sup>173</sup> E. Boitard, *Leçons sur toutes les parties du Code de procédure civile*, t. I, Paris, Cotillon, 1854, pp. 2-3 : « L'enseignement de la procédure a dû marcher de front avec celui de toutes les autres branches du droit. [...] Détacher de la procédure l'étude des lois civiles ne serait le plus souvent qu'une spéculation vaine et sans but. [...] La procédure doit résoudre ces trois questions : elle a donc pour but de poser les règles de la compétence des tribunaux, de l'instruction du procès, et de l'exécution forcée des jugements. ».

<sup>174</sup> L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit...*, *op. cit.*, p. 5.

La finalité de la procédure est donc de rétablir l'équité qui n'aurait pas été respectée, de recréer l'équilibre social brisé, de faire œuvre de justice. La finalité de la procédure, au même titre que devraient l'être tous les droits substantiels « positifs » ou normés, c'est le juste.

La procédure civile n'a pas pour finalité de servir les droits substantiels. C'est, en réalité, une vision très positiviste de considérer que la finalité de la justice est la réalisation d'un droit préétabli, normé. La procédure civile a bien pour finalité la réalisation de la justice. On est là dans un dépassement de la simple technique mise au service d'un droit écrit qui lui serait supérieur, mise au service du droit des obligations, du droit de la famille ou du droit des sociétés cités initialement dans la reprise des propos des professeurs Héron et Le Bars. Si la finalité de la procédure civile est de mettre en œuvre un droit substantiel, la règle utilisée par le praticien n'est, en effet, qu'une technique, et le magistrat n'a plus qu'à être la bouche de la loi. En revanche, en considérant que la justice, c'est-à-dire l'institution judiciaire, a pour finalité la restitution à chacun de ce qui lui est dû, c'est-à-dire le juste (mais pourrait-on envisager que la finalité de la justice ne soit pas le juste ?), la finalité de la procédure civile n'est pas le droit substantiel qui a été bafoué, omis ou contesté, mais un droit supérieur à tous les droits substantiels : le juste.

Chose amusante, la finalité de la procédure, malgré tous les efforts de certains processualistes, se révèle, naturellement, dans leurs écrits : « pour que le procès reçoive une solution »<sup>175</sup>, « l'ensemble des règles relatives à la solution du litige par le juge »<sup>176</sup>, mieux encore « le droit à un bon juge »<sup>177</sup>. La finalité, c'est l'aboutissement, la réussite, non le rétablissement d'une norme. C'est d'ailleurs toute la signification du verbe *procedo* : aboutir, réussir.

La nature de la procédure civile, c'est de servir le Juste, et donc de contribuer à l'établissement de la paix sociale ; et en ce sens, elle est un des multiples outils, commun car offert à tous les justiciables, de la construction du Bien commun.

## B. Un moyen direct de participation au Bien commun

Réduire volontairement, et notamment à compter du courant exégétique du début du XIX<sup>e</sup> siècle, la procédure à de la simple technique, c'était, de fait, occulter volontairement la finalité de cette dernière qui ne peut être que l'atteinte du juste ou le rétablissement du juste équilibre dans les rapports sociaux. Le légalisme, la légolâtrie, le normativisme ou le positivisme, peu importe le courant ou la forme qu'on lui donne, a négligé la finalité de la procédure en limitant cette finalité à la mise en œuvre judiciaire d'un droit substantiel. Mais il est clair que la procédure opère un dépassement du droit substantiel en ayant exactement la même finalité que lui, c'est-à-dire le juste. Pour quelles raisons avoir négligé autant la procédure ? Sans doute pour imposer la primauté des codes, la supériorité de la norme qui établit ces fameux « droits substantiels ». En faisant de ces droits substantiels la finalité du processus judiciaire, on éliminait la véritable finalité de ce processus, à savoir ce principe, ce transcendantal qu'est le juste. Ainsi Raymond Bordeaux analyse-t-il cette mise sous le boisseau :

« Ce fut un malheur pour l'avancement de la procédure que les chercheurs, les amateurs d'origines, les jurisconsultes livrés aux abstractions de la science [...] aient dédaigné l'étude

<sup>175</sup> J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *ibid.*

<sup>176</sup> L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>177</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2017, p. 3.

des formes judiciaires. Leurs recherches eussent empêché l'avilissement de cette partie du droit et assuré ses progrès. »<sup>178</sup>.

Bien évidemment, le positiviste aguerri se détournera très facilement de la véritable finalité de la procédure puisque cela lui ferait admettre l'existence d'un ordre naturel et d'un droit naturel. C'est d'ailleurs tout ce qu'envisage Loïc Cadiet quand il écrit, sur la procédure, imposant à son lecteur l'inexistence du droit naturel ainsi qu'un présupposé non justifié du règne du seul positivisme :

« La procédure est nécessaire à la solution des litiges, plus largement à la régulation des différends dans une société humaine digne de ce nom. Pour comprendre cette nécessité, il faut admettre que la société des hommes n'est pas un phénomène naturel, que le droit des hommes n'est pas un droit naturel qui distribuerait à chacun son lot individuel de prérogatives et que les conflits entre les hommes ne se règlent pas spontanément, comme par enchantement. Cette conception idéale, ou divine, du droit et de la justice ne vaut pas pour la communauté humaine. La société des hommes est un phénomène culturel ; le droit des hommes est une création sociale ; l'ordre juridique n'est pas un ordre trouvé, mais un ordre construit »<sup>179</sup>.

La finalité de la procédure, pour un positiviste, n'est donc pas le juste mais bien le respect de la norme préétablie. Nous l'aurons compris. Ce qui est déplorable, dans cette approche, c'est que l'on fait de la norme le cœur des relations sociales et des rapports entre les justiciables. Par voie de conséquence, le juge devient aussi la seule bouche de la loi, dont l'unique but est de « dire leurs droits » aux parties, et non plus de poser un acte juste. La conclusion de Loïc Cadiet est à l'image de son raisonnement précité :

« L'acte du juge n'en demeure pas moins un acte juridictionnel devant obéir aux règles qui régissent les jugements car, par cet acte, le juge dit *leur droit* aux parties en cause. »<sup>180</sup>.

Si la procédure n'est que le rétablissement de la norme préétablie, elle n'est, en effet qu'une formalité.

En revanche, dans l'optique de considérer la procédure comme un moyen du juste, il est bien évident qu'elle participe de la constitution du Bien commun. Ainsi la procédure ne doit-elle pas être entendue dans une stricte acception formaliste, mais bien comme une participation commune de deux parties opposées à une quête unique : celle du juste. Cette participation commune dépasse de loin le caractère réglementaire auquel on voudrait limiter la procédure. Jean Carbonnier l'exprimait déjà en ces termes :

« Ce qui imprime son mouvement au procès civil typique, procès d'avoué autrefois, procès d'avocat aujourd'hui, c'est une pression immatérielle, impalpable, une sorte de persuasion collective que chacun des acteurs du scénario codifié a intériorisée à sa façon, où s'amalgament des devoirs de convenance, peut-être une déontologie professionnelle, peut-être encore une morale du jeu, un *fair play* sportif ou guerrier, je ne sais trop et pour couronner le tout cette éthique de la communication que les praticiens de chez nous ont su pratiquer bien avant que Jürgen Habermas ne l'ait enrichie d'une théorie. »<sup>181</sup>.

<sup>178</sup> R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile*, Evreux, Hérissé, 1857, p. 6.

<sup>179</sup> L. Cadiet, « Procédure », in S. Rials et D. Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 1216-1222.

<sup>180</sup> L. Cadiet, « Procédure », in S. Rials et D. Alland, *Dictionnaire de...*, op. cit., p. 1217.

<sup>181</sup> J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in R. Verdier, *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Paris, PUPN, 2012, pp. 703-705.

Pigeau aussi, dans sa *Procédure civile des tribunaux de France*, touchait du doigt cette participation de la procédure à un bien supérieur :

« Le droit civil est donc composé de deux parties : la première comprend les lois qui règlent les rapports qu'ont les citoyens entre eux ; et c'est ce qu'on appelle proprement le *Droit* ; la seconde, les lois qui déterminent comment on réclamera le secours de l'autorité contre celui qui violera ces rapports, de quelle manière elle sera instruite de la *vérité*, comment elle décidera, et comment on fera exécuter sa décision ; c'est cette partie qu'on appelle *Procédure*. [...] On sent aisément que c'est cette seconde partie qui donne la *vie* et le mouvement à la première. [...] C'est donc par la Procédure que les lois communiquent leur secours aux opprimés qui les réclament [...], c'est par elle que le dernier de l'Etat obtient justice [...], c'est par elle, en un mot, que l'on oppose au despotisme une barrière qui l'empêche de renverser l'empire des lois. [...] La Procédure a une même origine que le droit civil, et elle doit être considérée aussi avantageusement puisque sans elle ce droit ne serait rien. »<sup>182</sup>.

L'exemple de l'intérêt à agir est particulièrement probant de cette participation de la procédure à un Bien supérieur. En effet, si l'on connaît les dispositions de l'article 31 et de l'article 122 du Code de procédure civile qui soulignent la nécessité d'un intérêt à agir<sup>183</sup>, on observe aisément qu'elles ne sont pas une simple contrainte formaliste mais bien que la finalité de ces dispositions est bien de deux ordres. Le premier est un bien social, à savoir éviter l'engorgement inutile des juridictions. Le second est la préservation de la nature de la justice. En effet, l'intérêt à agir ne s'appuie pas sur la seule volonté individuelle, c'est même le contraire de cela, car « l'intérêt » est la justification d'un équilibre rompu que le juge va devoir restaurer.

En ce sens, cette disposition de la procédure civile est fondamentalement naturelle : elle empêche le volontarisme de triompher, et elle met au cœur de la justice l'équilibre à restaurer. L'intérêt à agir n'est pas l'intérêt personnel ; il en est même l'extrême opposé puisqu'il a pour but de mettre fin à l'insécurité, aux violences, aux désordres qu'engendrerait le droit de se faire justice à soi-même<sup>184</sup>.

Par cette approche « finaliste », *id est* qui nous interroge non pas sur le contenu de la procédure civile mais bien sur sa finalité, on observe qu'elle est participante de l'équilibre social<sup>185</sup>, du rééquilibrage effectué par le juge, et donc du Bien commun.

Il y a une inspiration, dans la procédure civile, qui dépasse de très loin le formalisme dans lequel on tente vainement de l'enfermer, une inspiration commune que rappelait Solus et Perrot quand ils écrivaient que « la disposition de droit judiciaire est inspirée fondamentalement par des considérations d'intérêt général et supérieur du bon fonctionnement du service public qu'est l'administration de la justice »<sup>186</sup>. Bien plus

<sup>182</sup> E.-N. Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France*, t. I, Paris, Garnery, 1838, pp. 3-13.

<sup>183</sup> Article 31 CPC : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Article 122 CPC : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. ».

<sup>184</sup> Voir. *JCI. Procédure civile*, fascicule 126-3 ; G. Wicker, « La légitimité de l'intérêt à agir », *Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 455 sq.

<sup>185</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 14 : « Il faut bien reconnaître que certaines des règles du droit judiciaire privé, notamment celles qui concernent l'organisation judiciaire, ainsi que certaines de celles qui sont relatives à la compétence, voire même à l'instruction du procès et au jugement, sont des règles de droit public : elles ont pour objet d'assurer le fonctionnement de l'administration de la justice qui est un service public et, à ce titre, incombe à l'Etat. ».

<sup>186</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 25.

que cela, en contribuant à l'œuvre de justice, la procédure civile « crée la confiance et le crédit en même temps qu'elle contribue à la paix »<sup>187</sup> ; et quand l'on sait que la paix est la condition inéluctable du Bien commun<sup>188</sup> ...

Pour conclure ces premières réflexions, voici comment Jean Carbonnier qualifie la procédure civile, affirmant ainsi directement la participation de cette dernière à un Bien qui dépasse le cadre parfois aride du formalisme ou des juridictions : c'est une « civilité [...] Aristote l'eût renvoyée à ce qu'il appelait la *philia*, l'amitié, la sociabilité »<sup>189</sup>.

Et s'il faut adjoindre à cela un élément purement positiviste, il suffit de se pencher sur l'article 440 du Code de procédure civile qui révèle parfaitement le fait que la procédure n'est pas une succession de règles et de chicanes mais bien un moyen à la lumière d'apparaître : « lorsque la juridiction s'estime éclairée »<sup>190</sup> !

## II. LA PROCEDURE APPROPRIEE : DU BIEN COMMUN AUX BIENS COMMUNS

L'histoire de la procédure civile pourrait se résumer à un balancement persistant, une oscillation constante entre d'une part une volonté d'offrir à tous les justiciables un moyen d'accéder à la justice sans passer par la rigidité d'un formalisme finalement protecteur des libertés individuelles et de la société, sorte de démocratisation de la procédure, et d'autre part une affirmation des spécificités procédurales dans le but d'éviter un accaparement incontrôlé de la procédure et un retour à la vengeance privée. L'ambivalence réside donc dans cette contradiction : la procédure civile est un moyen donné au justiciable pour lui permettre d'obtenir une solution « juste » au litige (A), mais elle ne doit pas être entièrement confiée au justiciable par crainte de voir un moyen du Bien commun se transformer, en devenant un « bien commun à tous », en biens des justiciables (B). C'est pour cette raison qu'il est sans cesse nécessaire de rappeler que, si le procès est la chose des parties, la procédure civile, en tant que moyen du juste, n'est nullement propriété des parties car elle appartient bien à la justice institutionnelle.

### A. La démocratisation et la libéralisation de la procédure : d'un Bien commun aux biens communs

Le processus de démocratisation, et donc de « communautarisation » de la procédure civile n'est pas nouveau, et les processualistes des années 60 ou ceux des « cinq chantiers de la justice » n'ont rien inventé. Déjà, sous la République romaine, alors que sous la procédure dite des « actions de la loi » toutes les formules procédurales étaient connues des seuls pontifes et donc gardées secrètes – *ius civile reconditum in penetralibus pontificum*<sup>191</sup> – Cnaeus Flavius publia en 304 avant J.-C. un recueil contenant ces formules, imité quelques années après par le premier *pontifex maximus* plébéen Coruncanus qui, publiquement, se mit à expliquer les formules et la procédure civile aux citoyens romains<sup>192</sup>. Quelques

<sup>187</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 14.

<sup>188</sup> Saint Thomas d'Aquin, *De regimine principum*, (*De regno ad regem Cypri*), I, 2 : « Le bien et le salut d'une multitude assemblée en société est dans la conservation de son unité, qu'on appelle paix; si celle-ci disparaît, l'utilité de la vie sociale est abolie, bien plus, une multitude en dissension est insupportable à soi-même. Tel est donc le but auquel celui qui dirige la multitude doit le plus viser : procurer l'unité de la paix ».

<sup>189</sup> J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification... », op. cit., p. 704.

<sup>190</sup> Voir aussi E.-N. Pigeau, *La procédure...* op. cit., p. 14 : « Pour obtenir justice, il faut la réclamer ; on doit ensuite instruire le juge de la justice de sa prétention : lorsqu'il est éclairé, il doit décider. ».

<sup>191</sup> « Il [Flavius] dévoila au public les formules de jurisprudence qui étaient en réserve entre les mains des pontifes, comme au fond d'un sanctuaire ». Tite-Live, *Histoire romaine*, IX, 46-5, trad. M. Corpet-Verger et E. Personneaux, *Histoire romaine de Tite-Live*, t. II, Paris, Garnier, 1904.

<sup>192</sup> R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Paris, Domat Montchrestien, 1945, p. 37.



siècles après, la Révolution française a été, elle aussi, un moyen de démocratisation de la procédure en favorisant l'oralité des débats, comme cela était déjà prévu dans l'ordonnance civile de 1667, et la liberté de la preuve<sup>193</sup>, même si l'on peut convenir, aujourd'hui, que la Révolution avait fini par détruire totalement la procédure civile<sup>194</sup>, notamment avec le décret du 3 brumaire an II qui, sous couvert d'imposer une justice rapide, peu coûteuse et ouverte à tous, avait entraîné des telles catastrophes judiciaires que l'on avait rétabli l'ordonnance de 1667 par décret du 18 fructidor an VII<sup>195</sup>. On avait finalement « dé-démocratiser » pour assurer des solutions justes...

La démocratisation de la procédure civile s'apparente à une décharge de l'office du juge, de ce juge « veilleur » et sanctionnateur comme le rappelle l'article 3 du CPC, et à un transfert de l'instance vers une justice hors le juge, hors le contrôle procédural, presque « hors la procédure ».

Les souhaits récurrents, doctrinaux ou praticiens mais cependant minoritaires, d'une démocratisation de la procédure entraînent une liberté accrue du jeu existant entre les justiciables. Le développement d'une justice « hors la justice », d'une justice privée qui, même si elle reste, pour le moment, sous le possible contrôle du juge, tend à acquérir une forte indépendance, notamment à travers l'accroissement souhaité, et constaté, des modes alternatifs de règlements des litiges, entraîne aussi l'évincement de la procédure civile, de la conduite d'un litige, commun à tous les justiciables. Si le cadre est commun (médiation, transaction, arbitrages, procédure participative), le déroulement est privatisé, et perd donc cette dimension « commune ».

Les modifications actuelles, qu'il s'agisse de la réforme du 6 mai 2017<sup>196</sup> ou de celles à venir, tendent à voir disparaître la finalité de la procédure civile en remplaçant une finalité commune, celle d'un équilibre, d'une juste solution, par une finalité individuelle. On ne fait plus tendre le questionnement individuel d'une partie vers une finalité commune, le juste, et donc la paix sociale, mais vers l'assouvissement d'une passion personnelle.

Par quels moyens favorise-t-on la privatisation de la justice<sup>197</sup>, au motif contradictoire d'une démocratisation de cette dernière ? Trois moyens sont mis en œuvre : les modes alternatifs, la libéralisation économique de la justice, et la volonté de célérité, ce qui n'est pas sans rappeler les justifications de la mise en œuvre de la loi du 3 brumaire an II.

Concernant les modes alternatifs de règlement des litiges, on ne peut qu'observer qu'ils sont un moyen de démocratiser la procédure en ce que leur essence est de déjudiciariser le litige pour le laisser entre les mains des justiciables, peu importe la place du juge qui, même s'il peut contrôler la force ou l'efficacité de la solution issue du MARL, reste extérieur à ces MARL. L'absence du juge dans un cadre conflictuel

<sup>193</sup> J.-L. Halpérin, « La visualisation des différentes procédures en Europe, XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle », *Sociétés et représentations*, n° 18, 2004, pp. 63-73 : « La Révolution française a posé le principe de l'oralité et de la liberté des preuves et que le Code de procédure civile, malgré ses imperfections, a été perçu comme un modèle libéral dans l'Europe du début du XIX<sup>e</sup> siècle. ».

<sup>194</sup> Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, t. X, Paris, Lamy, 1805, pp. 433-434 : « Il résultat de cette loi un grand inconvénient : c'est que les affaires de la plus haute importance se vidèrent comme simples affaires sommaires, sans aucune instruction, sur la simple lecture de l'exploit de demande, et qu'alors qu'il échappa à la sagacité des magistrats, même les plus équitables et les plus instruits, une multitude de décisions injustes, d'où suivit la ruine de beaucoup de personnes ; à joindre que cette première loi fut suivie d'une seconde qui ordonnait que tous les procès seraient jugés dans les trois mois de leur naissance, sous des peines assez graves, et que, comme la justice alors était gratuite de toute manière, puisqu'il n'en coûtait que quelques assignats discrédités même pour l'expédition et l'enregistrement des jugements, les procès se multiplièrent tellement, que bientôt qu'il eût fallu les juger en masse, pour ne pas tomber en contravention. ».

<sup>195</sup> S. Dauchy, « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », in L. Cadet et G. Canivet (dir.), *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Paris, Litec, 2006, pp. 77-89, 2006.

<sup>196</sup> Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile.

<sup>197</sup> L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 2 : « Cette « justice privée », qui n'est pas une justice, est contraire à l'Etat de droit dans les sociétés démocratiques. ».

témoigne de l'horizontalité de plus en plus prégnante de la justice particulière : on délaisse l'autorité judiciaire pour le « droit collaboratif ». Le développement de ces MARL n'est pas, en soi, une mauvaise chose. La difficulté réside dans le fait que l'on souhaite remplacer la justice institutionnelle de l'Etat par ces modes alternatifs, toujours dans une idée de nécessaire célérité<sup>198</sup>. La « démocratisation » visée par le développement des MARL est l'achèvement d'un moyen commun permettant de tendre au Bien commun, à savoir la justice publique, ce qui entraîne nécessairement l'éclatement de ce moyen commun en des moyens multiples, directement remis entre les mains des justiciables. En somme, il s'agit d'une démocratisation certaine qui casse l'unité sociale.

En prenant l'exemple de la procédure participative, on observe que cette déjudiciarisation, bien que souhaitée, n'est pas effective. Par exemple, si l'exécution de la convention formée est souhaitée, l'homologation du juge devient alors obligatoire. Ainsi, on ne décharge pas quantitativement le magistrat, mais on décharge qualitativement la Justice en retardant le recours au juge qui sera, presque toujours, sollicité. Enfin, le coût pour le justiciable n'est pas nécessairement restreint car les parties doivent nécessairement être représentées par un avocat, que cela soit dans le cadre de la détermination de la convention de procédure participative, ou dans le cadre de l'homologation après dépôt de la requête. Les parties et les avocats sont donc dégagés du contrôle du juge, garant « commun » d'une procédure « commune ». Ils sont dès lors entièrement libres dans le maniement et la conduite de la procédure, devenue un bien de chacune des parties. Pourtant, d'illustres professeurs avaient prévenu le monde judiciaire quant aux dérives de pratiques extra-processuelles, « afin que le bon fonctionnement de la justice ne soit pas laissé à la fantaisie des plaideurs »<sup>199</sup>.

On ne peut aussi détacher la simplification<sup>200</sup> et la démocratisation de la procédure, celle-là même qui entraîne la disparité d'un bien qui était « commun », de la libéralisation et de l'individualisation de la justice. La tendance anglo-saxonne privatrice de la justice, cette même tendance qui pénètre le modèle français depuis les années 1960, fait de l'individu le cœur des préoccupations juridiques. Les décisions de la CEDH sont le parfait reflet de cette individualisation. Or, l'économie individuelle libérale, couplée à l'approche individualiste de la justice, s'oppose *de facto* à une conception unitaire de la société, à une démarche de recherche solidaire d'un Bien qui serait « commun » et non individuellement éclaté. L'impact de l'économie sur la procédure civile est, de fait, évident, car les moyens matériels de la mise en œuvre de la procédure ont – comme tout moyen matériel – un coût. Les propos de Nicolas Cayrol sont assez évocateurs de cela :

« Un autre défi a été de prendre la mesure du poids des contraintes économiques et d'en tirer les conséquences. Le Code de procédure civile de 1975 est contemporain de la fin de la période appelée les « trente glorieuses ». Inévitablement, la procédure civile d'une société prospère allait devoir composer avec les conséquences de la crise économique. L'intendance

<sup>198</sup> Voir B. Louvel, « Pour l'unité de la procédure civile », 27 septembre 2017, < [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/discours\\_tribunes\\_entretiens\\_2039/tribunes\\_8215/civile\\_bertrand\\_37723.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/tribunes_8215/civile_bertrand_37723.html) > et P.-L. Boyer, « Un président ça trompe énormément », *Gaz. Pal.*, n° 38, 2017, pp. 10 sq. : « Cela ne semble pas mauvais en soi, mais ce qui demeure inquiétant, c'est la volonté de remplacement de la justice institutionnelle de l'État par ces modes alternatifs. Et la justification de cette idée demeure toujours la nécessité de célérité, et même pire, celle du « délai raisonnable ». Peut-on véritablement faire une distinction entre célérité et délai raisonnable ? Bien évidemment ! La première est une disposition, le second une obligation. Il est parfaitement incohérent de justifier le besoin de célérité par l'obligation qu'a l'État français, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, de rendre la justice dans ce fameux « délai raisonnable ». Or la « raisonabilité » de ce délai est inhérente au contenu de l'affaire, à la réalité du litige, et non à une conception normativiste qui fixerait, *in abstracto*, ce délai à 2, 3 ou 5 années. ».

<sup>199</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>200</sup> Sur ce sujet, déjà avant la promulgation du Code de procédure civile, on s'interrogeait sur la simplification de la forme : « De toute part s'élève un cri violent contre la complication des formes. Eh ! Sans doute, il faut que les formes soient simples ; mais, pour simplifier les formes, gardons-nous bien de les détruire. ». *Exposé des motifs du Code de procédure civile par M. Treilhard*, cité dans J.-G. Locré, *Esprit du Code de procédure civile*, t. I, Paris, Didot, 1816, p. 3.

de l'administration de la justice, au lieu de se contenter de suivre, aura tantôt ralenti, tantôt poussé la procédure. La doctrine aura ainsi été confrontée, par exemple, au phénomène du développement des procédures à juge unique, au mouvement de déjudiciarisation [...], ou encore aux procès que suscite une économie basée sur une consommation de masse et le crédit. »<sup>201</sup>.

Enfin, on observe le culte de deux mouvements qui touchent actuellement la procédure civile : la célérité et la dématérialisation<sup>202</sup>. Et tout cela est présenté très progressivement par certains magistrats et par une partie de la doctrine, en mettant en exergue l'efficacité de la justice et la proximité dans l'unique but de « satisfaire le justiciable » en tant qu'individu. Nous sommes, là encore, bien loin du Bien commun puisque la finalité de la procédure ne serait pas, une nouvelle fois, la décision juste mais la décision satisfaisante pour un tel, ou un tel<sup>203</sup>. D'après le premier président de la Cour de cassation Bertrand Louvel, l'essence de la justice est d'être « rapide, efficace et diligente » et son fonctionnement doit s'appuyer sur « l'efficacité, la responsabilité et la célérité »<sup>204</sup>. Sainte paraphrase, priez pour nous. En affirmant que la célérité est au cœur de la procédure, on omet de fait la finalité véritable de cette dernière. La célérité demeure certes l'essence d'un « 100 m », mais certainement pas de la procédure, faute de quoi, en poussant le raisonnement jusqu'au bout, la mise en état comme les débats s'avèrent contraire à l'œuvre de justice.

C'est d'ailleurs ce que rappelait, il y a bien longtemps, Edouard Bonnier, titulaire de la chaire de procédure civile de la faculté de droit de Paris en 1847 en ces termes :

« C'est l'esprit de réaction exagérée contre la complication des formes qui a fait prendre en quelque sorte pour devise de la procédure cette règle souvent répétée par les auteurs : *célérité dans la marche, économie dans les frais*. Si c'était là le type absolu d'une bonne procédure, la justice grossière des peuples barbares serait la meilleure de toutes, car c'est évidemment la plus expéditive. S'attacher à cette règle, c'est prendre une qualité accessoire très-précieuse pour une donnée fondamentale. Quel est, en effet, le but de la procédure ? Ce but n'est autre que le but même du droit, dont la procédure est la mise en œuvre : arriver à la découverte de la vérité, constater les faits, puis faire justice, en appliquant la loi aux faits constatés. Ce qu'il faut donc se demander avant tout, c'est si l'on arrivera à la découverte de la vérité ; et si, pour arriver à cette découverte, on est obligé de suivre une marche assez compliquée, de faire des frais assez considérables, il faut s'y résigner sans hésiter, puisque après tout, la célérité, l'économie ne sont que des qualités accessoires au prix de la justice, but de toute procédure. »<sup>205</sup>.

<sup>201</sup> N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dallos, 2017, n° 98.

<sup>202</sup> F. Ferrand et P.-Y. Gautier, « Honneur et devoir de juger », *D.2018.951* ; C. Jamin, « Douter avec Carbonnier », *D.2018.713* ; P.-L. Boyer, « Révoltez-vous. Livres (trop livres ?) propos sur le rapport Agostini-Molfessis », *Lexbase Hebdo Edition privé*, n° 735, 22 mars 2018 ; « L'Open Data en marche : miroir de l'évolution sociétale », *Lexbase Hebdo Edition profession*, n° 259, 8 mars 2018 ; C. Otero et P.-L. Boyer (dir.), *La dématérialisation du contentieux juridictionnel* Rouen, PURH, coll. *Les annales de Droit*, 2018, 134 p., etc.

<sup>203</sup> Commission européenne pour l'efficacité de la justice, *L'accès à la justice en Europe*, 2007, p. 21 : « La justice présente également la particularité d'avoir un intérêt privé, qui ne concerne que l'individu, et un intérêt public ou social, qui doit satisfaire la demande de la société dans son ensemble. Dans les deux cas, la satisfaction de l'individu est prise en compte, mais dans un cas (demande privée), est considéré ce qui ne concerne que lui, et dans l'autre (demande sociale), ce qu'il a en commun avec les autres individus. » ; Mission de recherche droit est justice, *La prise en compte de la notion de qualité dans la mesure de la performance judiciaire*, IRJS, Paris, 2015, pp. 31-32 : « Apprécier la satisfaction des justiciables revient à déterminer quel est le pourcentage de justiciables satisfait par le service public de la justice ».

<sup>204</sup> B. Louvel, « Pour l'unité du tribunal », < [www.courdecassation.fr/IMG//Tribune\\_Pour\\_l unite\\_de\\_tribunal .pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG//Tribune_Pour_l unite_de_tribunal .pdf) >.

<sup>205</sup> E. Bonnier, *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. I, Paris, Joubert, 1847, pp. 324-325.

Il en est de même pour le « tout dématérialisé ». Le sentiment de proximité dégagé par la dématérialisation – pour cet avocat qui n'a plus à passer sa journée dans un train, ou ce justiciable qui, de chez lui, pourra saisir une juridiction – n'est lié qu'à la réduction spatiale des distances. La proximité devient géographique, mais la procédure perd toute sa dimension humaine et sociale, c'est-à-dire sa véritable essence : participer à l'œuvre sociale, au Bien commun.

### B. Les biens communs démocratiques : un retour « naturel » au Bien commun ?

Dans son manuel de procédure civile, Serge Guinchard souligne que le III<sup>e</sup> millénaire est marqué par un mouvement de démocratisation de la procédure, reprenant les termes qui lui sont chers de « démocratie procédurale »<sup>206</sup>. Pour justifier cette tendance, observation avec laquelle nous nous accordons parfaitement, le recteur Guinchard évoque l'émergence de nouveaux principes directeurs issus principalement du droit européen comme la loyauté, le dialogue ou encore la sacro-sainte célérité. Or, et l'auteur insiste sur ce point, il s'agit bien de principes « individuels », la loyauté étant « le respect de l'autre », le dialogue étant « l'écoute de l'autre », et la célérité une « proximité temporelle » entre des individus.

C'est exactement ce que souligne, une nouvelle fois, Nicolas Cayrol quand il écrit que :

« La doctrine contemporaine a reçu en héritage des auteurs modernes une discipline scientifique nouvelle. [...] Il s'agissait de faire du droit procédural comparé, en confrontant les procédures civile, pénale et administrative. C'est ainsi que parurent, au début des années 1970, les premiers polycopiés de droit processuel, compris comme le droit comparé des procédures. La doctrine contemporaine a poursuivi cette entreprise, mais elle l'a largement réinventée, dépassant la seule comparaison des procédures pour rechercher les droits fondamentaux du procès ou une théorie générale du procès ou théorie générale de la procédure, comprise comme un type de rapport interhumain. »<sup>207</sup>.

Les réflexions doctrinales processualistes semblent donc enclines à favoriser une protection de l'individu au cours du procès, appuyées par des nouveaux principes directeurs qui sont mis en avant notamment par la CEDH : la loyauté, le droit à un procès équitable, l'égalité des armes, l'accès à la justice, etc. C'est donc en vue de protéger l'individu que l'on vient affirmer ces principes de la procédure civile. Ainsi, la procédure semble être un « bien commun » dont chaque justiciable, au regard de ses capacités et de son litige, peut faire usage. Pour ces auteurs, qui acceptent le rôle profondément humain et non uniquement formaliste de la procédure, la procédure est un moyen pour le justiciable d'être intégré à la démocratie, un moyen de s'opposer à l'arbitraire, une sorte de contre-pouvoir permettant à chacun de faire valoir ses droits :

« La procéduralisation du droit traduit le mouvement vers une démocratie procédurale. Le développement croissant et inéluctable du droit d'origine jurisprudentielle accroît l'importance de la procédure dans l'élaboration de ce droit. Il accroît ainsi le rôle du juge, acteur de la régulation des conflits et non plus seulement « bouche de la loi », mais aussi ce

<sup>206</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, op. cit., p. 16.

<sup>207</sup> N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2017, n° 102. J. Héron et T. Le Bars affirment tout le contraire quand ils écrivent : « C'est parce qu'il est un droit servant que le droit judiciaire privé présente un intérêt théorique ou intellectuel exceptionnel. A la différence des droits substantiels, en effet, son objet n'est pas directement constitué par les relations humaines. Il n'intervient qu'à un second degré, pour déterminer les règles de droit substantiel applicables dans tel ou tel litige et il lui faut ordonner tous ces éléments. En quelque sorte, le droit judiciaire privé est un droit portant sur le droit, ce qui lui confère une abstraction très remarquable. ». Pour eux, en conséquence, la procédure ne serait pas humaine et serait une abstraction... Sans commentaire. J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 24.

« changeur » entre l'hermétisme de la loi et le justiciable, changeur qui traduit en termes clairs ce qui est compliqué. Et, à l'inverse, l'accroissement des pouvoirs du juge dans l'élaboration de la norme, accroît le besoin de garanties procédurales : la procédure est le contrepouvoir aux pouvoirs accrus du juge et au pouvoir de la justice »<sup>208</sup>.

Si nous ne pouvons qu'approuver la tendance contemporaine qui vise à faire de la procédure un droit propre en vue de défendre l'équité au sein même du litige, nous nous accordons aussi nécessairement avec la très fine analyse du recteur Guinchard quand celui-ci évoque la part de la doctrine dans la procédure civile<sup>209</sup> en scindant la doctrine processualiste en trois mouvements : les formalistes du XIX<sup>e</sup>, les « jurisluteurs » des années 1950-1980, et les contemporains tournés vers une doctrine processualiste humaniste. Mais nous ne pouvons donner aucun crédit à la conclusion de ses propos, ni même à son idée de « démocratie procédurale »<sup>210</sup>, notamment quand ce dernier affirme que la démocratisation de la procédure, ou la « démocratie procédurale », vient légitimer la procédure, considérant dès lors que, hors la démocratie, point de « justice procédurale ». Si la procédure tend à retrouver ce que le recteur Guinchard nomme les « principes structurants du droit processuel », à savoir la loyauté, le contradictoire et la célérité, ce n'est nullement au regard de la démocratie, mais bien de la tension inhérente à la justice, celle qui a pour finalité le juste. La considération politique semble vouloir justifier la démocratisation de la justice, mais il n'existe aucune corrélation entre justice procédurale et démocratie.

Sans le vouloir, la doctrine, les juges comme la CEDH, remettent au cœur de la procédure ce qu'elle est vraiment, c'est-à-dire un moyen commun, un bien commun, dont la finalité est le Bien commun de la Cité : « La procédure civile est une discipline profondément politique » qui intéresse « la vie de la Cité »<sup>211</sup>. On trouve même, dans l'ouvrage de Gérard Couchez et Xavier Lagarde, un rapprochement fait entre la procédure civile comme participant au « juste » et les principes directeurs du procès dégagés par la doctrine processualiste contemporaine. Le pas est presque franchi entre l'approche normative et l'approche jusnaturaliste classique, qu'ils touchent presque du doigt, quand ils écrivent :

« L'application des règles de procédure est ce qui permet à l'institution judiciaire de rendre des décisions qui puissent être tenues pour justes par les justiciables [approche individualiste mais non positiviste]. La procédure civile est en quelque sorte une actualisation de l'idée de Justice [approche jusnaturaliste classique]. Elle n'est pas un agrégat de formalités, elle est d'abord un agrégat de principes qui découlent pour l'essentiel du droit au procès équitable tel qu'il est consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [approche jusnaturaliste moderne]. »<sup>212</sup>.

La loyauté, l'égalité des armes, le refus de l'arbitraire, le droit à un procès équitable ne sont finalement que des principes généraux, non nécessairement normatifs ou normés – pour le moment –, qui demeurent naturels et qui, parce qu'ils permettent l'équité, semblent être progressivement énoncés, retrouvés, au sein d'une discipline que l'on voulait purement technique et qui, au fond, demeure profondément humaine.

<sup>208</sup> S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, op. cit., p. 16.

<sup>209</sup> Les propos du recteur Serge Guinchard ont fait l'objet d'une parution dans la *Revue de droit d'Assas*, n° 3, Lextenso, 2011, pp. 73 sq., repris ensuite dans diverses conférences données à Poitiers (cercle Tiraqueau), ou encore à Toulouse (Académie de législation).

<sup>210</sup> S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale ? », *Justices*, n° 1, 1999, pp. 91 sq.

<sup>211</sup> N. Cayrol, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2017, n° 102.

<sup>212</sup> G. Couchez et X. Lagarde, *Procédure civile*, Paris, Sirey, 2014, p. 2.

Pour conclure, quoique les quelques mots qui précèdent pourraient déjà servir de conclusion à ces quelques pistes de réflexion, nous ne citerons que trois auteurs qui, chacun différemment, viennent résumer à merveille cette idée que la procédure civile n'a qu'une seule finalité : le juste, et non le rétablissement de la norme.

Ainsi, Jean Carbonnier faisait de la procédure cet outil dont la finalité serait le « baiser de paix » entre les parties, une paix sociale dont on sait qu'elle est au cœur du Bien commun :

« Cependant, les ethnologues pourraient, ici encore, avoir leur revanche si dans les procédures de l'avenir devait se développer ce qui est peut-être déjà perceptible en droit positif, une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix. Reverrons-nous un jour les temps primitifs ? »<sup>213</sup>.

Pierre Boncenne, au cœur des longs débats doctrinaux qui suivirent la codification napoléonienne, venait réaffirmer, face à un exégétisme teinté très fortement de positivisme, la supériorité de principes naturels face au formalisme prôné par le Code de procédure civile de 1806, celui-là même que l'on appelait le « code de procéduriers » :

« La théorie de la procédure ne sera jamais bien comprise, si l'on n'aspire pas à se mettre en rapport avec l'esprit du législateur, si l'on ne visite pas les sources où il a puisé, et si l'on ne cherche pas à découvrir, sous l'enveloppe des formes, les principes de justice et de morale qui doivent éclairer la pratique elle-même, et lui faire perdre, en la relevant, son allure étroite et routinière. »<sup>214</sup>.

Terminons avec un intermédiaire, à mi-chemin temporel entre Carbonnier et Boncenne, qui nous rappelle que le « principe directeur » le plus essentiel n'est pas l'égalité des armes ou la loyauté des débats, mais bien un principe qui transcende toute la procédure civile, le « juste », qu'Henri Capitant appelle ici « l'idéal de justice » :

« Le droit naturel est [...] un principe directeur qui ne saurait être nié. C'est l'idéal de justice. Ce principe directeur ne dictera pas au législateur les solutions positives [...] car c'est dans l'observation des faits [...] que le législateur devra chercher les bases solides des lois qu'il promulguera. Mais c'est le droit naturel qui lui découvrira le but à atteindre, c'est lui qui donnera à son œuvre ce caractère d'unité, en l'absence duquel l'appareil législatif ne serait qu'une agglomération de règles sans liens entre elles. »<sup>215</sup>.

<sup>213</sup> J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », *op. cit.*

<sup>214</sup> P. Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. I, Paris, Videcoq, 1837, p. 635.

<sup>215</sup> H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris, Pedone, 1912, pp. 34-35.

### L'INDIVISION FORCÉE ET PERPETUELLE, INSPIRATRICE DES BIENS COMMUNS

Marc **DUPRE**,

Maître de conférences en droit privé, Université Catholique de l'Ouest, chercheur associé IEJUC EA 1919  
Membre du Centre de recherche en éthique et droit de l'Ouest

#### **R**ésumé

Les situations d'indivision forcée et perpétuelle, en principe prohibées par l'article 815 du Code civil, existent néanmoins, notamment en matière immobilière, constituant de véritables îlots de communauté au milieu du principe de la propriété individuelle et exclusive du Code civil. Il convient de rechercher les raisons de telles indivisions et de leur champ d'application, et si elles ne seraient pas l'occasion d'une réflexion pour l'arlésienne qu'est la réforme du droit des biens en France.

L'étymologie nous le rappelle : les lieux de communication sont aussi ceux de la mise en commun, laquelle est plus ou moins difficile à mettre en œuvre mais souvent nécessaire. Ainsi en est-il du voisinage. À la limite de plusieurs fonds, différentes attitudes peuvent coexister : la cordialité jusqu'à créer la richesse par cette frontière ; la détestation au point de créer une zone tampon où nul ne bénéficie d'aucun droit ; une attitude plus neutre permettant de fixer les droits de chacun dans cette zone. Le droit civil y est contraint d'organiser les relations, qu'elles soient de nature extra-contractuelles<sup>216</sup> ou relatives à la propriété<sup>217</sup>. Le voisinage constitue une illustration de cette impossibilité de faire comme si mon prochain n'avait aucune incidence dans le rapport d'exclusivité que j'entretiendrais avec un bien, et notamment, mais pas seulement, à ses frontières (un mur, un plafond, une cour ou encore un chemin d'accès).

Plus largement, la pensée occidentale a depuis longtemps réfléchi sur le sens de la propriété et a toujours été traversée par cette tension entre rapport exclusif ou rapport communautaire aux biens. Platon tirait ainsi de ses dialogues dans *La République* la nécessaire communauté des biens<sup>218</sup>. Aristote, critiquant l'approche idéaliste de son maître, défendait au contraire la propriété privée et exclusive, et notamment la propriété foncière dans *La Politique*<sup>219</sup>.

À Rome, la propriété n'est pas forcément un objet de réflexion idéologique, mais fait davantage l'objet d'une approche pragmatique en lien direct avec les difficultés soulevées par les conquêtes de l'empire<sup>220</sup>. On défend à l'origine en justice la propriété familiale (les *res domesticae ac familiares*), mais la notion va largement s'ouvrir à la propriété privée individuelle, notamment avec le concept de *res in patrimonio* (en opposition aux *res extra commercium* ou *extra patrimonium*). La propriété n'est pas en soi un droit sur la chose ou ne maîtrise de la chose. Elle est une réalité d'un rapport avec une chose<sup>221</sup>. Cette dernière

<sup>216</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 13 septembre 2018, n° 17-22474.

<sup>217</sup> Commentant la proposition de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant il y a désormais dix ans, voici ce qu'écrivait le professeur G. Mémeteau, « L'actualité du droit des servitudes », *RTD civ.*, 2008.613 : « Du voisinage naît la servitude (...) Elle est – la servitude – un fruit du voisinage, cette relation mélangée de cordialité et d'antipathie, de services rendus et de haines héréditaires ».

<sup>218</sup> Platon, *La République*, Livre V : « Mais est-il plus grand mal pour une cité que ce qui la divise et la rend multiple au lieu d'une ? Est-il plus grand bien que ce qui l'unit et la rend une » ; V. également, livre III : « Je veux premièrement qu'aucun d'eux ne possède rien en propre, à moins que cela ne soit absolument nécessaire ».

<sup>219</sup> Aristote, *La Politique*, Livre 1, chap. 16.

<sup>220</sup> La délicate redistribution des terres conquises aux soldats, la difficulté de concilier les intérêts divergents des immenses domaines patriciens et de la petite paysannerie ne disposant pour vivre que de petites parcelles occasionneront des troubles sociaux importants. La révolte des Gracques sera le symbole le plus marquant de ces difficultés de la République romaine.

<sup>221</sup> M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadriges, 2006, p. 247.

caractéristique entraîne une méfiance à l'encontre de l'indivision, considérée progressivement comme un quasi-contrat, et qui reste une situation subie et anormale. Par opposition à la société on la nomme *communio incidens*<sup>222</sup>, un commun que l'on subit, et plusieurs actions de bonne foi en partage existent. Cette analyse exclusiviste n'empêche pas une approche originale des frontières entre les fonds (chaque fonds étant isolé strictement de son voisin immédiat<sup>223</sup>), ni la nécessité de tenir compte de la coexistence entre fonds voisins et plus largement la possibilité de droits sur la chose d'autrui (*Jura in re aliena*<sup>224</sup>) qui sont des biens incorporels limitant le rapport exclusif du propriétaire sur son bien.

La civilisation chrétienne opérera également un choix entre propriété communautaire des premières églises<sup>225</sup> et propriété individuelle qui sera justifiée dès le Haut Moyen Âge grâce à l'autorité morale des écrits de Saint Augustin<sup>226</sup>. Un autre auteur chrétien souhaitera dépasser la tension entre approche communautaire et exclusiviste. Il s'agit de l'Aquinate au XIII<sup>e</sup> siècle, qui, au sein de la Somme Théologique<sup>227</sup>, énonce que la propriété (privée) n'est pas en soi contraire au droit naturel mais s'y surajoute par une précision due à la raison humaine, chacun étant plus efficace dans le soin apporté à son propre bien que dans le soin apporté à des biens communs. L'indivision, et plus largement la propriété commune, est mal perçue dans son œuvre car elle est source de conflits<sup>228</sup>. Cependant, l'usage privatif oblige le propriétaire, une fois ses besoins satisfaits par l'exploitation des utilités du bien, à en faire profiter les tiers, et notamment les plus nécessiteux. S'il est permis de se servir seul de la propriété, il faut agir comme si plusieurs étaient propriétaires en commun<sup>229</sup>.

Malgré cette tentative de synthèse, l'évolution des idées<sup>230</sup> durant les siècles suivant, à compter de la querelle des Universaux<sup>231</sup> en passant notamment par Locke et Rousseau et jusqu'à la Révolution française<sup>232</sup>, va davantage marquer les positions entre tenants de la propriété privée et exclusive et tenants d'une approche communautaire,

<sup>222</sup> J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 547 et 1000 ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., p. 117.

<sup>223</sup> B. Boubli, *La mitoyenneté des murs et des clôtures autres que les murs*, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1986, n° 12 ; R. Beraud et J. Debeauvais, *Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes*, Sirey, 1981, n° 3.

<sup>224</sup> À savoir les servitudes, l'usufruit et les droits d'usage et enfin l'emphytéose.

<sup>225</sup> Actes des Apôtres, 2.44 : « Tous les croyants vivaient ensemble, et ils avaient tout en commun » ; 4.32 : « La multitude de ceux qui étaient devenus croyants avait un seul cœur et une seule âme ; et personne ne disait que ses biens lui appartenaient en propre, mais ils avaient tout en commun ».

<sup>226</sup> Augustin d'Hippone, « Lettre 157 à Hilaire », 6 et 23.

<sup>227</sup> Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 66 relative au vol et à la rapine.

<sup>228</sup> Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIae, q. 66 : « Deux choses conviennent à l'homme au sujet des biens extérieurs. D'abord le pouvoir de les gérer et d'en disposer ; et sous ce rapport il lui est permis de posséder des biens en propre. C'est même nécessaire à la vie humaine, pour trois raisons : 1° Chacun donne à la gestion de ce qui lui appartient en propre des soins plus attentifs qu'il n'en donnerait à un bien commun à tous ou à plusieurs ; parce que chacun évite l'effort et laisse le soin aux autres de pourvoir à l'œuvre commune ; c'est ce qui arrive là où il y a de nombreux serviteurs. 2° Il y a plus d'ordre dans l'administration des biens quand le soin de chaque chose est confié à une personne, tandis que ce serait la confusion si tout le monde s'occupait indistinctement de tout. 3° La paix entre les hommes est mieux garantie si chacun est satisfait de ce qui lui appartient ; aussi voyons-nous de fréquents litiges entre ceux qui possèdent une chose en commun et dans l'indivis. Ce qui convient encore à l'homme au sujet des biens extérieurs, c'est d'en user. Et sous tout rapport l'homme ne doit pas posséder ces biens comme s'ils lui étaient propres, mais comme étant à tous, en ce sens qu'il doit les partager volontiers avec les nécessiteux. Aussi S. Paul écrit-il (1 Tm 6, 17-18) : "Recommande aux riches de ce monde... de donner de bon cœur et de savoir partager" ».

<sup>229</sup> On a qualifié cette approche de destination universelle des biens.

<sup>230</sup> Pour paraphraser le titre de l'ouvrage de M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadrages, 2006.

<sup>231</sup> M. Villey, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, réédition présentée par F. Terré, Paris, Dalloz (« Bibliothèque Dalloz »), 2001 (éd. originale « Précis Dalloz », 1980-1982), n° 73 s.

<sup>232</sup> Article 2, DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; Décret de la Convention Nationale du 10 juin 1793 sur le mode de partage des biens communaux. Le débat fut néanmoins très vif entre libéraux et Jacobins ou partisans de Gracchus Babeuf.



Au plan juridique la tension perdure également après la chute de l'Empire romain. Le droit coutumier qui se construit progressivement jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle permet l'usage simultané des utilités de la chose et l'exploitation commune d'un bien par une entité communautaire<sup>233</sup>. La redécouverte du droit romain permet au contraire la justification de l'approche individuelle de la propriété, qui se traduit par une conception renouvelée des droits sur la chose. La propriété devient un droit réel au sens strict, pouvant se diviser en pouvoirs sur la chose<sup>234</sup>, cette conception culminant avec Bartole au XIV<sup>e</sup> siècle. Au sein d'une société rurale et de subsistance, l'usage collectif des biens fonciers sera cependant conservé par le biais des communaux, des servitudes collectives, des vaines pâtures, des droits de glanage. Ces droits à user des utilités de la chose se cumulent avec l'organisation féodale et la mise en place de terres serviles (tenures, censives, fief). Même l'alleu, terre libre échappant à l'organisation féodale de la propriété, peut alors être soumis aux droits reconnus à un lignage, une communauté familiale ou un village.

L'élaboration du Code civil, achevant la Révolution, semble trancher le débat des idées et des pratiques juridiques par le caractère individuel et exclusif de la propriété<sup>235</sup>, via les articles 544 et 815 du Code civil. Cette vision exercera une influence déterminante jusqu'à nos jours, malgré l'impact des doctrines sociales<sup>236</sup> ou socialistes<sup>237</sup>, marxistes ou radicales aux XX<sup>e</sup> et XXI<sup>e</sup> siècle. Néanmoins, ce déséquilibre technique en faveur de l'approche individuelle et exclusive de la propriété privée, contraire à la tension qui a parcouru toute la pensée juridique occidentale durant 2 500 ans, fait aujourd'hui l'objet de sérieuses critiques<sup>238</sup>.

Cela signifie-t-il pour autant que nous serions entrés dans une nouvelle ère communautaire en réaction à l'ère individualiste ? Loin s'en faut. En revanche, il semble pertinent d'affirmer que certaines solutions juridiques trouveraient une meilleure résolution par un changement de paradigme : à une propriété privée individuelle et exclusive, qui n'est qu'une qualité possible de la propriété privée, peut-être faut-il répondre par une propriété privée individuelle et exclusive de principe qui n'empêche pas certaines approches communautaires.

Alors que l'article 815 du Code civil rappelle de manière inlassable que « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué »<sup>239</sup>, force est de constater que la réalité juridique atténue largement le propos. Il va même jusqu'à sembler le contredire par le biais de situations d'indivisions forcées et perpétuelles où l'égoïsme du propriétaire du Code civil est remis en question, notamment dans la zone particulière qu'est la frontière entre des fonds voisins.

En conséquence, en cette période où le Code civil est progressivement réformé, il semble utile d'examiner si le droit français ne devrait pas davantage tenir compte de la nécessité d'approches communautaires en droit des biens. Nous examinerons d'abord la permanence de ces situations d'indivision forcée et perpétuelle, malgré les articles 544 et 815 du Code civil, avant d'envisager si elles ne pourraient pas devenir des pistes pour aider à la réforme du droit des biens français.

<sup>233</sup> Les communautés ménagères ou taisibles ou bien le parage pour les fiefs en Normandie.

<sup>234</sup> La saisine, qui consiste à pouvoir utiliser la chose.

<sup>235</sup> V. également X. Martin, *Nature Humaine et Révolution française : Du siècle des Lumières au Code Napoléon* DMM, 2002 ; Jean-François Niort, *Homo civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, t. 1, préf. J.-L. Halpérin, post. J. Carbonnier, PUAM, 2004.

<sup>236</sup> Léon XIII, *Rerum Novarum*, 1891.

<sup>237</sup> En France, P. J. Proudhon, ou A. Comte, par exemple.

<sup>238</sup> M. Cornu, F. Orsini, J. Rochfeld, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, Quadrige, 2017. L'introduction constate l'évolution (ou le retour ?) de pratiques visant à la mise en partage des biens ; J.-Ph. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n° 342 ; F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009. 211.

<sup>239</sup> C. Grimaldi, *Droit des biens*, Manuel LGDJ, 2016, n° 438 : « la situation de principe dans laquelle se trouve plusieurs personnes exerçant un même droit réel sur un même bien ».

### I. LA PERMANENCE DE SITUATIONS D'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE

Il convient de rechercher les raisons de la permanence de telles situations dans le système juridique français avant d'en étudier les conditions d'apparition.

#### A. La nécessité de l'indivision forcée et perpétuelle

Qui dit indivision forcée et perpétuelle dit non seulement contrariété à l'article 815 du Code civil, puisqu'il existe une contrainte à rester dans l'indivision, mais dit aussi contradiction avec l'approche absolutiste de l'article 544 du Code civil<sup>240</sup>. Un fort scepticisme sur la possibilité même de telles indivisions est donc de mise. L'article 714 du Code civil<sup>241</sup> ne semble d'aucun secours : en effet, c'est bien l'absence même de propriété qui serait la cause efficiente de l'usage commun, ce qui est en contradiction avec l'idée d'indivision. Par ailleurs, la déformation du droit romain par le Code civil a entraîné progressivement l'idée selon laquelle l'indivisaire serait titulaire d'un droit *sui generis*<sup>242</sup>, un droit éventuel<sup>243</sup>, incompatible avec l'idée d'une propriété collective. Enfin, le droit français empêcherait l'idée d'une propriété collective du fait du caractère constitutionnel que prendrait le droit au partage, considéré comme un « principe supra-législatif »<sup>244</sup>.

En sens contraire, certains auteurs mettent pourtant en avant que l'indivision est une propriété collective<sup>245</sup>. Par ailleurs, il convient sans doute de relativiser la portée du droit au partage par le Conseil constitutionnel<sup>246</sup>. Et quand bien même l'indivision ne serait pas une propriété collective et qu'il existerait bien un droit supra-législatif au partage, la contradiction avec une approche communautaire n'est pas forcément évidente si l'on considère que, parfois, la conception communautaire peut avoir valeur de nécessité. Car, en réalité, l'indivision du Code civil ne fait que traduire une réalité déjà décrite par la pensée thomiste au XIII<sup>e</sup> siècle : si, au-delà de toute propriété, l'usage des biens a en soi vocation à être commun à tous (article 714 du Code civil), la nature humaine impose une propriété privée, et par voie de conséquence la méfiance envers l'indivision. Cette conception s'impose notamment dans une civilisation où l'exploitation économique des utilités des biens est développée. Mais elle ne condamne pas nécessairement l'existence de situations particulières communautaires. Ainsi, même en considérant la propriété comme un droit réel, « le plus puissant, en ce qu'il permet d'appréhender toutes les utilités disponibles d'un bien »<sup>247</sup> et le seul perpétuel au sens de l'article 544 du Code civil, force est de constater la nécessité de situations de communauté<sup>248</sup> : la communauté conjugale, les biens de famille<sup>249</sup> voire la société et demain, peut-être, la tontine<sup>250</sup>.

<sup>240</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd. refondue, 2000, n° 68 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2013, n° 455 s. ; C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 2 ; F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 50.

<sup>241</sup> « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Il reprend en partie la formule de Celse : « *maris communem usum omnibus ut aeris* »

<sup>242</sup> G. Marty, P. Raynaud, P. Jourdain, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 1995 n° 59.

<sup>243</sup> P. Jourdain, « Les actes de disposition sur la chose *indivise* », *RTD civ.* 1987. 498.

<sup>244</sup> F. Zenati, Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 349 et 358 ; F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565. Ce droit au partage lié à l'exclusivité de la propriété en droit français relève en prendrait valeur constitutionnelle. Conseil Constitutionnel, Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, cons. n° 86 à 88.

<sup>245</sup> C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 437.

<sup>246</sup> D'autant moins si l'on considère d'autres décisions du Conseil constitutionnel relatives à certaines situations d'indivisions forcées comme la mitoyenneté qui sont bien prises en compte en tant que telles : Conseil constitutionnel, Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, considérants n° 5 et 6 ; v. aussi Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 novembre 2011, n° 11-15428.

<sup>247</sup> C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 2.

<sup>248</sup> C. Grimaldi, *op. cit.*, n° 437.

<sup>249</sup> G. Mémeteau, *Droit des biens*, Larcier, 8<sup>e</sup> éd., 2015, p. 161.

<sup>250</sup> Association Henri Capitant, *Avant-Projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, 2017, article 172, alinéa 2 : « Les relations entre tontiniers sont régies par les règles de l'indivision. Toutefois, les tontiniers ne peuvent provoquer le partage ».

Cela impose sans doute de modifier notre approche du droit des biens à partir des avantages de la propriété privée et de la finalité de celle-ci, qui n'est pas purement juridique mais aussi politique<sup>251</sup> : le service des autres membres de la société en vue du Bien Commun.

Dans cette optique renouvelée, l'article 815 du Code civil témoigne de la nécessaire supériorité de l'individualisation de la propriété privée sur sa communautarisation, tandis que l'article 544 du Code civil en tire la conséquence d'une jouissance individuelle du bien. Au fond, l'article 815 du Code civil apparaît comme la justification théorique des avantages de la propriété privée individuelle alors que l'article 544 en décrit certains de ses caractères qui, en principe<sup>252</sup>, en découlent. Ainsi, le droit français ne condamne pas le fait que ce droit au partage puisse connaître tempéraments ou exceptions.

Les tempéraments<sup>253</sup> sont d'ailleurs connus<sup>254</sup>. C'est notamment l'évolution du régime de l'indivision, désormais codifié aux articles 821 et suivants, qui permet d'affirmer que : « L'ensemble des dispositions des articles 820 à 824 témoigne de ce que le législateur contemporain envisage l'état d'indivision avec moins de défaveur qu'autrefois »<sup>255</sup>. Mais plus encore, il existe des exceptions légitimes à l'article 815 du Code civil, lesquelles constituent au sein du principe de la propriété privée une adéquation nécessaire de la règle de droit au réel<sup>256</sup>.

### B. Les critères matériels de l'indivision forcée et perpétuelle

Dès le XIX<sup>e</sup> siècle le droit français a pris conscience de l'existence nécessaire de situations d'indivision forcée et perpétuelle en matière immobilière, distinguant entre : « certaines copropriétés [qui] ont vocation à durer indéfiniment (copropriété par appartements, mitoyenneté), alors que d'autres sont précaires et obéissent au principe suivant lequel le partage peut être à tout moment requis (C. civ. art. 815) »<sup>257</sup>. Bien davantage, critiquant l'idée selon laquelle copropriété et indivision seraient de nature différentes car « l'indivision serait un état subi, dans lequel on se trouverait placée malgré soi, ou du moins sans l'avoir voulu, alors que la copropriété serait un état voulu », des auteurs énoncent que « l'idée [d'un droit au partage] est pourtant contredite par les textes comme par la jurisprudence »<sup>258</sup>.

Sans aller jusqu'à une condamnation du droit au partage, au moins est-il possible d'évoquer l'existence d'exceptions au droit au partage lorsque sont réunis, en matière immobilières, des éléments matériels communs. La lecture de la doctrine laisse entrevoir certains critères<sup>259</sup> : il y aura souvent situation d'indivision forcée dans des zones<sup>260</sup> sur lesquelles un rapport de jouissance exclusive est mis en œuvre, tandis qu'existe, à proximité directe, une autre zone sur laquelle est exercée un rapport de communauté.

<sup>251</sup> Au sens philosophique du terme.

<sup>252</sup> Mais sous réserve d'exceptions de plus en plus nombreuses.

<sup>253</sup> Même si la jurisprudence et les projets de réforme de droit des biens s'y refusent toujours (v. Association Henri Capitant, *Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens*, 2008, article 569, alinéa 2 : « L'indivision n'a pas la personnalité morale »), certains vont même jusqu'à affirmer que, ayant vocation à se poursuivre dans le temps et à exploiter en commun un bien, l'indivision immobilière pourrait franchir le fossé de la personnalité morale (F. Zenati, Th. Revet, *op. cit.*, n° 351 s.), ce qui constituerait un retour au principe de l'appropriation privée d'un bien exploité auparavant en commun par le biais d'une personne morale constituée exprès.

<sup>254</sup> F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 560 : « Les rédacteurs du Code civil n'ont guère porté plus d'intérêt à l'indivision que ne l'avaient fait les jurisconsultes romains : ils n'ont pas éprouvé le besoin de donner un statut à l'indivision, considérée comme une situation de fait, dont il était souhaitable qu'elle durât le moins longtemps possible ».

<sup>255</sup> F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 569.

<sup>256</sup> Qu'il soit économique (M. Boudot, « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du code civil », *AJDI* 2015. 247 : « Rendre communs des équipements, c'était en diviser le coût »), ou nécessaire à la gestion de certaines situations de voisinage.

<sup>257</sup> F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 558.

<sup>258</sup> F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 558.

<sup>259</sup> R. Nerson, « Observations sur quelques espèces particulières d'indivision », in *Mélanges Savatier*, 1965, Dalloz, p. 718.

<sup>260</sup> Le terme est utilisé volontairement à la place d'autres termes plus juridiques comme le fonds, car il s'agit ici d'une recherche des seuls éléments matériels qui sont réunis pour consacrer des situations d'indivision forcée et perpétuelle.

Cette zone faisant l'objet d'un régime de communauté, loin de remettre en cause les rapports d'exclusivité l'entourant, apparaît au contraire comme utile et nécessaire à leur exploitation<sup>261</sup>.

Force est alors de constater que cette zone peut être plus ou moins importante selon les situations<sup>262</sup> : une cour, un chemin, un mur, un escalier, et pourquoi pas un sol commun dans une copropriété horizontale ou un plancher. Depuis longtemps, la Cour de cassation dégage ainsi l'idée d'une indivision forcée et perpétuelle de cours ou de chemins communs, servant à l'usage de plusieurs fonds voisins<sup>263</sup>. Plus encore, la copropriété a parfois<sup>264</sup> pu être perçue comme laissant apparaître une indivision forcée et perpétuelle<sup>265</sup>, bien que la jurisprudence y ait semblé peu favorable<sup>266</sup> et que la loi du 10 juillet 1965 ait finalement choisi la voie de la personnalité juridique pour établir un régime cohérent<sup>267</sup>. La mitoyenneté<sup>268</sup> peut aussi relever de ce régime, si elle est perçue non pas comme la seule juxtaposition de deux propriétés exclusives mais bien davantage comme la gestion d'une partie commune située à la limite de deux fonds.

Pour autant, l'existence d'une zone répondant à de tels critères matériels n'impose pas nécessairement l'apparition d'une indivision forcée et perpétuelle. C'est notamment la loi qui peut imposer une dérogation à la consécration d'une indivision forcée et perpétuelle qui devrait s'imposer. Les chemins et autres sentiers d'exploitation, alors qu'ils semblent réunir les critères sus-évoqués et étaient autrefois placés sous un régime d'indivision forcée et perpétuelle<sup>269</sup>, ne permettent pas en principe de caractériser une telle situation par dérogation légale. Ils relèvent sans doute, malgré une jurisprudence très méfiante voire hostile, du régime des servitudes<sup>270</sup>. L'article L. 162-1 du Code rural et de la pêche maritime les définit comme « (...) ceux qui servent exclusivement à la communication entre divers fonds, ou à leur exploitation. Ils sont, en l'absence de titre, présumés appartenir aux propriétaires riverains, chacun en droit soi, mais l'usage en est commun à tous les intéressés. L'usage de ces chemins peut être interdit au public »<sup>271</sup>. Le chemin d'exploitation est intéressant en ce qu'il permet de constater que le droit de passage lui-même est commun à plusieurs du moment que ses conditions d'existence sont matériellement constatables, ces conditions étant très proches de celles de l'indivision forcée et perpétuelle. Plus encore, l'article L. 162-3 du Code rural précise : « Les chemins et sentiers d'exploitation ne peuvent être supprimés que du consentement de tous les propriétaires qui ont le droit de s'en servir ».

<sup>261</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, t. 3, Les biens*, PUF, 19<sup>e</sup> éd. refondue, 2000, n° 80.

<sup>262</sup> Le droit romain mettait en avant une autre approche fondée sur l'absence d'appropriation d'une zone en limite de fonds, là où l'obsession de la propriété de la pensée juridique moderne a souhaité que tout fonds immobilier, ou presque, soit approprié.

<sup>263</sup> Cass. Civ., 15 février 1858, S. 1858.1.347 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 févr. 1985, n° 84-10.301, *Bull. civ. I*, n° 58 ; *RDI* 1986.53, obs. J.-L. Bergel ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 févr. 2006, n° 04-15.937, *RDI* 2006.298, obs. J.-L. Bergel ; *JCP G.* 2006. I. 178, n° 7, obs. H. Périnet-Marquet.

<sup>264</sup> M. Boudot, « Les rapports de l'individuel et du collectif dans la copropriété du code civil », *AJDI* 2015. 247 : « Pour éviter tout anachronisme conceptuel, soulignons que les parties communes sont une invention tardive. À l'origine, la propriété est géolocalisée ; chacun est propriétaire de son niveau ou d'une partie, et le toit est à celui qui a le dernier étage. Les séparations – murs, plafonds et planchers, voûtes des caves – sont conçus comme un objet de copropriété, mais la mitoyenneté n'est pas elle-même conçue à cette époque de manière irréfutable telle une indivision forcée, plutôt comme une copropriété sans indivision, et, pour les équipements communs à tous, leur usage est déterminé par des servitudes réciproques. Le droit de conférer un privilège ou une hypothèque sur un étage ne fait aucun doute pour personne ».

<sup>265</sup> F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 720 ; F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565. V., pour le droit de jouissance d'une partie commune au sein d'une copropriété, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 2010, n° 09-65.338, *Dr. et patr.*, janv. 2011. 82, obs. J.-B. Seube.

<sup>266</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 oct. 1995, n° 94-11.308, *RDI* 1996. 103, obs. P. Capoulade et C. Giverdon : « Les copropriétaires des parties communes spéciales ne constituaient pas une indivision forcée du droit commun, et que l'administration et la disposition de telles parties communes étaient régies par les dispositions de la loi du 10 juillet 1965 ». V. F. Zenati, « Notion de servitude », *RTD civ.* 1998. 145.

<sup>267</sup> Ce qui n'apparaît pas en soi dirimant pour certains auteurs, F. Zenati, « Incompatibilité entre copropriété et servitude », *RTD civ.* 1991.565.

<sup>268</sup> F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686 ; G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 167 : « la mitoyenneté est présentée dans le Code civil parmi les servitudes. Or la jurisprudence la qualifie bien de propriété dont deux personnes jouissent en commun » ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, *op. cit.*, n° 1016 : « Enfin, elle est plus qu'une indivision, car elle n'est pas temporaire, et surtout elle est affectée à une clôture ».

<sup>269</sup> Avant la consécration du Code rural et l'insertion du régime des chemins d'exploitation en son sein.

<sup>270</sup> W. Dross, « Un chemin d'exploitation relève-t-il du régime des servitudes ? », note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 juin 2015, n° 14-12.999, *RTD civ.* 2015. 912. V. plus récemment, Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 juin 2018, n° 17-20567.

<sup>271</sup> Cette présomption d'appartenance du chemin aux différents propriétaires riverains est simple, et la loi n'interdit pas leur appropriation par une seule personne. V. F. Zenati, « Notion de chemin d'exploitation », *RTD civ.*, 1999.433.

Ainsi, certaines règles du régime légal de l'indivision forcée et perpétuelle classique peuvent trouver à s'appliquer car elles sont consubstantielles à la situation matérielle du chemin. Cela illustre bien que même cette dérogation légale à la consécration d'une indivision forcée et perpétuelle ne peut totalement éluder la réunion des critères de celle-ci dans son régime.

Une fois posée la légitimité de l'indivision forcée et perpétuelle et les conditions matérielles de son apparition, examinons désormais les leçons à en tirer.

## II. LES LECONS DE L'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE

L'indivision forcée et perpétuelle de biens immobiliers trouve une justification théorique et une assise matérielle. Demeure néanmoins la question de la cause efficiente ou motrice de cette situation juridique, laquelle soulève un débat doctrinal important. Il conviendra enfin de tirer les conséquences sur la nature propre de l'institution et d'éventuelles réformes du droit des biens tenant davantage compte de l'existence de biens communs.

### A. Les outils juridiques de l'indivision forcée et perpétuelle

Bien avant la promulgation de la loi du 10 juillet 1965, la jurisprudence avait été contrainte d'interpréter largement l'ancien article 664 du Code civil relatif aux immeubles divisés par étages<sup>272</sup> et mis en œuvre l'idée d'une indivision forcée et perpétuelle dans le cadre de la copropriété<sup>273</sup>. Cette solution pouvait être mise en parallèle avec les solutions légales relatives à la mitoyenneté dans le Code civil aux articles 653 et suivants, ou à l'affectation de biens à l'usage commun de plusieurs fonds<sup>274</sup>, lesquels, ayant une utilité commune aux fonds desservis et accessoires à l'usage privatif de ceux-ci, constituent l'exemple traditionnel d'indivision forcée et perpétuelle.

Mais constater l'existence d'indivisions forcées et perpétuelles ne répond néanmoins pas à la question des outils juridiques justifiant techniquement leur existence. Deux approches s'opposent.

D'un côté, une partie de la doctrine et la jurisprudence classique de la Cour de cassation refusent d'y voir le jeu de servitudes, lesquelles seraient incompatibles avec l'indivision<sup>275</sup>, mais bien le fruit d'une clause d'indivision perpétuelle<sup>276</sup>. En matière de mitoyenneté, la situation d'indivision forcée et perpétuelle s'expliquerait par l'existence d'une obligation réelle accessoire d'un droit réel, obligation en conséquence transmise à tous les propriétaires successifs du bien<sup>277</sup>. Dans d'autres cas, ce serait la nature des choses

<sup>272</sup> Article 664 du Code civil (abrogé) : « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit : Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche ; Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui ; et ainsi de suite ».

<sup>273</sup> F. Terre, Ph. Simler, *Droit civil – Les biens*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2014, n° 612 ; F. Zenati, « La présomption de mitoyenneté ne concerne que les murs séparatifs (et non les planchers) », *RTD civ.* 1990.113 : « L'idée qui l'inspirait ne méritait cependant pas d'être oubliée : la superposition d'appartements crée en toutes circonstances une communauté d'intérêt qui exclut que les rapports entre propriétaires soient réglés sur le seul fondement des principes de la propriété exclusive ».

<sup>274</sup> Cass. Civ., 15 février 1858, *précit.* ; F. Terre, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 612, 720, 766.

<sup>275</sup> Ch. Albiges, « Indivision (Généralités) », *Rép. Civil. Dalloz*, 2017, n° 89.

<sup>276</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 févr. 1985, *Bull. civ.* III, n° 37 ; *RDI* 1985. 339, obs. J.-L. Bergel ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juill. 1989, *Bull. civ.* III, n° 173 ; *RTD civ.* 1990. 686, obs. F. Zenati.

<sup>277</sup> Ch. Albiges, art. précit., n° 84 : « Un élément distinctif entre l'indivision et la mitoyenneté réside dans les droits conférés par la situation juridique (V. Servitudes). En matière d'indivision ordinaire, le droit de jouissance privative accordé à un indivisaire par ses coindivisaires attribue un droit personnel. À l'inverse, en matière de copropriété, constitutive d'une indivision forcée et perpétuelle, l'accord entre « indivisaires » peut être doté d'une valeur réelle et perpétuelle qui a vocation à être transmise avec la propriété du sol ».

et leur destination qui expliquerait le maintien d'une situation d'indivision sur ceux-ci. Chemins, ruelles, cours communes, canalisations d'eau, desserte<sup>278</sup>, obéiraient à un régime d'indivision forcée et perpétuelle car leur utilité commune nécessiterait un tel usage<sup>279</sup>.

Une autre partie de la doctrine, contrariant une approche « bartolienne » de la propriété<sup>280</sup>, affirme au contraire que la servitude est le socle juridique des situations d'indivision forcée<sup>281</sup>, l'outil naturel qui permet l'organisation du régime juridique des situations d'indivision forcée et perpétuelle. Dans cette optique, « Tout droit réel consiste dans un rapport d'obligations de même nature »<sup>282</sup>. Elle repose sur une conception élargie du champ d'application des servitudes qui permettrait de définir des zones d'exclusivité et des zones de communauté permettant de régler de façon plus ou moins impérative des situations très variées. Pour reprendre l'exemple de la mitoyenneté, celle-ci se rattacherait alors aux servitudes, qu'elle apparaisse par convention ou par la loi. Mais il est possible d'aller encore plus loin. En effet, par un arrêt très ancien<sup>283</sup>, la Cour de cassation avait pu expliquer la copropriété par l'existence d'une clause d'indivision perpétuelle consacrant un engagement réel qualifiable de... servitude. Face à cette approche, les tenants d'une conception classique du droit des biens réaffirment qu'il ne peut exister de servitudes en matière de copropriété<sup>284</sup>, puisque le fonds serait le même. Ce à quoi leurs opposants répliquent qu'à aucun moment le législateur n'a posé la prohibition de servitudes entre des biens en copropriété. Les lots de copropriété, constitués de parties privatives, peuvent parfaitement être assimilés à des fonds<sup>285</sup>.

La compatibilité entre les solutions proposées apparaît impossible à mettre en œuvre. Entre justification des situations par la servitude ou par une clause d'indivision perpétuelle, il convient néanmoins d'observer qu'elles ne remettent pas en cause le principe même des indivisions forcées et perpétuelles en matière immobilière. C'est donc principalement dans son régime et non dans son existence que l'indivision forcée et perpétuelle pourrait faire l'objet d'un examen attentif lors d'une hypothétique mais souhaitable réforme du droit français des biens.

## B. L'apparition d'un régime de l'indivision forcée et perpétuelle ?

Le bien en état d'indivision forcée et perpétuelle n'est pas une survivance de l'Ancien Droit mais bien une illustration d'un ancien adage parfois utilisé à tort et à travers selon lequel l'exception vient confirmer la règle. La règle, c'est que la propriété privée impose un droit au partage en cas d'indivision. Le tempérament, c'est le régime légal de la gestion des situations d'indivision, qui a largement évolué depuis 1804. L'exception, c'est qu'il existe des situations imposant une situation d'indivision forcée et perpétuelle du fait du contexte particulier dans lequel s'inscrit le bien concerné. L'indivision forcée est

<sup>278</sup> Ch. Albiges, art. précit., 2017, n° 85.

<sup>279</sup> Cette dernière justification semble néanmoins confondre la cause de la situation d'indivision forcée et son régime.

<sup>280</sup> F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009. 211 : « Elle signifie que la propriété fait partie, non pas des droits qu'on définit par ce qu'ils permettent de faire mais des droits que l'on ne peut définir que par ce qu'ils ne permettent pas de faire » ; F. Zenati, Th. Revet, *op. cit.*, n° 165 : « Le droit de propriété n'est pas un droit incorporel : la raison en est qu'il ne constitue pas un bien mais le rapport juridique grâce auquel les choses deviennent des biens » ; Th. Revet, « Le corps humain est-il une chose appropriée », *RTD civ.* 2017.587 : « la propriété, c'est le *jus excludendi alios* ». V. également pour une approche purement philosophique de la question, P.-Y. Quivigier, *Le secret du droit naturel ou Après Villey*, Classiques Garnier, 2012, p. 123 : « Le lien de propriété est avant tout un mécanisme de désignation, il permet d'accomplir, conformément au droit, un certain nombre d'actions ».

<sup>281</sup> F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686. L'idée ressort d'autant plus si l'on considère que la mitoyenneté est insérée dans le Code civil, avec les servitudes alors qu'elle est fondamentalement une indivision forcée, v. G. Mémeteau, *op. cit.*, p. 167. V. pour le débat relatif à la mitoyenneté, J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 142.

<sup>282</sup> F. Zenati, « Nature juridique de la mitoyenneté », *RTD civ.* 1990.686 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 80.

<sup>283</sup> Req. 10 déc. 1823, S. 1823.351.

<sup>284</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 févr. 1985, *précit.* ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 juill. 1989, *précit.*

<sup>285</sup> V. également sur la possibilité de servitudes entre deux lots de copropriété, mais uniquement entre des parties privatives Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 2004, n° 03-11562.

perpétuelle apparaît alors comme la situation juridique d'un nombre (conséquent) de biens immobiliers dont la doctrine et la jurisprudence éprouvent encore des difficultés à expliquer de manière unanime le champ d'application et le régime.

Il s'agit d'une situation juridique bien distincte de l'indivision classique de l'article 815 du Code civil, dont la caractéristique première est de consacrer un droit au partage. L'article 815 du Code civil n'est ainsi qu'une application du principe de l'appropriation privée individuelle et exclusive là où l'indivision forcée et perpétuelle ressort comme une véritable exception, nécessaire et circonscrite.

Alors que le projet de réforme du droit des biens a désormais dix années, force est de constater que les débats doctrinaux et la jurisprudence<sup>286</sup> n'ont pas encore fait avancer la question des principes directeurs du droit des biens<sup>287</sup>. À ce titre, l'indivision forcée et perpétuelle peut apparaître comme l'un des chaînons manquants du droit des biens : au milieu de l'usage naturel commun des biens non encore appropriés (article 714), alors qu'est affirmée le principe de la propriété privée exclusive contre l'indivision (article 815), d'où découle en principe un droit absolu de jouir et de disposer (article 544), il convient de constater la nécessité de tempéraments (article 815, *in fine*) mais aussi l'existence d'exceptions au droit au partage (indivision forcée et perpétuelle).

Mais il ne s'agit que d'une première étape. Une clarification du régime applicable aux différentes situations d'indivision forcée et perpétuelle en matière immobilière apparaît possible, mais nécessite un choix clair dans l'approche générale de la propriété afin de connaître les enjeux de la matière et les règles applicables : celle-ci devra être perçue soit comme le droit réel par excellence dans une optique bartolienne classique, soit comme un rapport à un bien dans une optique reprenant l'optique initiale du droit romain.

---

<sup>286</sup> V. cependant un arrêt rendu par la 3<sup>e</sup> chambre civile le 7 juin 2018, n° 17-17240, *Bull. civ.* III, n° 638, D. 2018.1258, lequel, à la suite de l'arrêt *Maison de la Poésie*, consacre cette fois un droit réel *sui generis* de jouissance spéciale d'un autre lot, perpétuel, et convenu dans le règlement de copropriété.

<sup>287</sup> F. Zenati, « La proposition de refonte du livre II du code civil », *RTD civ.* 2009. 211.

### LE BIEN COMMUN, NOUVELLE CATEGORIE JURIDIQUE ?

Marie **CORNU**,

Directrice de recherche CNRS, Institut des Sciences sociales du Politique  
(UMR 7220, ENS Paris Saclay, Université Paris Nanterre, CNRS)

**L**a notion de communs, de bien commun, qu'on décline tantôt au singulier, tantôt au pluriel, appréhendée et théorisée par de multiples disciplines renvoie en réalité à une pluralité de sens et d'approches, ce que montre le foisonnement d'études, de colloques, de séminaires de travaux de recherche autour de cet objet. Le regain d'intérêt pour les communs, en l'occurrence se manifeste dans toutes sortes de secteurs : l'environnement, l'habitat, les jardins la création, la culture, le patrimoine, la santé, le vivant... Il n'y a guère de domaine de la vie sociale qui échappe à cet emballement<sup>288</sup>, phénomène qui trouve des causes diverses : raréfaction des ressources, multiplication des droits de péage<sup>289</sup>, privatisation généralisée de ressources auparavant sous gestion publique, etc. En outre, comme le rappelle Michele Spano, « la diffusion de plus en plus large du discours sur les biens communs est symptomatique d'une crise institutionnelle, crise que l'on pourrait qualifier de crise des modèles de médiation classique et, de façon générale, de crise des modes habituels de représentation ».<sup>290</sup>

Dans ce paysage complexe et d'une grande richesse, je vais pour ma part m'intéresser à la catégorie des biens communs, ou encore des communs (*commons*), tels que les synthétise Benjamin Coriat dans le dictionnaire des biens communs. Il en dégage les arêtes vives à partir de plusieurs sources d'inspiration, à commencer par les travaux fameux d'Elinor Ostrom. Au sein de l'école de Bloomington, dont elle est l'initiatrice, elle joue un rôle déterminant dans le renouveau de la pensée sur les communs, qu'il s'agisse des recherches théoriques et empiriques ou encore des expérimentations sociales. D'autres travaux plus récents tels que ceux de Richard Stallman, « figure de proue de la promotion du logiciel libre »<sup>291</sup> ou encore de Boyle à qui on doit « la reprise de la réflexion sur le domaine public »<sup>292</sup> intellectuel, ont aussi largement alimenté la réflexion en la matière. Benjamin Coriat travaille aussi lui-même sur les communs de la connaissance ou les communs informationnels<sup>293</sup>. Il les définit comme constituant des ensembles de ressources collectivement gouvernées dans le but de permettre un accès partagé dont ils sont l'objet. A partir de là, il en isole les caractéristiques. La première d'entre elles est l'existence d'une ressource partageable. Sont évidemment centrales, l'idée d'un usage collectif et la notion de partage qui sous-tendent la présence d'un intérêt collectif à la chose. La deuxième est son insertion dans un système de droits et d'obligations attribués à une pluralité d'acteurs qui assure le respect des droits de chacun et la reproduction de la ressource, qui recèle l'idée de conservation à des fins de transmission. Il n'y a pas de communs sans communauté, sachant ne sont pas seuls en jeu les besoins collectifs des présents. Il développe toute une réflexion autour de la distribution de droits à la communauté destinée à jouir de cette ressource (accès, exploitation, prélèvement, aliénation, etc.). Voilà qui renvoie à la notion centrale de faisceau de droits. Enfin, troisième trait dominant, les communs supposent des modalités

<sup>288</sup> Sur ce phénomène, *Dictionnaire des biens communs* (dir. M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld), PUF, 2017, introduction.

<sup>289</sup> Deux causes qu'identifie comme très prégnantes Judith Rochfeld, entre propriété et accès : la résurgence du commun, dans Florence Bellivier (dir.), *La bioéquité: Batailles autour du partage du vivant* (pp. 69-87), Paris, Autrement.

<sup>290</sup> Tentative d'identification du sujet des biens communs pour les générations futures, dans "Protéger les générations futures par les biens communs", *Tendances de la cohésion sociale*, n° 26, p. 51.

<sup>291</sup> B. Coriat, *Le retour des communs, la crise de l'idéologie propriétaire*, p. 10.

<sup>292</sup> B. Coriat, p. 11.

<sup>293</sup> V. notamment le site du projet ANR Propice (Propriété intellectuelle, communs, exclusivisme).



d'organisation, une structure de gouvernance. La question de l'institution est cardinale. Elle l'est d'une façon assez générale, dans un grand nombre de travaux contemporains.

Ou l'on perçoit que la notion de bien commun ne renvoie pas à des ressources qui par nature devraient être partagées. Elle se définit avant tout comme un construit social. Les communs sont un mode d'organisation d'un accès partagé de ressources exploitées en commun régies par un ensemble de règles et gouvernés par des principes de fonctionnement, avec notamment une aspiration forte à un mode de fonctionnement démocratique. Il serait tout à fait réducteur de ramener les biens communs à une mécanique institutionnelle ou contractualiste. Il faut évidemment introduire la question centrale de l'ordination des biens communs au bien commun. Comment se donner les moyens de traduire juridiquement cette ordination, plus efficacement qu'avec les grammaires dont nous disposons classiquement, celle de l'intérêt général pour ne prendre qu'un exemple.

Dans l'institution de la notion, quelle fonction remplit ou pourrait remplir le droit ? Même si les communs ne sont pas toujours pensés sous ce rapport, les travaux évoqués plus haut mobilisent un certain nombre de ressorts et d'outils juridiques. Dès lors se pose la question de savoir si les communs ne pourraient être institués en une nouvelle catégorie du droit (I). Dans le questionnement sur les modalités selon lesquelles le droit se saisit de cette notion, une autre façon de travailler avec les communs consiste non pas tant à élaborer une nouvelle figure mais à utiliser cette notion et son train de théories pour réfléchir autrement aux institutions qui, dans notre droit, recèlent une dimension collective qui a à voir avec les communs. Finalement, il s'agit de prendre les communs comme lieu possible d'une réflexion sur certains biens (II).

## I. INSTITUER LES BIENS COMMUNS EN NOUVELLE CATEGORIE JURIDIQUE

La construction d'une nouvelle catégorie juridique de bien commun, qui pourrait prendre place aux côtés d'autres biens affronte un certain nombre de difficultés, quant à son insertion dans nos ordres juridiques. Il n'en reste pas moins qu'on voit émerger cette nouvelle figure d'une façon plus ou moins affirmée, plus ou moins aboutie.

### A. Les difficultés d'insertion d'une notion juridique de bien commun : les résistances de la propriété

Elles tiennent en grande partie à la conception juridique de la propriété que développent nos systèmes de droit<sup>294</sup>. Dans la façon de penser les relations entre les personnes et les choses, la propriété entendue comme un droit exclusif, droit privatif reste aujourd'hui le modèle très largement dominant, y compris pour les propriétés affectées à une utilité collective, que ce soit le domaine public au sens du droit administratif des biens, ou encore la propriété des biens culturels ou intellectuels. Ces figures qui accueillent en principe l'idée du commun sont très puissamment déterminées par ce modèle de propriété exclusiviste. On observe finalement que l'intérêt public qui le cas échéant caractérise certaines de ces propriétés non seulement ne trouve pas d'expression juridique très élaborée, mais d'une façon préoccupante et sournoise subissent un phénomène d'érosion du fait de la dynamique d'extension et de durcissement de droits exclusifs sur les choses sur la tête tant des personnes privées que des personnes publiques. Cette montée en régime des logiques propriétaires est en l'occurrence un des ressorts qui permet de comprendre ce regain d'intérêt pour les communs. Il y a très clairement un arrière-plan de résistance, de riposte au déploiement de ces logiques privées, qui est tout à fait présent dans les travaux

<sup>294</sup> Sur ces difficultés, M. Cornu, V° "bien commun", "approche juridique", *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

contemporains sur les communs. L'ouvrage de Benjamin Coriat, s'intitule de façon éclairante : le retour des communs, la crise de de l'idéologie propriétaire<sup>295</sup>.

On peut prendre le cas du domaine public, entendu comme régime de propriété publique, dont la structure se rapproche de plus en plus de celle d'un droit de propriété, là où on avait pu le penser au XIX<sup>e</sup> siècle comme un droit de garde de l'État agissant pour le compte du public, de la nation. Dans la doctrine majoritaire contemporaine, on a tendance à analyser le pouvoir d'affecter à une utilité publique qui caractérise ce régime et qui rend indisponible certains biens comme une prérogative propriétaire, un attribut du droit de propriété publique au sens de l'article 544 du Code civil. Cela signifie que le propriétaire public a le pouvoir de retirer cette affectation, puisqu'elle est dans le bouquet de ses prérogatives. Du même coup, le bénéficiaire, le destinataire de l'intérêt collectif puisqu'il s'agit d'une propriété affectée à une utilité publique, est à peu près invisible ou plus justement ses intérêts sont-ils absorbés dans cet ordre de relation.

Cette tendance est également très perceptible dans le domaine des monuments historiques dans lequel l'idée d'un patrimoine collectif, d'un bien collectif n'a jamais été pensé comme tel. Le système s'inscrit dans un rapport d'autorité exercé par l'État sur les actes du propriétaire du bien matériel, enserré dans la technique de la servitude d'utilité publique. Dans ce vis-à-vis, à nouveau, cet être collectif est sinon absent, puisque c'est l'État qui en endosse l'habit, du moins tenu à distance.

On peut encore évoquer le domaine de l'immatériel dans lequel ce phénomène de diversification et d'intensification des prérogatives propriétaires est encore plus visible et spectaculaire. Cette propriété n'a cessé de s'étendre entraînant par un effet mécanique la réduction du domaine public, dans la mesure où cette sphère de libre exploitation des œuvres est une catégorie en creux délimitée négativement. L'analyse des textes contemporains laisse entendre que l'évolution du droit d'auteur ne peut être pensé qu'en termes de progression des pouvoirs propriétaires sans qu'à aucun moment on ne réfléchisse à l'équilibre que réclame la coprésence des droits des créateurs et de l'intérêt collectif de diffusion des œuvres, courant puissant qui continue de dominer la matière<sup>296</sup>.

Cette inscription, on pourrait même dire cet enfermement dans un schéma propriétaire exclusiviste assèche ainsi toute réflexion sur la traduction juridique de cet intérêt collectif. Finalement on observe une forme d'incapacité des catégories classiques à saisir cette problématique des communs, à mettre en forme juridique l'intérêt collectif qui caractérise précisément les communs. Or « les biens communs défient et détruisent la logique classique du principe d'individuation et nous obligent à penser selon une logique transindividuelle ».<sup>297</sup>

Pour autant, la cause juridique des communs fait son chemin. On aperçoit quelques signes d'une évolution possible dans l'appréhension juridique des communs.

---

<sup>295</sup> *Le retour des communs, La crise de l'idéologie propriétaire* (dir ; Benjamin Coriat), Les liens qui libèrent, 2015.

<sup>296</sup> On peut cependant nuancer le constat, dans la mesure où perce aujourd'hui une préoccupation nouvelle, la mise à disposition par les institutions patrimoniales culturelles des contenus très riches dont elles disposent et dans lesquelles plusieurs modes de facilitations d'accès à ces contenus ont été ménagés. Sur la pénétration de l'argument patrimonial dans les textes du droit d'auteur, v. notamment la *directive* (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique a été publiée au JOUE du 17 mai 2019. Si l'argument patrimonial fait davantage exister les droits du public, d'une façon générale, la matière, placée sous l'emprise de l'article 544 du Code civil, n'est pas aujourd'hui pensée comme un nécessaire compromis entre droits des créateurs, droit du public.

<sup>297</sup> Michel Spano, *op. cit.*, p. 60.

### B. Les signes d'un changement possible : les tentatives d'élaboration d'une catégorie juridique de commun

En droit français c'est entre autres sur le terrain de l'immatériel, qu'une réflexion inspirée par la logique des communs s'est amorcée. Un certain nombre de propositions de loi suggèrent en effet de penser positivement le domaine public. La notion de domaine commun informationnel a fait son apparition dans le projet de loi pour la république numérique<sup>298</sup>. L'article 8 faisait référence à l'article 714 du Code civil, instituant juridiquement cette notion et ainsi contenant le risque d'invasion de nouveaux droits privatifs. A ce titre les éléments identifiés comme relevant du domaine commun informationnel ne pouvaient, « en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral ». Le texte en précisait les contours, y intégrant : « 1° les informations, faits, idées, principes, méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite, notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle ; 2° Les œuvres, dessins, modèles, inventions, bases de données, protégés par le Code de la propriété intellectuelle, dont la durée de protection légale, à l'exception du droit moral des auteurs, a expiré ; 3° Les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement... ». La non appropriation de ces éléments était par conséquent garanti par la loi. Le projet de loi prévoyait en outre une possible action au bénéfice « d'associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses communes (...) aux fins de faire cesser toute atteinte au domaine commun informationnel ». Ce dispositif original a cependant été vivement combattu notamment et d'une façon quelque peu déroutante par les sociétés de gestion collective, sur des motifs peu convaincants au regard des intérêts que ces organismes sont chargés de défendre<sup>299</sup>. Quoi qu'il en soit, l'article en question a été retiré avant même que le projet de loi soit soumis pour avis au Conseil d'État.

Plus généralement, la doctrine juridique se penche aujourd'hui sur la possibilité d'émergence d'une catégorie juridique de bien commun<sup>300</sup>. Ce sont les juristes italiens qui ont poussé le plus loin la réflexion sur la possibilité d'une telle figure juridique. L'idée de la commission Rodota est d'introduire aux côtés des biens privés et des biens publics une catégorie tierce de bien commun. Ce projet part du constat d'échec de la capacité de la propriété publique à préserver l'intérêt collectif et de ses tendances à déployer des logiques de marché qui conduisent dans certains cas à la liquidation de choses publiques. C'est précisément la défaillance de ce mode de représentation qui a inspiré ces propositions d'intercaler cette notion de propriété redéfinie autour du commun. « *L'idée générale est que certains biens, dont la consommation est non-rivale, non-concurrentielle, dont l'usage n'est pas exclusif mais épuisable, dont l'utilité est liée à l'exercice des droits fondamentaux et au libre épanouissement des citoyens [2] ou encore qui peuvent représenter un objet de jouissance collective, pourraient faire partie de la catégorie des biens communs. Entreraient donc dans cette catégorie certains biens du domaine naturel et environnemental, sans oublier les biens appartenant au patrimoine indisponible. Trois catégories de biens seraient distinguées : biens communs, biens publics et biens privés. La fonction collective des premiers serait*

<sup>298</sup> Peu avant, une proposition de loi portée par les écologistes avait tenté de faire reconnaître la figure du domaine public dans le droit de la propriété intellectuelle, mais ce texte n'a pas abouti, proposition de loi visant à consacrer le domaine public, à élargir son périmètre et à garantir son intégrité, 21 novembre 2013, présentée par I. Attard. A. Nle, n° 1573.

<sup>299</sup> Sur cet épisode, voir le rapport Jean Martin du CSPLA, qui tout en ne rejetant pas totalement le principe d'une juridicisation du domaine public suggère de remettre à plus tard son examen, *Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique*, 30 octobre 2015.

<sup>300</sup> Béatrice Parance, Jacques de Saint Victor (dir.), *Repenser les biens communs*, Paris, CNRS éd., 2014; Judith Rochfeld, "Entre propriété et accès : la résurgence du commun", *op. cit.*

*garantie et lorsqu'ils sont gérés par des personnes publiques ils seraient placés en dehors de la sphère commerciale* ». <sup>301</sup> Voilà qui n'est pas sans rappeler la théorie canonique des biens nécessaires à la sauvegarde de l'individu qu'évoquait Cyrille Dounot. Cette réflexion autour des biens communs, du rôle de l'État, de la fonction sociale des biens publics reliée à la question des droits fondamentaux s'inscrit dans un projet plus général de refondation du droit administratif. Ces biens communs peuvent être tout à la fois des biens privés ou des biens publics. Simplement, ils sont sous un certain régime de commun. La propriété, en ce sens, doit faire avec le commun et non l'inverse.

Voilà un exemple très intéressant dans lequel on cherche à donner sens à une nouvelle catégorie du droit qui prendrait en charge ce commun. Les difficultés qu'on peut éprouver dans cet exercice est que compte tenu de la grande diversité des communs, une seule et même catégorie serait inapte à accueillir tous types de communs. En particulier, on va se heurter à des questions d'échelle. Les fins communes sont de grande variété, certaines de portée universelle, d'autres déployées dans des espaces plus contenus. On ne raisonne pas de la même façon pour les communs globaux et pour la gestion d'une ressource locale. On va aussi devoir affronter la question des intérêts, des sujets de droit : les présents et les générations futures. Un autre paramètre intervient qui concerne la question du renouvellement et de l'épuisement de certaines ressources. On ne pense pas pareil le domaine du tangible et celui de l'intangible. Face à ces éléments de grande complexité, il y a peut-être une autre façon de réfléchir aux communs, les deux ne s'excluent pas. Il s'agit ici de prendre les communs comme clé de réinterprétation de certaines notions fortement liées à cette notion de commun.

## II. PRENDRE LE BIEN COMMUN COMME LIEU DE REFLEXION

La question pourrait être formulée ainsi : en quoi les travaux théoriques et empiriques contemporains sur les communs, en quoi l'entrée par les biens communs aide à penser différemment la propriété, plus généralement les institutions qui structurent nos ordres juridiques. Plutôt que d'élaborer une nouvelle catégorie juridique, il s'agit davantage ici de prendre les communs comme grille de lecture ou plus justement comme clé de réinterprétation possible des institutions classiques que sont la propriété, la propriété publique, le service public, les règles de procédures dont on a vu qu'elle participe à la constitution du bien commun, etc. Dans la question de savoir ce que peuvent nous enseigner ces outils dans la façon de penser le droit, le patrimoine culturel constitue assurément un terrain particulièrement fécond. Cette direction de travail commence à diffuser dans le droit positif, notamment dans le domaine de l'archéologie. La perspective permet d'abord d'identifier le déficit de communalité dans le statut des biens culturels et les difficultés d'appréhender juridiquement l'intérêt collectif.

### A. Les difficultés d'appréhension des communs : les déficits de communalité sur des objets multiples

L'idée est ici de questionner la place de l'intérêt collectif et d'observer les distances entre la façon dont il s'énonce dans le droit positif et les modes sur lesquels ils se construit dans la théorie des communs. La difficulté tient à ce que les ressources potentiellement travaillées comme des communs dans le champ du patrimoine sont de grande hétérogénéité. La question des communs ne se pose pas dans les mêmes termes pour tous les biens et ressources et *a fortiori* pour tous les biens culturels, en particulier parce que le rapport à la propriété varie en fonction des protections instituées. On ne raisonne pas de la même façon lorsque le droit impose au propriétaire public ou privé une servitude de conservation sur un monument historique ou encore lorsqu'il qualifie une collection de musée de France dont la destination n'est pas

<sup>301</sup> A. Lucarelli, V. "droits fondamentaux", *Dictionnaire des biens communs*, op. cit.

seulement d'être conservée mais aussi d'être présentée au public. On pourrait encore prendre l'exemple des archives publiques, dont le statut emporte des finalités multiples, objet singulier dans le concert des biens culturels. En outre, la qualité publique ou privée du propriétaire oblige à raisonner distinctivement en termes d'obligations, de responsabilités, et ainsi de communalité. Enfin, le rapport au commerce influence la question des communs selon qu'il s'agit de choses hors commerce ou de biens ayant vocation à circuler dans la vie économique. La nature tangible ou intangible de la ressource – s'agit-il d'un monument ou d'un document, ou encore d'une donnée, d'un contenu culturel ? – est de nature à influencer les contours de la communalité. Ces paramètres modulables en fonction de la catégorie envisagée appellent des réponses différentes si bien qu'il n'existe pas un cadre théorique unique sur lequel on pourrait ordonner une réflexion autour des biens culturels communs. Les travaux de Ostrom sont une source majeure, mais d'autres auteurs ont aussi développé une pensée très riche. En particulier, la figure des biens culturels en Italie est une source très intéressante sous cette perspective. La méthode peut consister à identifier, dans chacune de ces théories, les ressources heuristiques pertinentes. Dans cette démarche, on peut reprendre la grille de lecture de Coriat dans la façon dont il définit les critères multiples qui président à l'institution des communs, en particulier la distribution de droits en vue d'un usage collectif, l'organisation d'un système de contrôle *a priori* ou *a posteriori* et enfin des mécanismes de responsabilité. Partant de ces éléments constitutifs des communs, comment retravailler différemment cette institution du patrimoine culturel ? L'intérêt de cette approche est qu'elle nous permet d'abord d'identifier ou sont les failles, les fragilités, les angles morts. Quel est ce manque, dans la non délimitation d'un intérêt collectif. Parmi les points de faiblesse, et les questionnements qu'ils suscitent on peut citer par exemple : le faible degré d'implication de la société civile tout au long de la chaîne patrimoniale, Qui décide de la patrimonialité d'un bien, de la nécessité de sa conservation, de son usage ? Quels sont les droits exercés sur cette chose collective ? Le droit français est encore très marqué par un système centralisateur, pour l'essentiel enchâssé dans un système binaire de relation entre le propriétaire assujéti et l'État. Et pourtant, sa protection dérive de ce que les biens culturels sont porteurs d'un intérêt collectif. La question des usages du patrimoine et des droits qui en découlent devrait être reliée à celle des mécanismes de contrôle et de contre-pouvoirs. Or, ils restent peu développés dans cette matière. Certes, les associations disposent d'un pouvoir d'agir, notamment sur le terrain de l'excès de pouvoir. Mais cela n'est pas toujours suffisant pour lutter contre certains désastres patrimoniaux, ce qu'a notamment montré la destruction des Hall de Fontainebleau, décidé par la commune après une décision d'instance de classement décidée par l'État puis retirée sous la pression du politique local. On pourrait encore pointer l'absence de délimitation et de détermination claire des responsabilités collectives, y compris celles de l'État. Le droit du patrimoine national est conçu comme un pouvoir de désigner ou de ne pas désigner bien davantage qu'une responsabilité, qu'une charge de conserver et transmettre. Enfin, on observe un déficit de réflexion autour de la gestion des biens culturels. C'est surtout dans le domaine des biens publics que pourrait prospérer la réflexion.

Au travers de ces différents aspects, on aperçoit ce qui pourrait donner sens juridiquement à cet intérêt commun.

### **B. Construire juridiquement l'intérêt collectif selon une échelle graduée de communalité**

Évidemment, le modèle ostromien n'est guère pertinent à transposer intégralement pour les monuments historiques. Ils sont entre les mains de propriétaires, donc on voit mal qu'on les dépouille de l'usage privatif de leur bien. Tout en même temps cette propriété privative se double d'une propriété collective. Quels pouvoirs de décision devrait conférer cette dimension ? Les questions se posent autrement pour les biens culturels dont le droit assure non pas seulement la conservation mais aussi l'accès. Le triptyque

des secteurs culturels des archives, bibliothèques, musées intègre cette double mission, l'une et l'autre étant étroitement connectées. Là encore il y a lieu de distinguer selon la propriété publique ou privée. Si l'on peut admettre qu'existe une sorte de régime commun, en forme de socle irréductible (notamment en matière de conservation à des fins de transmission), la condition juridique des biens culturels se pense nécessairement différemment au regard de la qualité publique du propriétaire et des responsabilités particulières qu'il endosse, on l'a dit. En particulier, certaines contraintes peuvent être définies au prisme du service public et du rapport à l'usager. Il faut par conséquent considérer, dans le questionnement sur l'armature juridique de la communalité des biens, cette double perspective. Cela étant, le recours aux communs peut être d'une grande utilité.

Un des apports de la réflexion sur les communs est d'avoir dissocié la propriété et l'usage, la titularité et la jouissance, de ne pas avoir pensé l'usage par le canal de la propriété. Ce décentrement permet précisément de creuser la question des intérêts en coprésence sur une même chose. Comment traduire ces droits sur la chose, comment exprimer l'idée que plusieurs intérêts cohabitent sur un même bien, serait-il approprié ? Quelles devraient être par ailleurs la portée et l'étendue de ces droits, faudrait-il les penser en termes de droits subjectifs ? C'est cette direction de travail que semble dessiner le projet ostromien avec sa cartographie des droits des usagers, par la référence à cette notion de faisceau de droit.<sup>302</sup> Mais on pourrait tout aussi bien accueillir plus largement la notion d'intérêt juridiquement protégé, qui renverrait tant aux intérêts propres à telle ou telle personne que plus diffusément aux intérêts portés à la chose en tant que ressource collective. Sur le premier versant, celle des droits ou intérêts sur la chose, la grille de droits telle que la mobilise Ostrom peut être éclairante. S'agit-il de droits d'usage ou de jouissance, par exemple du droit d'occuper un espace à la façon dont les usagers du service public de l'éducation en disposent dans les locaux dédiés à l'enseignement, d'un droit de déambuler (les italiens ont remis à l'honneur cette notion du *jus deambulandi* héritée du droit romain et qu'ils rattachent à l'exercice de droits d'usage fondamentaux) ? Y a-t-il un droit à prélever une partie de la ressource, qui pourrait par exemple trouver à s'appliquer dans le champ des images des biens culturels ou des données générées par ces biens.

Sur le second aspect, l'intérêt à la chose pourrait aussi être compris distinctement d'un intérêt propre exercé sur la chose. De ce point de vue, certains systèmes accueillent l'idée que la communauté dispose d'un intérêt diffus qui s'exprime en matière de protection de l'environnement mais aussi de protection du patrimoine culturel, notamment dans les pays lusophones<sup>303</sup>. La Constitution portugaise a récemment intégré une action populaire en vertu de laquelle « Tout citoyen dans la jouissance de ses droits civiques et politiques, les associations et les fondations défenseurs des intérêts visés à l'article précédent, est porteur du droit de participation procédurale et du droit d'action populaire indépendamment du fait d'avoir ou non un intérêt direct dans l'affaire ». Parmi les domaines visés, figure explicitement le patrimoine culturel. Il y a dans ce mécanisme l'idée que la chose ne tire pas seulement sa valeur des utilités directes qu'en retirent les humains.

En droit français, cette action pourrait notamment être reliée à la qualification de patrimoine commun de la nation dont on sait qu'elle ne revêt guère aujourd'hui de portée juridique. Dans ce prolongement, un autre chantier pourrait être investi relatif au contrôle en matière de décision de protection exercé en

<sup>302</sup> Même si Elinor Ostrom ne convoque pas explicitement cette théorie, elle l'utilise dans le modèle de commun en cartographiant les différents droits sur la chose, sur ce point v. Alice Ingold, Olivier Weinstein, V° E. Ostrom, Fabienne Orsi, V° "faisceau de droit" dans *Dictionnaire des biens communs* (M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld), PUF, 2017.

<sup>303</sup> Alexandra Aragao, "Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale", *Vertigo*, La revue électronique en Sciences de l'environnement, Hors Série 22 septembre 2015.

amont (participation à la prise de décision, possibilité de participer à la gouvernance de certains communs), ou en aval (possibilité d'actions en justice)<sup>304</sup>.

Prendre le commun comme lieu de spéculation juridique, cette perspective commence à diffuser dans le droit, même si le mouvement est encore plutôt discret. Deux exemples sont de ce point de vue intéressants. Dans l'affaire de l'Erika, la jurisprudence mobilise l'argument du patrimoine commun pour engager la responsabilité des pollueurs et on sait que cet important arrêt a conduit à la reconnaissance du préjudice environnemental<sup>305</sup>. Par ailleurs et d'une façon inédite, l'argument du bien commun a été invoqué pour justifier l'appropriation publique du patrimoine archéologiques et de ses ressources tirées du sous-sol ou encore pour sanctionner plus largement les atteintes portées à ce patrimoine collectif.

Sur le premier point, les dispositions de la loi relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine<sup>306</sup> sont particulièrement édifiantes. « *Le patrimoine archéologique est le bien commun de la nation en tant qu'il permet de retracer l'histoire du développement de l'humanité* », peut-on lire dans l'étude d'impact. C'est au nom de cette idée que la loi nationalise les éléments qui, dans le sous-sol, présentent un intérêt scientifique : les gisements mobiliers et immobiliers, les grottes qu'ils soient issus de fouilles ou découverts fortuitement. Les articles 552 et 714 du Code civil sont ici neutralisés au profit d'une propriété étatique. L'appel au bien commun, en réalité, au-delà du fait justificatif de l'appropriation publique, fait aussi évoluer la fonction du domaine public ou plus justement, en la fondant sur le bien commun, lui fait endosser une forme de responsabilité collective. On reviendrait à cette idée du droit de garde. Que la propriété publique remplisse cette fonction n'est pas un fait nouveau. Depuis le XIX<sup>e</sup>, l'arme de la domanialité publique a été utilisée pour permettre la réintégration dans les collections publiques de manuscrits, d'archives, de tableaux, etc. Le domaine public mobilier se consolide dans le champ culturel pour l'essentiel et l'appropriation publique signale la dimension collective de ces biens. Mais la méthode, aujourd'hui accompagnée de l'argument du commun fait plus nettement émerger l'idée d'un intérêt collectif juridiquement protégé.

Sur le second point, en matière archéologique plusieurs jurisprudences pénales ont reconnu, très récemment, parmi les chefs de préjudices, distinctement, le préjudice moral d'atteinte au patrimoine collectif, du fait de la destruction des traces de l'histoire commune et de l'importance du préjudice scientifique et historique. L'action a notamment été portée par l'État *via* la Direction des affaires culturelles<sup>307</sup>. L'on pourrait bien apercevoir ici les prémices d'un intérêt diffus. Il reste sans doute à réfléchir plus avant à l'opportunité d'une armature juridique plus solide des communs dans ce champ patrimonial.

Les risques de récupération de la notion de bien commun par le marché ou encore par le politique voire les deux sont réels (l'ARCEP vient de déclarer les réseaux biens communs quand le président de la République qualifie de la sorte l'entreprise). Les forces du marché sont assurément en ordre de marche, notamment sur Internet. On ne saurait cependant ignorer la réalité sociale que représente la multiplication d'expériences sociales et citoyennes en tous genres fondées sur la revendication d'un commun. En gageant qu'elle ne sera pas une simple parenthèse vite refermée<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Pour une réflexion en cours, v. GIP Justice, travaux sur la notion juridique de commun, conduits en collaboration avec Noé Wagener sur les biens culturels, projet dirigé par Judith Rochfeld. Le rapport comportant des propositions doit être rendu début 2020.

<sup>305</sup> Même si, les prémices du préjudice environnemental sont plus anciennes, Cass.crim., 25 septembre 2012.

<sup>306</sup> Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016.

<sup>307</sup> CA Montpellier, 1<sup>er</sup> décembre 2016 qui condamne les prévenus à verser 20 000 euros à l'État ; sur ces évolutions, M. Cornu, V° "bien commun", "approche juridique", *Dictionnaire des biens communs* (M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld), PUF, 2017.

<sup>308</sup> Mot emprunté à Judith Rochfeld, présentation du dictionnaire des biens communs, *Petits déjeuners Durkheim*, juin 2018, ENS Cachan.

### IMPOT ET COMMUNS

Katia WEIDENFELD,

Professeur d'histoire du droit, Ecole nationale des chartes



voquer l'impôt dans un colloque dédié aux « *commons* » révèle un paradoxe.

D'un côté, l'inscription de la question fiscale dans les interrogations suscitées par le concept du commun ne fait aucun doute. La théorie classique de l'impôt -et sa matérialisation dans les règles constitutionnelles ou les stratégies de légitimation- repose sur l'idée que de l'impôt est une ressource dont le renouvellement doit être assuré collectivement grâce à la contribution de tous. Destiné à un usage commun, il a vocation à être disponible pour tous. Par ailleurs, particulièrement depuis la Révolution, l'idée que ses règles de gouvernance doivent être définies en commun, sous l'égide des représentants de la Nation, est tenue pour essentielle. La première partie de ce texte donnera quelques illustrations rapides de ces parentés entre les principes fondamentaux de la fiscalité et la problématique des communs (I).

Néanmoins, d'un autre côté, les réflexions sur le commun ont à peine effleuré la matière fiscale<sup>309</sup>. De manière significative, le très beau dictionnaire des *Biens communs*<sup>310</sup> ne comporte pas d'entrée « impôt ». La fiscalité est même regardée, par excellence, comme ce qui, loin d'être une chose commune – au sens où il échapperait à une propriété individualiste et absolue – est un bien et un droit possédés privativement par l'Etat. De fait, l'impôt continue à porter l'empreinte du fisc, ce sac où était déposé l'argent dû au prince et qui a, au Moyen Âge, servi d'opérateur pour l'appropriation par l'Etat des choses communes<sup>311</sup>. De manière symptomatique, les émeutes anti-fiscales des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles demeurent des révoltes anti-étatiques<sup>312</sup>. Le commun, à l'oeuvre dans la fiscalité, ne parvient pas à percer sous le public ; pire, la mainmise de l'Etat sur l'impôt fait obstacle à la survivance d'un commun<sup>313</sup>. Cette capture par l'Etat de ce qui est apparu originellement sous la catégorie du bien commun peut bien sûr être analysée comme un accident politique dû à une insuffisante effectivité du contrôle et du débat parlementaire. Mais ces dysfonctionnements ne sont pas seuls à expliquer le recul de la destination commune de l'impôt. Les efforts gouvernementaux pour assurer le consentement à l'impôt se sont également traduits par l'adoption de dispositifs destinés à atténuer les rigueurs de la loi. Des marges de manœuvre sont reconnues à l'administration ou à certains contribuables qui acquièrent ainsi d'importants pouvoirs sur la gouvernance de l'impôt. Nous en examinerons quelques figures dans la deuxième partie (II).

### I. LE COMMUN AUX FONDEMENTS DE L'IMPOT

L'impôt est, à l'origine, pensé comme une ressource dont l'usage doit profiter à tous. Le bien commun est en effet classiquement la mesure de la légitimité de la fiscalité. Au XIII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir fiscal des communautés d'habitants s'affermirait autour du *comù*, « impôt commun, levé sur tous, destiné aux besoins de la communauté »<sup>314</sup>. L'appropriation par le pouvoir royal de cette prérogative aux derniers siècles du

<sup>309</sup> L'impôt est essentiellement envisagé comme un outil pour éviter l'absolutisme du droit de propriété et permettre une resocialisation des richesses, cf. J.-P. Chazal, "La propriété : dogme ou instrument politique ?", *Revue trimestrielle de droit civil*, 2014-12, n° 4, p. 763-793.

<sup>310</sup> M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, 2017.

<sup>311</sup> G. Leyte, *Domaine et domanialité publique dans la France médiévale (XII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, Strasbourg, 1996, p. 59 et s.

<sup>312</sup> G. Noirielle, *Une histoire populaire de la France. De la guerre de Cent ans à nos jours*, Paris, 2018, not. p. 631 ; N. Delalande, *Les batailles de l'impôt. Consentement et résistances de 1789 à nos jours*, Paris, 2011, not. p. 193s.

<sup>313</sup> Sur les liens entre commun et Etat, voir notamment P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2014, p. 92 et s.

<sup>314</sup> F. Garnier, *Un consulat et ses finances : Millau (1187-1461)*, Paris, 2006, p. 165 et s.



Moyen Âge conserve ce cadre conceptuel. C'est l'horizon du bien commun, et lui seul, qui permet de dépasser le principe selon lequel le roi doit vivre du sien pour ancrer à son profit la prérogative de lever l'impôt<sup>315</sup>. Bien que sous l'Ancien régime, l'impôt soit régulièrement levé pour répondre aux besoins militaires de l'Etat, les théoriciens le subordonnent – sauf à y voir l'expression d'un pouvoir arbitraire – à un impératif social et partagé. La capture de l'impôt par l'Etat est contingente, tandis que son affectation au commun est principielle. Au XVII<sup>e</sup> siècle, Domat écrit ainsi que « le bien commun rend juste l'imposition et la levée des tributs que les besoins de l'Etat rendent nécessaires »<sup>316</sup>. Cette finalité de l'impôt est à nouveau recueillie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui définit l'impôt, en son article 13, comme une « contribution commune », destinée à financer une force publique instituée pour « l'avantage de tous »<sup>317</sup>.

L'impôt est non seulement pensé comme un moyen matériel pour la communauté de satisfaire ses besoins collectifs, mais, avant même l'avènement de la modernité démocratique<sup>318</sup>, c'est aussi un symbole de la solidarité du groupe social, au niveau local puis, avec la mise en place d'une fiscalité d'Etat, à celui du royaume qu'elle permet de défendre<sup>319</sup>. Avec la mise en place d'impôts déclaratifs, et tout particulièrement avec la création des impôts sur le revenu, la déclaration s'impose comme un rituel traduisant l'appartenance à une communauté<sup>320</sup>.

Enfin, on le sait, l'impôt se réclame d'une gouvernance commune. Si le roi de France est parvenu, à partir du XV<sup>e</sup> siècle et non sans résistances<sup>321</sup>, à se passer du consentement des Etats pour lever l'impôt de sa propre autorité, cette pratique a miné la légitimité de la fiscalité d'Ancien régime. Depuis 1789, la nécessité d'une dimension collective dans la gestion de l'impôt est affichée avec fermeté. Même si elle passe par la représentation nationale, la gouvernance commune de l'impôt est un élément cardinal du contrat social : depuis la Révolution, aucune Constitution n'a d'ailleurs manqué d'afficher solennellement la prérogative du Parlement en matière fiscale – qu'il s'agisse de consentir à l'impôt, d'organiser son prélèvement ou de décider son emploi.

Il n'est donc pas étonnant que le lien entre l'impôt et le commun soit régulièrement mis en exergue par les pouvoirs publics pour lutter contre la résistance fiscale. Des efforts sont en effet régulièrement déployés, en France notamment, pour convaincre les citoyens de penser l'impôt en termes de ressources disponibles pour tous et dont il faut assurer collectivement le renouvellement. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, un catéchisme fiscal se développe pour mettre à bas le « vieux dicton populaire »<sup>322</sup>, qui est tenu pour généralement reçu notamment dans les milieux ruraux<sup>323</sup>, selon lequel « Voler l'Etat, c'est voler personne ». Au contraire, répètent les cours d'instruction civique<sup>324</sup> de la Troisième République : « faire tort à l'Etat, c'est faire tort à tout le monde »<sup>325</sup>. « Si tu ne mets pas dans la bourse commune ce

<sup>315</sup> Voir par exemple, G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and the State*, Princeton, 1964, 1100-1322, p. 20 et s ; L. Scordia, « Le roi doit vivre du sien ». *La théorie de l'impôt en France (XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, Paris, 2005.

<sup>316</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et « legum delectus »*, Paris, éd. 1723, vol. 2, p. 27.

<sup>317</sup> La Constitution du 4 novembre 1848 affirme également expressément, à son article 15, que « tout impôt est établi pour l'utilité commune ».

<sup>318</sup> Pour la période postérieure, cf. N. Delalande, *Op.cit.*

<sup>319</sup> Pour une synthèse, cf. A. Rigaudière, *Histoire du droit et des institutions dans la France médiévale et moderne*, Paris, 2018, not. p. 479 et s. Voir aussi M. Bouvier, « Sens et légitimité de l'impôt », *Pouvoirs* n° 151, novembre 2014, p. 27-34.

<sup>320</sup> J. Slemrod, *Why People Pay Taxes : Tax Compliance and Enforcement*, Michigan, 1992 ; voir aussi M. Laperdrix, O. Poncet, K. Weidenfeld (dir.), *Déclarez vos revenus ! Histoire et imaginaire d'un instrument fiscal, XVIII<sup>e</sup>-XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, à paraître en 2019.

<sup>321</sup> Voir J. Krynen, *L'Empire du roi. Idées et croyances politiques en France XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1993, p. 415 et s.

<sup>322</sup> Jourdeuil, *Du mouvement politique en France depuis 1789 à nos jours*, Toulon, 1869, p. 37.

<sup>323</sup> Courrier d'Eugène Veron, « De la littérature à la campagne », *Revue de l'instruction publique, de la littérature et des sciences en France et dans les pays étrangers*, 5 janvier 1865, n° 40, p. 102.

<sup>324</sup> Des organisations de jeunesse catholique prêtent également main forte à la diffusion de ce message. Ainsi, au mois de mai 1922, le bulletin mensuel de la Fédération de la jeunesse catholique de Roubaix, *L'Effort*, invite ses lecteurs à réagir au « fait suggestif » suivant : « voler l'Etat, ce n'est pas voler » (p. 92). Le bulletin du mois de juillet 1922 publie et analyse les réponses (p. 136 et p. 149).

<sup>325</sup> O. Pavette, *La morale mise à la portée des enfants*, Paris, 1899, p. 34 ; L. Carrau, *Cours de morale pratique*, 1892, p. 130.

que la loi veut que tu y mettes, comprends-tu que tu voles tous les autres qui y mettent avec toi ? Ne profites-tu pas, toi aussi, des routes, des chemins de fer, des canaux, de la sécurité publique et de l'administration générale ? »<sup>326</sup>. Ce travail d'éducation du peuple à penser l'impôt comme « un commun » apparaît également, dans les années 1980 et 1990, à travers certaines missions conduites par la direction générale des relations avec le public du ministère des finances. Si, lors de sa création en mai 1977 – dans un contexte encore marqué par le CID-UNATI –, son objet essentiel est l'apaisement des relations entre les contribuables et l'administration fiscale<sup>327</sup>, elle développe ensuite des actions destinées à mieux faire accepter l'impôt, dans son principe. Le ministère de l'économie finance par exemple des campagnes publicitaires destinées à faire connaître les biens communs financés par l'impôt ; entre 1980 et 1984, la dernière page de la notice d'information de la déclaration de revenus est ainsi mobilisée pour informer les contribuables de l'utilisation des recettes fiscales<sup>328</sup>.

Les efforts de communication restent en revanche beaucoup plus ténus en ce qui concerne la gouvernance de l'impôt. Tout se passe comme si les gouvernements successifs s'en rapportaient exclusivement, pour affermir les structures de gouvernance, à la règle constitutionnelle du consentement de la Nation à l'impôt, par l'intermédiaire de ses représentants. Pourtant, comme on va le voir, par le jeu d'autres dispositions juridiques, bien des décisions en matière fiscale leur échappent.

## II. DES FAILLES DANS LA GOUVERNANCE COLLECTIVE DE L'IMPOT

La disparition du contribuable citoyen au profit de l'administré assujéti, à compter du Directoire, est souvent rapportée au développement de l'administration fiscale et à l'émergence d'une fiscalité destinée à financer avant tout les besoins d'un Etat administratif<sup>329</sup>. Dans cette représentation, la citoyenneté fiscale est dévorée par le budget, dont le serviteur prend les traits d'une poire sous la Monarchie de Juillet, ou ceux du ministre des finances sous la III<sup>ème</sup> République<sup>330</sup>. Mais la question de l'affectation de l'impôt n'est pas seule susceptible de miner sa figure commune.

La gouvernance de l'impôt révèle en effet également la reconnaissance à l'administration d'un important pouvoir de décision autonome, susceptible de contrarier la gestion commune de l'impôt. Les marges de manœuvre administratives ne sont certes pas générales, mais leurs manifestations sont suffisamment diverses pour être relevées.

Celles-ci concernent d'abord la détermination de l'impôt et de son calcul. Comme on l'a dit, celle-ci revient, en principe, dans son intégralité à la Nation par la voix de ses représentants. En pratique, toutefois, l'accent mis continûment, depuis l'après Première guerre mondiale, sur le développement des modes de collaboration entre les fonctionnaires du fisc et les contribuables a conduit les gouvernements à doter les premiers de nouveaux pouvoirs.

<sup>326</sup> *Le Nord sténographique et pédagogique*, 1903, p. 40. Voir aussi F. Buisson, *Leçons de morales à l'usage de l'enseignement primaire*, trente-septième leçon, Paris, 1926, p. 178 et s.

<sup>327</sup> G. Delorme, *De Rivoli à Bercy. Souvenirs d'un inspecteur des finances 1952-1998*, Paris, 2000, not. p. 209 et s.

<sup>328</sup> Le 28 août 1986, le directeur général des relations avec le public, Lucien Meadel, suggère d'utiliser le verso de l'enveloppe d'expédition des imprimés de déclaration des revenus pour imprimer les informations qui figuraient jusqu'en 1984. Mais il ne semble pas que cette proposition ait eu une suite, Centre des Archives Economiques et Financières, B 71332/1.

<sup>329</sup> R. Carrier, "Le citoyen : sujet de droit fiscal de 1750 à nos jours", *Sujet et citoyen : Actes du Colloque de Lyon (septembre 2003)* [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 375-382.

<sup>330</sup> Voir la caricature du « tonneau des Danaïdes » parue le 18 décembre 1833 dans *Le Charivari* ou celle du budget paru le 5 juillet 1890 dans *Le Don Quichotte* et reproduites par N. Delalande, *Op. cit.*, après la page 208.

Leur traduction la plus nette est l'émergence à leur profit d'un pouvoir normatif de fait, à travers la notion de doctrine fiscale opposable à l'Etat et à la Nation. Consacrant les pratiques des contrôleurs fiscaux, la loi du 28 décembre 1959 les sécurise en donnant aux contribuables l'assurance que les réponses données à leurs demandes de renseignements ne pourraient être remises en cause à l'occasion d'un contrôle. Ce dispositif, qui a été étendu depuis lors à plusieurs reprises<sup>331</sup>, était essentiel à l'institution des agents de l'Etat comme opérateurs de confiance dans l'impôt. Mais, dans le même temps, il revient à remettre à l'administration fiscale le droit d'interpréter la loi fiscale, dans un sens parfois assez différent de celui imaginé par le législateur. Ce « risque juridique », consciemment assumé, peut répondre à la volonté de simplifier des règles dont les principes, trop sophistiqués, risqueraient d'accentuer le refus de l'impôt<sup>332</sup>. Mais il est également parfois exercé dans le but d'accorder un avantage spécifique à certaines catégories de personnes, sans requérir l'onction parlementaire ; on peut, par exemple, penser à la « décision » du 11 janvier 1960 par laquelle le secrétaire d'Etat aux finances, à l'époque M. Valéry Giscard d'Estaing, écrivant au président du Conseil constitutionnel alors en exercice, M. Léon Noël, admettait que la moitié de l'indemnité perçue par les membres du Conseil constitutionnel puisse être soustraite à l'impôt sur le revenu<sup>333</sup>. Pour asseoir le consentement à l'impôt, la gouvernance collective de celui-ci a été érodée par la reconnaissance de prérogatives exorbitantes à l'administration.

Le contrôle du respect des obligations fiscales par les contribuables est également dans la main de l'administration. Cette maîtrise ne résulte pas seulement de la possibilité pour le ministère des finances et ses agents de déterminer les cibles des contrôles, dans un contexte de raréfaction des ressources humaines. Il tient également aux possibilités de traitement différencié des illégalismes repérés par l'administration fiscale. Celle-ci dispose en effet d'une liberté d'appréciation, destinée à tenir compte des situations spécifiques, ou, plus pragmatiquement, à faciliter le recouvrement de l'impôt. Cette marge de manœuvre se traduit notamment par la possibilité pour l'administration de conclure des transactions ou d'accorder des remises aux contribuables ayant manqué à certaines de leurs obligations. Néanmoins, comme l'a encore récemment relevé la Cour des comptes, cette faculté fait l'objet de pratiques très hétérogènes et surtout d'une transparence très lacunaire qui interdit, en pratique, la possibilité pour le Parlement de vérifier les conditions de son exercice<sup>334</sup>.

Les pratiques répressives en matière de fraude fiscale illustrent encore cette gestion différenciée des illégalismes<sup>335</sup>. En théorie, la pénalisation des manquements (graves) à l'impôt a pour fonction symbolique de manifester l'atteinte à la communauté résultant de la défaillance d'un contribuable à ses obligations. Néanmoins, l'administration maîtrise presque entièrement cette procédure ; en pratique, il s'agit bien davantage d'un outil entre les mains du fisc pour lui permettre de défendre ses propres intérêts que d'une arme destinée à manifester le caractère commun de l'impôt. L'administration dispose ainsi d'une très grande liberté dans le choix de poursuivre, ou non, pénalement un contribuable. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, lors de la réintroduction d'un mécanisme de sanctions pénales en matière d'imposition indirecte et dans un contexte de défiance persistante à l'égard de juges qui, quelques décennies auparavant, avaient fait obstacle à la réforme fiscale, l'administration se voit accorder la pleine maîtrise de la saisine, ou non, de l'institution judiciaire<sup>336</sup>. Étendu aux impôts directs en 1920, ce système est alors conçu comme une

<sup>331</sup> Voir en dernier lieu la loi dite « ESSOC » n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

<sup>332</sup> C'est, par exemple, par ces motifs que l'instruction 5 F-1-99 du 30 décembre 1998 justifie d'autoriser les musiciens à fixer forfaitairement à 14 % de leurs revenus le montant des annuités d'amortissement des instruments de musique et des matériels techniques à usage professionnel.

<sup>333</sup> E. Lemaire, « À propos de quelques problèmes juridiques entourant le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, « Actualités », mis en ligne le 3 décembre 2018 < <http://juspoliticum.com/article/A-propos-de-quelques-problemes-juridiques-entourant-le-regime-indemnitaires-des-membres-du-Conseil-constitutionnel-1267.html> >.

<sup>334</sup> Cour des comptes, « Les remises et transactions en matière fiscale : une égalité de traitement et une transparence à mieux assurer », *Rapport public annuel*, février 2018.

<sup>335</sup> Cf. A. Spire et K. Weidenfeld, *L'impunité fiscale. Quand l'Etat brade sa souveraineté*, Paris, 2015.

<sup>336</sup> Cour de cassation, 30 juin 1820, M. 11, 151 et 154.

garantie pour le contribuable : l'expérience en matière de contributions indirectes montre en effet, comme l'explique le ministre des finances à l'occasion des débats législatifs, que celle-ci n'engage jamais de poursuites « d'une façon irréfléchie ». D'emblée, le principe d'un circuit hiérarchique interne au ministère des finances avant la plainte s'instaure ; il n'y a de plainte « que si le contrôleur, après avoir pris l'attache de son directeur départemental, qui, dans les cas graves, prendra, cela va sans dire, l'attache du directeur général, reconnaît que les faits sont suffisamment graves et qu'ils dénotent une mauvaise foi suffisamment évidente »<sup>337</sup>. De fait, cet entonnoir trie les fraudes de manière très active : moins de mille affaires par an sont portées devant les juridictions correctionnelles, alors que l'administration qualifie environ 15 000 manquements fiscaux d'intentionnels. Ce monopole de l'administration sur le déclenchement des poursuites – couramment appelé « verrou de Bercy » – a été légèrement entamé par l'article 36 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 qui prévoit la dénonciation obligatoire au procureur de la République des fraudes supérieures à 100 000 euros et qui ont été qualifiées de particulièrement graves lors du contrôle fiscal. Mais, contrairement à son affichage, ce dispositif ne met pas fin à la liberté, dont dispose le fisc, d'user, ou non, de la répression pénale à sa guise : c'est en effet à lui que revient la qualification déclenchant la dénonciation automatique...

Pour ménager le consentement à l'impôt ou en assurer une meilleure acceptation par les citoyens, l'administration s'est ainsi vu remettre un rôle essentiel dans la gestion de l'impôt. Elle ne se contente pas d'exécuter les règles fixées par la représentation, mais a également pour mission d'opérer la conciliation entre celles-ci et la pratique, en transigeant sur leur contenu ou leur respect.

Outre cette première atteinte au principe de gouvernance collective de l'impôt, certains particuliers, ou groupes de particuliers, ont conquis un rôle prédominant dans le choix des dépenses fiscales. Il ne s'agit pas ici d'interroger la réalité et l'authenticité du débat parlementaire, ou le poids que pourraient y peser certains lobbys. Il ne s'agit pas non plus d'évoquer les niches fiscales, en ce qu'elles profiteraient à quelques-uns et non pas à la collectivité. En effet, l'ambition des dépenses fiscales, comme de toute dépense publique, est que l'avantage consenti à quelques-uns rejaillisse sur l'ensemble de la collectivité. Certes, cette vision est parfois fictive et il est dans notre système fiscal, des dépenses dont personne n'ose soutenir qu'elles servent la finalité qui les légitime sur le papier. D'ailleurs, chaque année, le gouvernement met fin des dépenses fiscales jugées inefficaces ; le projet de loi de finances pour 2019 supprime par exemple cinq de ses mesures – qui représentent toutefois un total de 30 à 40 millions d'euros – ce qui reste cependant très modeste par rapport au chiffre total des dépenses fiscales (100 milliards d'euros l'année dernière et vraisemblablement un peu plus cette année)<sup>338</sup>. Mais cette problématique est un accident de la dépense fiscale, alors que celle dont il va être question dans les lignes qui suivent remet parfois en cause, dans son principe même, le caractère collectif de l'emploi de l'impôt. La décision d'instituer un avantage fiscal au profit de ceux qui réaliseront telle ou telle dépense, plutôt que de la financer directement, se justifie, en théorie, par la volonté de laisser les contribuables déterminer eux-mêmes précisément l'emploi des deniers publics. La représentation nationale définit un horizon des possibles – par exemple, le financement d'entreprises, de syndicats ou d'associations présentant certaines caractéristiques – au sein desquels les contribuables sont libres de choisir. L'affectation précise de la dépense fiscale – au profit de telle association, de tel syndicat ou de telle entreprise – est ainsi orientée par les décisions individuelles. Si chaque contribuable avait la même capacité de dépenses, l'addition de ces choix individuels pourrait, à la limite, être regardée comme l'équivalent d'un choix collectif. Mais ce n'est évidemment pas le cas. A titre d'illustration, si environ 60 000 entreprises (sur 2,3 millions recensées en 2017) bénéficient du dispositif fiscal d'incitation au

<sup>337</sup> Ministre des finances, JO débats, 22 février 1924 p. 937.

<sup>338</sup> *Voies et moyens*, t. II.

mécénat, 24 d'entre elles profitent de près de la moitié des 900 millions d'euros de dépense fiscale<sup>339</sup> ; autrement dit, ces 24 entreprises ont choisi les actions culturelles ou sportives dans lesquelles l'Etat a investi plus de 400 millions d'euros. Certaines techniques fiscales viennent en outre parfois renforcer l'effet de concentration : c'est le cas, s'agissant des mesures destinées aux particuliers, lorsque l'avantage prend la forme d'une réduction d'impôt (qui ne profite qu'aux personnes imposées) ou est consenti au titre d'un impôt acquitté par un nombre restreint de personnes (tel l'impôt sur la fortune immobilière). Au total, les contribuables les plus imposés ou les aisés captent l'essentiel de la capacité d'orientation de la dépense fiscale. Loin de réaliser une gestion collective de la ressource, la dépense fiscale – du moins lorsqu'elle est déterminée par un choix du contribuable – recrée, par principe, une forme de démocratie censitaire où chacun n'a de voix qu'à hauteur de sa richesse.

En dépit des efforts des pouvoirs publics pour affirmer la dimension commune de l'impôt, ceux-ci favorisent des forces contraires qui assurent la mainmise de l'administration, parfois au profit de certains particuliers, sur la gestion de l'impôt. Ces tendances à l'appropriation de la fiscalité visent, au moins en partie, à répondre à la résistance fiscale en autorisant une négociation sur la contribution. La pacification temporaire qu'elles autorisent déstabilise cependant le socle sur lequel repose la légitimité originelle du prélèvement : celui d'être consenti par tous, pour le bien commun. Si le thème des « communs » est volontiers utilisé pour promouvoir une réorganisation de la sphère de production et des échanges autour de coopératives et d'espaces urbains autogouvernés se substituant aux prélèvements fiscaux<sup>340</sup>, le potentiel à l'œuvre dans cette notion multiforme de « communs » pourrait aussi être mobilisé pour réfléchir autrement l'institution fiscale. Il s'agirait non d'anéantir le principe de l'impôt comme outil de solidarité sociale, politique et territoriale mais de refonder le consentement à l'impôt sur une gouvernance collective qui ne résulte pas seulement des grands principes constitutionnels mais également des règles d'application quotidienne.

<sup>339</sup> Cour des comptes, « Le soutien public au mécénat des entreprises. Un dispositif à mieux encadrer », novembre 2018.

<sup>340</sup> Cf. A. Spire, *Résistances à l'impôt. Attachement à l'Etat. Enquête sur les contribuables français*, Paris, 2018, p. 277.

### VERS UNE FINANCE DESTINÉE AU BIEN COMMUN : LA CONTRIBUTION DE L'APPROCHE THOMISTE

Caroline **MARIE-JEANNE**,

Maître de conférences en sciences de gestion, Université d'Angers

#### **R**ésumé

L'objet de cet article est d'étudier, à travers la contribution de l'approche thomiste, les liens entre la finance et le bien commun. L'argent n'appartient pas aux biens communs par nature mais il peut être mis en commun par le partage et utilisé en vue du Bien commun au sens philosophique du terme. Il s'agit tout d'abord de penser cette notion dans l'ordre financier à partir des écrits fondamentaux. L'étude de l'utilisation de l'argent en vue du Bien commun, selon l'approche thomiste, à travers les prêts et la spéculation, fournit ensuite des pistes de réflexion pour répondre aux défis à venir et définir de nouvelles formes de gestion associées à cette ressource. Saint Thomas met en exergue l'importance du partage de l'argent et du gain, de la gratuité du prêt pour l'existence de la communauté, de la finalité de l'acte et de la valeur d'usage. Nous montrerons enfin comment ces concepts peuvent être développés aujourd'hui pour une finance destinée au Bien commun notamment grâce à la finance participative, à la finance solidaire, au microcrédit, aux *social bonds*, aux *green bonds* et aux *climate bonds*.

L'argent n'est pas un bien commun comme les autres, au sens de ressource à partager entre les membres d'une communauté (au pluriel les « biens communs »). Ce concept est d'ailleurs fort différent du « Bien commun » abordé au niveau théologique et philosophique. Il existe ainsi diverses approches du bien commun.

En droit romain, un bien commun est une chose inappropriable par essence comme l'air, ce qui n'est pas le cas de l'argent, typiquement appropriable. Toutefois, pour certains auteurs (Dardot et Laval) aucune chose n'est commune par nature. Une chose est rendue commune par des formes de gestion, des activités de coopération qui nous lient à ces choses et, en même temps, nous lient aussi entre nous. On peut soustraire une chose à la propriété privée aussi bien qu'à la propriété publique pour faire de cette chose un usage qui puisse bénéficier à tous ceux qui sont concernés. Ainsi, dans le cas de la microfinance, l'argent est soustrait au marché pour être réservé à un usage commun. Ces règles de partage de la ressource, présentées dans l'ouvrage *Gouvernance des biens communs*, font l'objet des travaux d'Elinor Ostrom, Prix Nobel d'économie.

En économie, un bien commun est un bien non exclusif, c'est-à-dire un bien dont on ne peut exclure personne de sa consommation, comme les fonds marins ou l'eau. Nécessaire à tous, il convient d'en offrir l'usage à chacun. Or l'argent n'est *a priori* ni partagé, ni commun. Par ailleurs, l'économiste américain Paul Samuelson définit le « bien commun » également par le critère de non-rivalité (l'usage par un individu n'empêche pas un même usage ou un autre usage par autrui). Il donne l'exemple de l'éclairage public. Or l'argent ne répond pas à ce critère non plus. En effet, la finance est une ressource dont la rivalité est forte (la consommation d'une unité réduit la somme disponible pour les autres), ce qui implique de penser à son renouvellement.

D'ailleurs, l'argent est-il même un « Bien » au sens moral et spirituel du mot ? En soi, l'argent n'est ni bien, ni mal. A la base, il a été créé pour faciliter le troc. Echanger un sac de pommes de terre contre des chaussures semble, en effet, peu commode. Cet instrument d'échange peut alors financer du sens ou du non-sens. La finance semble elle-même neutre ; le dictionnaire Larousse la définit comme la « science de la gestion des patrimoines individuels, des patrimoines d'entreprise et des deniers publics ». Elle concerne l'ensemble des mécanismes et des institutions qui apportent à l'économie<sup>341</sup> les capitaux dont elle a besoin pour fonctionner. Le terme finance s'applique à la recherche de financements, à la recherche de placements par les détenteurs de surplus de capitaux et enfin à tous ceux qui organisent la convergence entre ces deux types d'acteurs (marchés financiers, banques...). Son rôle est d'assurer une utilisation optimale des ressources et d'améliorer ainsi le bien-être de chacun. Mais pour les ressources limitées comme l'argent, cette optimisation va se fonder notamment sur le taux de rendement, rapport entre le revenu obtenu et la mise de fonds initiale. Par sa recherche effrénée de la maximisation du gain pécuniaire<sup>342</sup>, au niveau individuel, la finance ne semble parfois plus au service de la communauté. Aussi, peu réputée pour concourir au Bien commun depuis la crise de 2008, elle est même plutôt citée comme un mal commun et on note une perte de confiance dans les institutions financières. Comment la notion philosophique de Bien commun peut-elle donc se traduire dans une théorie et une pratique financières qui affirment comme finalité de l'action le « bénéfice monétaire » ? En effet, les marchés financiers visent l'accroissement de la richesse matérielle à court terme<sup>343</sup>, alors que la recherche du Bien commun nous procure une croissance humaine et spirituelle à long terme par l'augmentation du bien des autres.

Ainsi, l'argent n'appartient pas par nature aux biens communs (des biens en commun). Mais l'objet de cet article est d'analyser comment il peut contribuer à la réalisation du Bien commun au sens philosophique, notamment en le destinant à un usage commun par l'instauration de règles de partage sur le plan économique. Il s'agit ici de redonner à la finance sa véritable place : être un instrument au service de l'économie réelle qui elle-même doit être au service de la communauté.

L'analyse de la notion de bien commun dans l'ordre financier, à la lumière des philosophes, est un préalable nécessaire (I) à l'étude de l'utilisation de l'argent en vue du Bien commun selon l'approche thomiste (II). Les préceptes mis en exergue par le théologien fournissent des pistes de réflexion pour répondre aux défis à venir et définir de nouvelles formes d'utilisation associées à cette ressource (III).

### I. COMMENT TRADUIRE L'IDEE DE BIEN COMMUN DANS L'ORDRE FINANCIER ?

« La construction de la finance et de la monnaie comme commun est beaucoup plus récente, plus exceptionnelle aussi, que celle de la gestion des ressources dites naturelles, et se situe généralement dans des projets alternatifs », selon Servet. La mise en avant du partage « permet de redonner à la monnaie et à la finance leurs dimensions largement oubliées ou occultées de communs »<sup>344</sup>.

Mais pour pouvoir inventer des communs, il convient au préalable de penser le Bien commun par introspection au niveau philosophique à partir des travaux d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin dont on retrouve les préceptes dans la doctrine sociale de l'Eglise.

<sup>341</sup> L'économie est définie dans le dictionnaire Larousse comme « l'ensemble des activités d'une collectivité humaine relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses ».

<sup>342</sup> Le gain ou le revenu est au numérateur du ratio dans le calcul du taux de rendement défini par :  $\frac{\text{revenu}}{\text{montant investi}}$ .

<sup>343</sup> A titre d'exemple, la pratique récente des transactions à haute fréquence consiste à exécuter des ordres boursiers inaccessibles aux analyses humaines en quelques microsecondes grâce à des algorithmes informatiques.

<sup>344</sup> Servet.

### A. Le bien commun et l'argent chez Aristote

Toute la philosophie pratique d'Aristote tend à répondre à sa recherche du bonheur, qui est le bien ultime que poursuit l'homme. Pour lui « le bien pour l'homme consiste dans une activité de l'âme en accord avec la vertu »<sup>345</sup>. Le Bien commun, identifié au juste et à la paix, est l'objectif de toute vraie politique et son respect le critère absolu de la droiture des régimes. Dans l'enseignement d'Aristote le bien suprême est le bien de la communauté.

Aristote<sup>346</sup> nous amène alors à nous interroger sur le sens de la richesse financière et sur la valeur l'argent. Est-il une fin en soi ou bien seulement un moyen d'échange ? « Cet argent n'est en lui-même qu'une chose absolument vaine, n'ayant de valeur que par la loi et non par la nature, puisqu'un changement de convention parmi ceux qui en font usage peut le déprécier complètement, et le rendre tout à fait incapable de satisfaire aucun de nos besoins. En effet, un homme, malgré tout son argent, ne pourra-t-il pas manquer des objets de première nécessité ? Et n'est-ce pas une plaisante richesse que celle dont l'abondance n'empêche pas de mourir de faim ? C'est comme ce Midas de la mythologie, dont le vœu cupide faisait changer en or tous les mets de sa table » dès qu'il les touchait mais, au milieu de l'abondance, il n'avait plus de quoi apaiser sa faim.

Il distingue alors la chrématistique naturelle qui consiste à acquérir des biens en vue de la satisfaction des besoins et la chrématistique commerciale, plus condamnable, qui consiste à prendre pour finalité l'accumulation illimitée des richesses. De surcroît, il affirme qu'il est contraire à la nature que la monnaie produise de la monnaie. La raison principale de l'interdiction de l'intérêt<sup>347</sup> est la stérilité de l'argent, l'infécondité du capital. Principe aristotélicien, l'argent, dit-on, n'a pas faculté de s'accroître. Il ne fait pas de petits : *Nummus nummum non parit*. Il est stérile et n'est pas productif. Aristote<sup>348</sup> est très clair : « on a surtout raison d'exéquer l'usure, parce qu'elle est un mode d'acquisition né de l'argent lui-même, et ne lui donnant pas la destination pour laquelle on l'avait créé. L'argent ne devait servir qu'à l'échange ».

Dans l'optique du bien de la communauté, Aristote prône un système économique vertueux, tout en condamnant les pratiques spéculatives et la recherche effrénée du profit. Toutefois, il s'oppose à Platon pour qui, dans *La République*, les gardiens de la cité idéale ne possèdent rien en propre et ne sont pas autorisés à acquérir de l'or. Aristote argue, lui, que la communauté des biens génère plus de différends que l'appropriation privée. Mais l'acquisition de richesses ne peut être une fin en soi. D'ailleurs l'Economie ne constitue pas une discipline autonome ; elle appartient au champ de l'Ethique et de la Justice. Aristote souhaite créer l'harmonie dans la cité et pense que le bonheur peut être atteint sur terre à travers la recherche d'une cité idéale profitable à chacun. Le détachement par rapport aux richesses matérielles sous-tend sa volonté d'améliorer la vie sociale.

Quelques années après la crise dite des *subprimes* et à l'heure où nos pays ne semblent parfois plus en mesure de rembourser les seuls intérêts de leur dette sans s'endetter davantage, l'acuité des conseils du philosophe grec mérite notre attention. Cette éthique aristotélicienne ne peut-elle être source de réflexion dans le management moderne ? Nous avons, certes, besoin de la finance, de la circulation de la monnaie, de la production de richesses, mais au service de l'Homme.

<sup>345</sup> *Ethique à Nicomaque*, I, 6, 1098 a.

<sup>346</sup> *La politique*, liv. I, chap. III, § 16.

<sup>347</sup> *Ibid.*, § 23.

<sup>348</sup> *La politique*, liv. I, chap. III, § 23.



### B. Le bien commun et l'argent dans la philosophie de Saint Thomas d'Aquin

Le concept de Bien commun figure dans la théologie chrétienne, à partir de Thomas d'Aquin, au XIII<sup>e</sup> siècle, où il désigne l'inclinaison naturelle de la Création dans son ensemble (dont la communauté humaine) vers le Bien suprême qui est Dieu. « Thomas d'Aquin reçoit d'Aristote la structure de sa philosophie politique. Mais, en théologien, il l'insère dans un ordre chrétien de pensée du politique » (Daguet, 2014). Pour Thomas, le souverain bien, la fin recherchée ne peut être que Dieu à la fois cause première et finale de toute chose.

Comme le souligne Modde : « Il faut s'efforcer de revivre l'attitude théocentrique de l'esprit médiéval, selon laquelle tout l'univers animé et inanimé chante la louange du Créateur. Notre époque est tellement habituée à voir dans la communauté humaine ou dans l'Etat un tout autonome [...] que l'on ne songe plus à accorder grande importance aux réalités plus profondes qui peuvent régir l'humanité. Tout s'obscurcit alors. On ne voit plus la liaison nécessaire entre la vie individuelle et l'Etat, entre la prospérité de l'Etat et le bien de l'individu. Dans sa première conception du Bien commun, le Docteur Angélique dépasse cette vue superficielle ». Ainsi, pour Saint Thomas, le Bien commun doit être saisi à la fois au niveau surnaturel et au niveau naturel puisque, « Dieu est le bien commun transcendant, ou extrinsèque », comme le précise Daguet (2014). La fin ultime de la vie dépasse cette terre. Cela ne disqualifie pas l'ordre naturel mais l'élève.

Saint Thomas sauvegarde la personne d'une emprise totale de la cité, en indiquant comme norme directrice la position de la cité : un tout relatif ; il dépasse de loin Aristote, pour qui la cité est le tout suprême. Chez Saint Thomas « le Bien commun de la cité est essentiellement moyen, puisqu'il est utilité commune ; il est en même temps fin, non pas fin ultime, mais fin intermédiaire. Il est moyen vis-à-vis du bien final de l'individu, du plein développement de sa personnalité morale dans l'épanouissement de sa vie intérieure de charité ; il est fin en tant que sa réalisation précède et conditionne l'acquisition du bien final », selon Modde. « Toute la doctrine sociale de saint Thomas reste incompréhensible, si l'on ne tient pas compte de cette liaison étroite entre l'activité humaine et la béatitude. L'une est fin, l'autre est moyen »<sup>349</sup>.

Saint Thomas affirme alors dans la *Somme théologique*<sup>350</sup> : « Celui qui cherche le bien général de la multitude cherche conséquemment son bien propre ». L'une des raisons est que « le bien propre ne peut exister sans le bien général de la famille, ou de la cité ou du royaume »<sup>351</sup>. Toutefois il ne définit jamais vraiment clairement le Bien commun, même si la notion est très présente dans ses écrits.

Dans l'ordre financier, en quoi le Bien commun peut-il consister ? Thomas ne sépare pas l'éthique et le politique. L'homme est un être d'action. Ses actes doivent être moralement justes et donc éthiques, guidés par l'amour du prochain et orientés vers Dieu. A partir de cette approche, il aborde les questions financières<sup>352</sup> des achats et du prêt en s'appuyant sur les notions de justice, de partage et de charité dans la mesure où « le bien d'un seul homme n'est pas une fin dernière, mais il se rapporte au bien général »<sup>353</sup>. Dans cette optique, Thomas d'Aquin ne suivra pas Aristote dans sa condamnation du commerce proprement dit. Il admet que le profit modéré n'est pas nécessairement contraire à la vertu, si l'intention

<sup>349</sup> Modde.

<sup>350</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 47, art. 10.

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 77, « De la fraude que l'on commet dans les achats et les ventes et II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 78, « Du péché de l'usure que l'on commet dans les prêts ».

<sup>353</sup> I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 90, art. 3.

du commerçant est moralement bonne : soutenir sa famille, les indigents ou son pays. Dans la scolastique, le profit peut aussi être assimilé à une sorte de salaire qui récompense la peine, l'effort fourni ou le risque.

### C. Le bien commun et l'argent dans la doctrine sociale de l'Eglise

Plus récemment, le *Compendium* de la doctrine sociale de l'Eglise reprend cette notion de bien commun (§ 164) : « Le bien commun ne consiste pas dans la simple somme des biens particuliers de chaque sujet du corps social. Etant à tous et à chacun, il est et demeure commun, car indivisible et parce qu'il n'est possible qu'ensemble de l'atteindre, de l'accroître et de le conserver, notamment en vue de l'avenir ». Toutefois, selon cette doctrine, « le bien commun de la société n'est pas une fin en soi ; il n'a de valeur qu'en référence à la poursuite des fins dernières de la personne et au bien commun universel de la création tout entière » (§ 170).

Après avoir précisé (§ 7) que « c'est une exigence de la justice et de la charité que de vouloir le bien commun et de le rechercher », l'encyclique *Caritas in veritate* aborde plus spécifiquement les questions financières et les voies de développement. « L'économie et la finance, en tant qu'instruments, peuvent être mal utilisées quand celui qui les gère n'a comme point de référence que des intérêts égoïstes. Ainsi peut-on arriver à transformer des instruments bons en eux-mêmes en instruments nuisibles. Mais c'est la raison obscurcie de l'homme qui produit ces conséquences, non l'instrument lui-même. C'est pourquoi, ce n'est pas l'instrument qui doit être mis en cause mais l'homme, sa conscience morale et sa responsabilité personnelle et sociale » (§ 36). Comme voies de développement, l'encyclique suggère la gratuité, la solidarité qui ne peut « être déléguée seulement à l'Etat » (§ 38), le développement des « organisations productrices qui poursuivent des buts mutualistes et sociaux » (§ 38), le crédit coopératif (§ 65), le microcrédit (§ 45) et la microfinance (§ 65) qui rappelle le fonctionnement des Monts-de-Piété créés pour protéger « les couches les plus vulnérables de la population [...] contre les risques du prêt usuraire ou du désespoir ». L'encyclique met toutefois en garde (§ 45) sur l'existence d'une finance « éthique » à cause d'un étiquetage extérieur et non intrinsèquement. Il s'agit donc de bien discerner « l'esprit ».

Ces différentes pistes et les conséquences qui en découlent quant à l'utilisation de l'argent seront développées dans la partie III.

Nous déplorons toutefois qu'aujourd'hui ce « bien commun » soit devenu assez flou pour se prêter aisément à tous les détournements politiques, voire à la restriction de nos libertés. Cette notion a envahi le débat public et déborde désormais de la conception classique. Aussi, ce trop rapide détour philosophique et théologique nous a paru nécessaire car il éclaire les soubassements intellectuels de la notion de Bien commun qui doit guider les décisions financières.

## II. COMMENT UTILISER L'ARGENT EN VUE DU BIEN COMMUN SELON L'APPROCHE THOMISTE ?

Pour Saint Thomas, la cité est une organisation politique d'une communauté de personnes, finalisée par le Bien commun, informée par la justice et gouvernée selon la prudence. La question est alors de savoir quel rôle peut tenir la finance dans la poursuite de ce Bien commun. Saint Thomas ne permet sans doute pas de penser un ordre financier aujourd'hui mais il aide peut-être à comprendre les pathologies actuelles de la finance. Dans la *Somme théologique* il s'intéresse à la question « du péché de l'usure que l'on commet dans les prêts » (II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 78) et à la question « de la fraude que l'on commet dans les achats et

les ventes » (II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 77). Il s'agit donc ici d'examiner les concepts sous-jacents dans sa doctrine pour ensuite définir des voies de développement de la finance vers le Bien commun.

### A. Le prêt d'argent : principes thomistes

Il semble tout d'abord primordial de distinguer, comme en Chaldée il y a 4 000 ans, d'une part, le prêt à la production et, d'autre part, le prêt à la consommation. Les théologiens se fondent eux sur la distinction romaine entre les biens non fongibles (ou durables) et les biens fongibles (ou consommables).

L'argent s'apparente au vin qui est un bien fongible : on ne peut pas dissocier son usage de sa propriété et vendre les deux séparément à différentes personnes contrairement à un bien immobilier, par exemple. « Si quelqu'un voulait vendre le vin d'une part et qu'il voulût d'une autre part en céder l'usage, il vendrait la même chose deux fois, ou il vendrait ce qui n'existe pas : il ferait donc évidemment une injustice », commente Thomas d'Aquin<sup>354</sup>. De même, la monnaie existe pour être consommée dans l'échange quelle que soit la finalité. Il conclut alors : « puisqu'on ne fait usage de l'argent qu'en le consommant et en le dissipant, il est injuste et illicite de recevoir quelque chose pour son usage ».

Pour les biens fongibles, le seul contrat acceptable est donc le *mutuum* ou prêt gratuit par lequel la propriété du bien est transférée à l'utilisateur qui a l'obligation de rendre, ensuite, le même type et la même quantité de biens. Le contrat, emprunté au droit romain, s'apparente à une vente et non à une location. On ne peut donc pas exiger « deux compensations » : la restitution d'une même quantité d'argent et le prix de son usage, ou « l'usure ». Les choses qui se consomment par l'usage ne sont pas susceptibles d'usufruit.

En revanche, pour les biens non fongibles, comme une maison ou une terre, l'usage est séparable de la propriété. On peut alors, selon Thomas d'Aquin<sup>355</sup>, « licitement retirer quelque chose pour l'usufruit d'une maison et en exiger en plus de l'entretien, comme on le voit dans les baux et les locations ». Dans ce cas, deux modalités sont alors parfaitement légitimes ; on peut envisager des contrats de prêt gratuit, *commodatum*<sup>356</sup>, ou bien des contrats de prêt non gratuit, *locatio*. Dans le cas de la location, le propriétaire cède l'usage du bien, mais en garde la nue-propriété et le locataire acquitte le prix de l'usage de ce bien non fongible.

La position de Thomas d'Aquin<sup>357</sup> est très claire : « il n'est pas permis de recevoir en retour du prêt quelque chose d'estimable à prix d'argent, à moins qu'on ne le reçoive à titre de don gratuit », affirme-t-il en s'appuyant sur Ezéchiel (XVIII, 17) « il n'a pris ni usure, ni intérêt ». En revanche, il admet que « celui qui prête peut convenir avec l'emprunteur d'une indemnité pour la perte que lui cause la privation de l'argent qu'il devrait avoir. Car ce n'est pas là vendre de l'argent, c'est éviter une perte »<sup>358</sup>. Cette disposition, le *lucrum cessans* (gain manqué), est utilisée pour permettre au prêteur d'obtenir le même profit qu'il aurait pu avoir dans un emploi différent de son argent. Le théologien introduit donc la notion de rémunération du manque à gagner ou de coût d'opportunité. Il prévoit également d'autres « titres extrinsèques » qui permettent au créancier la perception éventuelle, en toute justice, d'un surplus au-delà du remboursement de la somme prêtée afin de compenser les dommages subis par le créancier à cause de l'emprunteur, précise McCall (2008, page 570). Il peut s'agir, par exemple, d'un défaut de

<sup>354</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu.78, art. 1.

<sup>355</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu.78, art. 1.

<sup>356</sup> Le *commodatum* ou commodat est un contrat de prêt gratuit pour un bien non-consommable avec l'obligation de rendre ensuite le même bien.

<sup>357</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu.78, art. 1.

<sup>358</sup> *Ibid.*

remboursement à la date prévue (*damnum emergens* ou *poena*) ou d'une perte liée à l'immobilisation de la somme prêtée. Pour les moralistes chrétiens, c'est l'esprit de la loi qui prévaut.

Rémunérer la contrepartie d'un coût d'opportunité est donc licite mais s'approprier le surplus d'un échange grâce à son pouvoir de négociation est prohibé par les théologiens. Il s'agit bien d'analyser l'intention pour déterminer le sens moral ou non du prêt.

L'autre apport de Saint Thomas concerne le partage du gain, du croît, selon une clef définie *ex ante*. En fonction de l'objet des prêts, Thomas d'Aquin<sup>359</sup> définit des règles différentes : « celui qui prête de l'argent transfère la propriété de son argent à l'emprunteur ; par conséquent celui qui emprunte possède la somme à ses risques et périls et il est tenu de la rendre intégralement. Le prêteur ne doit donc pas exiger davantage. Mais celui qui prête son argent à un marchand ou à un artisan avec lequel il s'est associé ne lui transmet pas la propriété de la somme, il en reste toujours le propriétaire, de telle sorte que c'est à ses risques et périls que le marchand commerce sur son argent ou que l'artisan travaille. C'est pourquoi il peut licitement recevoir une partie du gain qui résulte de là, comme étant le fruit de la chose ». Ici, l'argent est productif et le prêteur court un risque ; il ne s'enrichit pas d'une façon disproportionnée eu égard à la responsabilité engagée. Dans cette hypothèse, ce n'est plus un simple prêt, mais un contrat de société. Des pertes potentielles du prêteur doivent, par symétrie, résulter des gains potentiels, ce qui s'apparente aux actions et aux dividendes actuels. Ainsi, la présence d'un risque concernant l'issue des opérations « justifiera, aux yeux du moraliste, la revendication d'un revenu spécifique lorsque ce risque est associé à la propriété. Bien sûr, cette association est fragile et les menaces qui pèsent sur elle laissent entrevoir le jour où propriété et risque feront l'objet de transactions séparées » (Lapidus, 1991).

Il ne faut donc pas réduire le prêt à intérêt à son côté matériel : la livraison à l'emprunteur d'une certaine quantité de monnaie. Il s'agit bien de prendre en compte son côté économique : ce capital donne à l'emprunteur la faculté de se procurer des instruments de production et par suite d'accroître le rendement de son patrimoine. L'intérêt n'est autre chose qu'une part de ce croît lorsque le prêt sert à investir. Il est donc juste de partager le bénéfice qui résulte du prêt.

L'existence d'intérêt dans les prêts est très fluctuante selon les époques et les religions. Dans l'Antiquité, en Grèce, le prêt à intérêt n'était pas prohibé. A Rome, diverses lois se succédèrent pour limiter le taux d'intérêt en édictant des peines, sans succès. Elles furent contournées par des supercheries. En France, la loi religieuse interdisait l'intérêt ainsi que la loi civile, jusqu'au décret de l'Assemblée nationale du 3 octobre 1789. Après la Révolution française, l'activité bancaire et le prêt à intérêt devinrent libres. Toutefois, dès 1807, l'intérêt conventionnel fut limité par la loi du 3 septembre à 5 % en matière civile et à 6 % en matière de commerce pour éviter l'usure. Aujourd'hui, en France, la loi Lagarde de 2010 plafonne l'intérêt par un taux défini chaque trimestre par la Banque de France en fonction des taux effectifs moyens, pratiqués par les établissements de crédit pour chaque catégorie de prêt. L'objectif est d'éviter les abus et le surendettement des ménages. Ainsi, le processus continu de modification de la loi a souvent cherché à fixer les limites de l'intérêt pour protéger l'emprunteur.

## B. La spéculation : principes thomistes

Dans son étude des achats et des ventes, Saint Thomas s'appuie sur les notions de finalité de l'acte, de juste prix et d'utilité.

<sup>359</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu.78, art. 2.

Le gain « n'implique rien non plus qui soit absolument vicieux ou contraire à la vertu. Par conséquent, rien n'empêche qu'on ne le destine à une fin honnête ou nécessaire, et alors le négoce est permis », affirme le moraliste<sup>360</sup> qui distingue donc deux fins opposées : la nécessité et le gain. On ne peut pas être plus clair et plus nuancé. En toute chose, c'est la fin qui doit être recherchée. Notre auteur estime ainsi que le métier de négociant est dangereux car la recherche de l'argent, qui tend à devenir infinie, n'est pas, de soi, un but moral. Spicq (1934) s'insurge alors à propos de Thomas d'Aquin : « Il est impossible de lire ces textes sans étonnement, voire sans scandale, mais ils s'inspirent des principes absolus de la finalité humaine, et non de la devise des boutiquiers romains, *Salve lucrum !* ».

Toutefois Thomas va plus loin et accepte clairement le négoce. A la question<sup>361</sup> « Est-il permis dans le commerce de vendre plus cher qu'on achète ? », il répond que le négoce est permis « quand quelqu'un cherche à faire dans le commerce un bénéfice modéré pour soutenir sa famille ou pour secourir les pauvres ; ou quand quelqu'un s'applique au commerce dans l'intérêt général, pour que sa patrie ne manque pas du nécessaire ». Il juge le commerce en théologien et en moraliste, non en économiste.

En effet, pour Thomas d'Aquin, la valeur d'un bien est avant tout morale. C'est la résultante d'une entente entre deux personnes dans le cadre d'un échange, elle est déterminée par rapport à autrui et correspond à un équilibre tâtonnant qui ne lèserait aucune des parties contractantes. Il distingue ici la loi humaine et la loi divine. La loi humaine permet au vendeur de majorer le prix de sa marchandise et à l'acheteur de l'acheter moins cher, pourvu qu'il n'y ait pas de fraude et qu'on ne dépasse pas certaines limites. La loi divine va plus loin : elle considère comme un acte illicite le fait de ne pas observer l'égalité de la justice dans l'achat et dans la vente. Chacun doit choisir non son intérêt personnel mais le bien commun.

Il a cerné toute la complexité de la question : si le vendeur ne peut pas se prévaloir de la nécessité de l'acheteur pour vendre une chose plus qu'elle ne vaut, il accepte toutefois un prix variant selon les circonstances, les lieux et ne se base pas sur la valeur intrinsèque du bien, déterminable *a priori* et de manière exogène au marché. « Le juste prix n'a pas été ponctuellement déterminé », précise-t-il<sup>362</sup>.

Il ne construit pas non plus une approche fondée sur le prix concurrentiel, mettant en jeu le mécanisme de l'offre et de la demande qui prévaut aujourd'hui sur le marché financier. « Ce n'est qu'assez tardivement, sous l'influence, au XVI<sup>e</sup> siècle, de l'École de Salamanque et de son fondateur F. de Vitoria, que les mécanismes de marché furent explicitement pris en considération » (Lapidus, 1986).

Mais les théologiens font remarquer que le prix des marchandises doit être proportionné à l'utilité que les hommes peuvent en retirer, ce qui fait référence à la valeur d'usage. Le prix juste de la chose va dépendre du jeu subtil des avantages et préjudices que la vente et l'achat peuvent induire chez l'un ou l'autre acteur.

Thomas distingue la justice commutative et l'amitié utile. Dans la justice commutative, on considère principalement l'égalité des choses échangées (capacité des produits à entrer en rapport quantifiable entre eux). Mais dans l'amitié utile, on considère l'avantage qu'on en a retiré. C'est pourquoi la récompense doit être alors proportionnée à l'utilité qu'on en retire, tandis que dans l'achat elle doit être égale à la chose.

---

<sup>360</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 77, art. 4.

<sup>361</sup> *Ibid.*

<sup>362</sup> II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 77, art. 1.

La scolastique médiévale aide à concevoir des voies de développement pour la finance en accord avec la notion de Bien commun.

### III. QUELLES PISTES POUR REpondre AUX DEFIS A VENIR ?

On observe une remise en question du système financier actuel dans le monde académique et dans la population en général. Les Etats sont de plus en plus confrontés, pour contrôler les acteurs, à l'opacité croissante des marchés et à la mondialisation. Les phénomènes de mimétisme conduisent les agents dans la même direction et génèrent des bulles spéculatives, causes de déséquilibres sur le prix des biens, de risques systémiques et d'emballements nocifs pour la collectivité (crise grecque, *subprimes*). Ils sont aujourd'hui amplifiés par l'évolution technologique avec le *trading* algorithmique qui optimise les tâches de prise de décision d'investissement et le *trading* à haute fréquence qui multiplie le nombre d'ordres boursiers inaccessibles aux analyses humaines et exécutés en quelques microsecondes par informatique donc par des opérateurs virtuels.

Cette déconnexion croissante entre le besoin effectif de marchandises, l'économie réelle et les marchés financiers nuit à la formation des prix et peut être la cause d'insécurité, de dynamiques incontrôlables, voire de famine. Ainsi, en 2007, la multiplication par deux du prix du contrat à terme sur le blé coté sur Euronext NYSE Life causa des émeutes de la faim dans quarante pays d'Afrique et d'Asie.

Le *Rapport d'enquête sur les mécanismes de spéculation affectant le fonctionnement des économies*, présenté à l'Assemblée Nationale, regrette « un déficit de gouvernance mondiale face à l'ampleur des enjeux » dans un contexte où « le déficit de coordination des politiques nationales ne permet pas d'éviter une instabilité qui se diffuse à l'ensemble de la planète ». L'étude propose alors de développer « une réglementation plus contraignante » des marchés, d'augmenter les « moyens des autorités de régulation et de supervision », d'encadrer rigoureusement les banques et de favoriser « une coordination transatlantique ». Ainsi, l'intervention n'est plus possible seulement au niveau de l'Etat, présenté par Saint Thomas comme un instrument au service du Bien commun, dans la mesure où la finance est devenue supranationale dans un monde globalisé ; c'est d'ailleurs ce qui rend ses dérives actuelles difficilement contrôlables.

Dans ce contexte, quelles sont les pistes de développement apportées par la notion de Bien commun dans sa dimension prospective et par la théorie thomiste pour répondre au défi de demain de la vocation sociale de l'activité économique et financière ? Notre réflexion s'appuie sur les idées de partage équitable du gain, d'entraide par le don et de valeur d'usage mises en exergue par le Docteur Angélique.

#### A. L'émergence des modalités de financement par le partage

A Babylone (1793-1750 avant J.-C.) la notion d'intérêt était désignée par le mot *sibtu*, qui signifie le croît, l'accroissement d'un capital. En ce qui concerne les céréales, si le prêt était gratuit, le prêteur faisait donation de tout le croît. Dans le cas contraire, il pouvait, tout en rendant service à l'emprunteur, lui demander de partager avec lui une proportion déterminée du croît du capital. Dans le prêt à la production, nous retrouvons chez Saint Thomas et dans la finance islamique cette notion de partage, qu'il serait souhaitable de favoriser. Dans la mesure où il y a partage des risques, les bénéfices peuvent être partagés *ex post* entre les parties prenantes selon une clé définie *ex ante*. Dans la finance islamique les contrats *moudharaba* ou *mousharaka* s'appuient sur ce principe.

On retrouve aujourd'hui ce concept de partage de la ressource dans le financement participatif ou *crowdfunding* qui se développe et permet de financer l'économie réelle mais dans lequel la clé de répartition des bénéfices n'est pas définie *ex ante*. Dans ce système de financement désintermédié, de nombreuses personnes financent un projet qu'elles ont choisi de soutenir, souvent dans les TPE/PME et sans l'aide des acteurs traditionnels (les institutions financières ou les établissements de crédit). Les plateformes de financement se développent grâce à Internet ou aux réseaux sociaux et 7 % des français<sup>363</sup> ont déjà donné, prêté ou investi grâce à ce système. Cette tendance s'inscrit dans un mouvement plus global de la consommation collaborative et de la production participative. L'investisseur a une visibilité sur la destination et l'utilisation de son argent et donne du sens à son investissement.

Le partage des finances est aussi l'objet des CIGALES (Clubs d'Investisseurs pour une Gestion Alternative et Locale de l'Épargne Solidaire). Ces groupes de 5 à 20 personnes épargnent mensuellement pour s'investir solidairement dans des petits projets d'entreprise, souvent locales, et mettent de surcroît leurs compétences à la disposition des sociétés soutenues.

Le partage de l'argent est promu également par la finance solidaire dont le développement est récent sous ses formes institutionnelles actuelles, même si les valeurs dont elle est porteuse sont plus anciennes. Actuellement, les finances solidaires regroupent un ensemble d'organismes qui fournissent des prêts ou des participations en capital à d'autres structures de l'économie sociale et solidaire (associations, coopératives), à des personnes exclues des circuits bancaires classiques, à des entreprises favorisant l'agriculture biologique ou créées par des personnes en difficulté, par exemple. Elles reçoivent l'épargne d'investisseurs souhaitant que leurs fonds, vus comme « commun », soient placés dans une démarche d'entraide en acceptant d'en retirer une rémunération parfois un peu moins élevée.

Si toutes les banques françaises proposent des placements éthiques<sup>364</sup>, fondés sur une logique d'exclusion, elles ne proposent pas toutes, en revanche, des placements solidaires, basés sur une approche d'inclusion. Ces fonds sont développés notamment par le Crédit coopératif. Les autres banques coopératives, comme le Crédit agricole et le Crédit mutuel, par exemple, les commercialisent également, sans que cela ne représente toutefois un pourcentage vraiment significatif de leur activité. Ainsi, fin 2016, l'épargne financière des Français s'établissait à 4 764,7 milliards d'euros, selon la Banque de France, et la part de l'épargne solidaire dans ce patrimoine financier ne s'élevait qu'à 0,20 % (doublement<sup>365</sup> en cinq ans).

Nous pouvons enfin citer le développement récent des *social bonds* ou obligations ISR (Investissement Socialement Responsable). Créées avec un objectif d'entraide, ces obligations financent des projets ayant un impact social sur la vie des communautés en facilitant, par exemple, l'accès à l'école ou la création d'emploi. En 2012, Air Liquide fut le premier émetteur privé à se lancer sur ce marché pour financer l'activité de soins à domicile du groupe avec un coupon à taux fixe de 2,125 %. En 2018, Danone a émis un *social bond* affecté à la recherche sur la nutrition et à l'aide au développement d'une agriculture responsable. Le succès auprès des investisseurs a permis à l'émetteur de réduire le rendement offert qui ressort à 1,02 % pour une maturité de sept ans.

<sup>363</sup> Sondage réalisé par l'Institut Think pour Lendopolis et le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables à l'occasion du 22<sup>e</sup> Salon des Entrepreneurs, éd. 2015.

<sup>364</sup> Les fonds éthiques excluent des secteurs considérés « non éthiques » : les armes controversées (mines anti-personnel, armes biologiques, chimiques), le tabac ou, dans la finance islamique, le porc, la pornographie ou l'alcool.

<sup>365</sup> Rapport Finansol, *Zoom sur la finance solidaire*, 2017.

Les notions de finalité de l'acte et de partage de la ressource, mises en évidence par Saint Thomas, sont bien présentes dans ces produits financiers, certes marginaux. Les produits dits de « partage » proposent même d'aller plus loin avec le don d'une partie du gain du titulaire du compte. Dans cette catégorie de fonds solidaires, une fraction des intérêts est en effet reversée aux associations sous forme de don et, en contrepartie, l'épargnant bénéficie d'un cadre fiscal avantageux.

### B. La nécessité de concevoir un prêt « gratuit »

Pour justifier la nécessité du prêt gratuit, les théologiens du Moyen Âge s'appuient sur des textes religieux. L'Ancien Testament<sup>366</sup> est sans équivoque sur l'interdiction du prêt à intérêt dans l'Exode (XXII, 24) : « Si tu prêtes de l'argent à quelqu'un de mon peuple, au pauvre qui est avec toi, tu ne seras point à son égard comme un créancier, tu n'exigeras pas de lui d'intérêt ». Le Coran condamne également le prêt à intérêt sans ambiguïté : « Ô croyants ! Craignez Dieu ; et renoncez au reliquat de l'intérêt usuraire, si vous êtes croyants. Et si vous ne le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part de Dieu et de Son messenger » (Sourate II, versets 278 et 279). L'idée est de développer l'entraide. Aussi observe-t-on dans l'histoire que les prêts à la consommation gratuits soudent les membres de la communauté et contribuent à son existence, comme le prouve le recueil des lois promulguées à Babylone par le roi Hammourabi.

Dans cet esprit, le microcrédit a été créé en 1976 par un économiste du Bangladesh pour octroyer de petits prêts presque « gratuits », de faible ampleur et de courte durée aux personnes exclues du système bancaire traditionnel pour leur permettre d'acheter des matières premières ou des poules afin de développer une activité économique. Le pari était de favoriser un écosystème qui permette à des familles, des tribus, des villages de trouver un équilibre économique et de subvenir à leurs besoins primaires. Le microcrédit a trouvé son essor dans les pays en voie de développement car il y avait un besoin réel de financement de création d'entreprises et de développement d'infrastructures (puits, écoles, etc.) demandant très peu de capitaux.

Malheureusement, il a souvent échoué dans son rôle d'outil de lutte contre la pauvreté car les fonds étaient utilisés pour la consommation ou à cause de débouchés insuffisants pour l'activité ou encore quand le coût financier du prêt était supérieur au bénéfice monétaire de l'activité additionnelle créée. De surcroît, les projets financés par un partage de la ressource ont rarement été gérés comme des biens communs. Ainsi, considérer la source du financement comme un commun nécessite de porter une attention nouvelle sur le fonctionnement des structures et du secteur dans son ensemble. « Monnaie et finance peuvent devenir des communs, mais le renouvellement d'une ressource dans l'ordre monétaire et financier est différent de celui que l'on observe dans la nature. La condition première du renouvellement des prêts est leur remboursement : les prêts remboursés peuvent être prêtés à nouveau, soit à d'autres, soit aux mêmes emprunteurs dans une série successive de prêts », observe Servet. « On voit ainsi qu'en matière monétaire et financière, la défense des communs ne passe pas par une politique conservatrice ou protectrice de la ressource en tant que telle, mais suppose son renouvellement. Ce renouvellement par une réinjection permanente dans les circuits de financement s'oppose à une stérilisation de la ressource au nom d'une préservation des droits de propriété privés »<sup>367</sup>. Ainsi, lorsque les prêts ne sont pas remboursés, la monnaie ne peut plus être utilisée comme commun. Or, petit à petit, les ménages avec un microcrédit ont commencé à contracter des prêts pour rembourser leurs premiers emprunts avec un enchaînement de dette et un surendettement. Le taux de remboursement des ménages

<sup>366</sup> D'autres textes réproouvent l'usure dans l'Ancien Testament dans le *Deutéronome* (XXIII, 20-21) et dans le Nouveau Testament dans l'*Évangile de saint Luc* (VI, 34).

<sup>367</sup> Servet.



s'est effondré et les institutions de microfinance ont été touchées par une crise de liquidité provoquant des conséquences économiques et sociales désastreuses. De surcroît, les marchés financiers ont dévoilé leur appétit pour la microfinance et les nouveaux entrants ont proposé des taux de plus en plus élevés, d'où l'échec partiel de ce système de prêt.

A l'heure où, en France, la moitié des ménages est endettée, il s'agit d'explorer des formes justes et équitables de prêts développées dans un esprit de soutien mutuel à l'instar des Mont-de-Piété, ancêtre du Crédit municipal de Paris. Créés en Italie au XV<sup>e</sup> siècle pour combattre l'usure et permettre l'accès au crédit à moindre coût, ces établissements proposaient des prêts sur gage « gratuits », autrement dit à faible taux d'intérêt pour couvrir les frais de fonctionnement.

Ainsi, mettre la finance au service du Bien commun pourrait correspondre à développer une finance inclusive<sup>368</sup>, c'est-à-dire, une finance qui aide à combattre l'exclusion en tenant compte de l'apport pour la vie sociale et pas uniquement de la rentabilité financière.

### C. L'émancipation de la valeur d'usage

Pour Saint Thomas la valeur d'un bien ne doit pas dépendre de la nécessité de l'acheteur mais de l'utilité, de l'usage, du bienfait que l'on peut en retirer. Elle est donc subjective et dépend de l'utilisateur et des circonstances. Cependant, à mesure que se sont effacés les idéaux médiévaux, s'est imposée une problématique de justice commutative, dans laquelle prévaut la valeur d'échange (déterminée par le marché) qui n'a alors cessé d'occulter la valeur d'usage et l'idée d'un bien commun avec l'utilité que les produits procurent aux consommateurs. Toutefois, ce concept de valeur d'usage resurgit depuis peu dans l'orbe de tout un ensemble de questionnements théoriques sur le caractère durable du développement économique et sur les craintes de ne pouvoir léguer aux générations futures les biens naturels. En effet, « des choses qui ont la plus grande valeur en usage n'ont souvent que peu ou point de valeur en échange », précise Adam Smith. « Il n'y a rien de plus utile que l'eau mais elle ne peut presque rien acheter ; à peine y a-t-il moyen de rien avoir en échange »<sup>369</sup>.

Mais la valeur de l'environnement peut venir aussi bien de nos besoins présents que d'une utilité potentielle dans le futur. A partir de cette réflexion, la finance peut jouer un rôle positif dans les grands enjeux écologiques avec les *green bonds* (obligations vertes), émises par une collectivité locale ou une entreprise pour financer les projets à bénéfice environnemental (investissement dans les transports, gestion des ressources rares comme l'eau), et les *climate bonds* (obligations climat). Ces dernières sont un sous-ensemble des *green bonds*. Elles sont émises surtout par les grands financeurs publics internationaux ou par les entreprises (EDF, Engie) pour financer les projets qui limitent les émissions de carbone. La France est le deuxième émetteur de *green bonds*, derrière la Chine et devant les Etats-Unis. Ce marché prometteur a connu une très forte croissance depuis 2013. Toutefois, les *green bonds* ne représentent encore qu'une toute petite fraction (à peine 0,15 %) de l'ensemble des encours obligataires dans le monde.

Mais disons-le tout de suite, « il existerait une synergie positive entre la performance sociétale et la performance financière avec un "cercle vertueux" » (Marie-Jeanne) dans la mesure où les mauvaises pratiques environnementales, sociales et de gestion finissent toujours par aboutir à une destruction de

<sup>368</sup> L'inclusion financière (ou finance inclusive) est l'offre de services financiers et bancaires de base à faible coût pour des consommateurs en difficulté et exclus des services traditionnels. L'inclusion financière est donc le pendant de « l'exclusion bancaire » qui est directement liée à l'exclusion sociale.

<sup>369</sup> Smith.

valeur pour les entreprises concernées, sous forme d'amendes (pour pollution par exemple), d'indemnités ou de détérioration de l'image de marque. Les fonds ISR environnementaux, construits sur le thème de l'eau ou des énergies renouvelables, proposés par les banques, sont ainsi souvent très performants sur le plan de la rentabilité, d'où leur attrait financier.

Par ailleurs, réintroduire la valeur d'usage semble primordial à une époque où le prix des matières premières agricoles est lié aux aléas de la spéculation, sans tenir compte de la nécessité de l'acheteur ou du vendeur. A titre d'illustration, le *squeeze* consiste à créer une situation réelle ou artificielle de rareté du sous-jacent grâce à d'importants volumes d'achats sur le marché à terme et sur le marché physique, ce qui entraîne une hausse des prix avec des bénéfices élevés à la revente pour les spéculateurs et des famines pour les acheteurs tributaires de la valeur de marché, c'est-à-dire du prix, valeur d'échange.

Comment trouver un équilibre pour que la valeur d'usage soit prise en compte ? « Pour que la valeur d'usage s'exprime, il faut que les personnes portant le projet collectif affirment celle-ci en termes de bien-être collectif et de moyens à mobiliser pour y parvenir, avec la mise en place d'une finance cohérente avec elle », propose Paraque.

Ainsi, la philosophie thomiste nous invite à remettre en question les présupposés du système financier moderne basé sur la maximisation de la rentabilité à court terme et à réintroduire les notions de Bien commun et de partage qui étaient de plus en plus occultées.

Cette étude a ébauché quelques pistes pour montrer comment la finance peut être un instrument au service du Bien commun, dans le cadre de la finance participative, de la finance solidaire ou des *social bonds*, et comment l'argent peut être destiné à un usage commun pour permettre à des communautés de développer une activité économique et de subvenir à leurs besoins, grâce au microcrédit. Par ailleurs, la finance semble être un soutien précieux pour la préservation de notre environnement avec les *green bonds* et les *climate bonds*.

Jean Tirole, prix Nobel d'économie, constate dans son livre *Economie du bien commun* que « même dans le "monde libre", le pouvoir politique a perdu de son influence, au profit de la loi du marché et de nouveaux acteurs », comme les autorités indépendantes de régulation, organes non soumis à la primauté du politique. Cette finance autonome et indépendante à l'égard du politique peut-elle avoir le sens du Bien commun politique d'une Cité ? La mutualisation ou la finance alternative, en permettant de s'écarter de cette finance vagabonde, peuvent y contribuer. Si l'Etat a parfois des difficultés à pallier les défaillances du marché, notamment pour des raisons de territorialité juridictionnelle face à une finance typiquement apatride, il peut toutefois favoriser les placements financiers qui concourent au Bien commun en incitant ses entreprises et ses citoyens à investir dans des instruments d'entraide. Son intervention peut s'appuyer sur la loi qui est, selon Saint Thomas<sup>370</sup>, « un ordre de la raison tendant au bien général, promulgué par celui qui a soin de la communauté ». En ce sens, le droit est aussi le moyen pour une société de concevoir une réponse constructive aux dérives de la financiarisation de l'économie et d'ordonner la cité vers le Bien commun.

---

<sup>370</sup> I<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, qu. 90, art. 4.

### *Bibliographie*

- AQUIN T. (d'), (1852), *Somme théologique*, Traduction de C.-J. Drioux, Ed. Belin.
- ARISTOTE, (1848), *La politique*, Traduction de J. Barthélémy-Saint-Hilaire, Dumont.
- ARISTOTE, (2014), *Ethique à Nicomaque*, Traduction (1959) J. Tricot, Editions Les Echos du Maquis.
- BENOIT XVI, (2009), *Lettre encyclique Caritas in Veritate*, Editions Saint-Paul.
- Conseil Pontifical « Justice et Paix », (2005), *Compendium de la doctrine sociale de l'Eglise*, Bayard-Cerf-Fleurus-Mame.
- DAGUET F., (2014), « Le bien commun dans la théologie politique de saint Thomas d'Aquin », *Revue thomiste*, n°CXIV, pp. 95-128.
- DARDOT P., LAVAL C., (2014), *Commun – Essai sur la révolution au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, La découverte.
- LAPIDUS A., (1986), *Le détour de valeur*, Economica.
- LAPIDUS A., (1991), « Le cœur et les mains : le rôle de l'information dans la doctrine médiévale de l'usure », *Economie et sociétés*, n° 15, mai, pp. 31-60.
- MANCEL J.-F. (2010), *Rapport d'enquête sur les mécanismes de spéculation affectant le fonctionnement des économies*, Assemblée Nationale, Rapport n° 3034, 14 décembre.
- MARIE-JEANNE C., (2004), Finance et éthique, la réconciliation ?, *Revue d'Economie Financière*, n° 74, p. 319-332.
- MCCALL B.M., (2008), « Unprofitable Lending: Modern Credit Regulation and the Lost Theory of Usury », *Cardozo Law Review*, vol. 30-2, January, pp. 548-615.
- MODDE A., (1949), « Le Bien Commun dans la philosophie de saint Thomas », *Revue philosophique de Louvain*, vol. 47, n° 14.
- OSTROM E., (2010), *Gouvernance des biens communs – Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, De Boeck.
- PARANQUE B., (2016), La finance comme commun : un idéal-type pour des émancipations, *Revue de la régulation*, 20, 2<sup>e</sup> semestre, Automne.
- PLATON, (2016), *La République*, Traduction Georges Leroux, Flammarion.
- SAMUELSON P., (1954), The Pure Theory of Public Expenditure, *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, n° 4, nov., p. 387-389.
- SMITH A., (1776), *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Edition traduite en 1881 par Germain Garnier.
- SERVET J.-M., (2015), La finance et la monnaie comme un « commun », *Etude pour l'Institut Veblen pour les réformes économiques*, mai.
- SPICQ C., (1934), La moralité du commerce – Les leçons d'une crise au XIII<sup>e</sup> siècle, *La Vie Intellectuelle*, 25 avril, pp. 460-482.
- TIROLE J., (2018), *Economie du bien commun*, PUF.

### L'Étude

## La rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme des Etats de l'Afrique noire francophone : cas du Cameroun, Benin, Tchad et Gabon

Jacques **BIPELE KEMFOUEDIO**,  
Chargé de cours, Habilité à Diriger des Recherches (HDR) en droit public,  
Université de Dschang, Cameroun

### **R**ésumé

Le nouveau constitutionnalisme, né en Afrique noire francophone au lendemain du vent de démocratisation, était porteur d'espoir de la rationalisation d'un Exécutif autocratique. Hélas, cet espoir demeure tempéré dans cette partie du continent noir, en général, et au Cameroun, Benin, Tchad et Gabon, en particulier. La présente réflexion expose, d'une part, de 1990 à 2000, une rationalisation opérationnelle de l'Exécutif marquée par la limitation de ses pouvoirs dans le premier cycle du nouveau constitutionnalisme, d'autre part, depuis 2000, une mise en berne de la rationalisation de l'Exécutif à travers la résurgence du renforcement desdits pouvoirs dans le second cycle. L'étude débouche sur les mesures à prendre en vue de la mise en place d'un constitutionnalisme adapté aux réalités africaines et de nature à entraîner une réelle normalisation de l'Exécutif ainsi que l'affermissement de l'Etat de droit.

### Abstract

The new constitutionalism born in black Francophone Africa at the dawn of the new democracy brought hope to the rationalisation of an autocratic Executive. Unfortunately, this hope is undermined. In this part of the continent in general, and in Cameroon, Benin, Chad and Gabon in particular. This present study highlights on a one hand, a rationalisation of the Executive marked by a limitation of its powers in the first phase of the new constitutionalism which runs from 1990-2000. On the other hand, it is concerned with the issue of the rationalisation of the Executive since 2000 through the resurgence of the reinforcement of the said powers. This study presents measures to be taken in view of putting in place a constitutionalism adapted to the African realities and to ensure a real normalisation of the Executive, as well as strengthening the rule of law.

### Introduction

L'une des moissons précieuses qu'on souhaitait récolter en Afrique noire francophone, après le passage du vent de l'Est dédié à la démocratisation, était la rationalisation irrévocable d'un Exécutif qui avait les allures d'un pouvoir tout-puissant. Hélas, le nouveau constitutionnalisme mis en place dans cette partie du continent n'a pas réussi à le rationaliser c'est-à-dire à normaliser, limiter et contenir définitivement

cet Exécutif dans des proportions justes, logiques et aptes à impulser les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit. La rationalisation de l'Exécutif renvoie ainsi à la normalisation et à la canalisation de ses prérogatives dans des limites justes et raisonnables.

L'Exécutif intègre à la fois le président de la République et le gouvernement<sup>371</sup>. Il est l'ensemble des organes gouvernementaux et administratifs qui sont non seulement chargés de la mise en œuvre des lois mais aussi de la définition de la politique de la nation et qui possèdent une prépondérance dans l'initiative législative<sup>372</sup>. Il découle de cette définition que le pouvoir exécutif a toujours pris en charge les fonctions suprêmes. Cette primauté du pouvoir exécutif<sup>373</sup> viendrait, entre autres, du fait qu'il est « *le premier pouvoir de l'Etat, celui dont les autres se sont détachés, mais qui demeure leur souche commune* »<sup>374</sup>. Ce triomphe de l'Exécutif<sup>375</sup>, qu'on note dans les Etats de l'Afrique noire francophone en général et au Cameroun, au Bénin, au Tchad et au Gabon en particulier, a tendance à mettre en péril les droits de l'Homme, la démocratie et l'Etat de droit. La montée en puissance du pouvoir exécutif, à travers le renforcement de ses prérogatives, est devenue un rituel dans le continent noir. Cette liturgie a fini même par entraîner en sa faveur le renforcement de la conception majestueuse du pouvoir qui peut être monocéphale ou bicéphale. Le pouvoir exécutif peut être monocéphale : dans ce sens, le président de la République est chef de l'Etat et chef du gouvernement. Les cas du Bénin au regard de la Constitution du 11 décembre 1990<sup>376</sup> et du Tchad en vertu de la Constitution du 4 mai 2018<sup>377</sup> sont illustratifs. L'Exécutif peut aussi être bicéphale : sous cet angle, il existe un président de la République, chef de l'Etat, et un premier ministre, chef du gouvernement. Les cas du Cameroun sur la base de la Constitution du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008<sup>378</sup> et du Gabon sur la base de la Constitution du 26 mars 1991 révisée, entre autres, le 12 janvier 2018<sup>379</sup> sont significatifs. L'Exécutif, qu'il soit monocéphale ou bicéphale, occupe une place privilégiée dans le nouveau constitutionnalisme.

Le constitutionnalisme renvoie à l'idée de l'encadrement juridique du pouvoir politique comme l'expriment le professeur Louis Favoreu et autres<sup>380</sup>. Dès lors, l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics sont soumis à des règles établies par le corps social au sens de Rousseau<sup>381</sup>. Ces règles s'imposent aux organes de l'Etat, aussi bien dans leurs relations horizontales réciproques<sup>382</sup> que dans les relations verticales avec les citoyens<sup>383</sup>. Le constitutionnalisme est perçu comme « *une doctrine fondée sur la défense de la supériorité de la Constitution à l'égard des autres règles de droit en vue d'assurer la limitation du pouvoir politique* »<sup>384</sup>. Il s'agit d'un « *mouvement tendant à concevoir la Constitution comme*

<sup>371</sup> Voir titre II de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée le 14 avril 2008, titre III de la Constitution tchadienne du 4 mai 2018, titre II de la Constitution gabonaise révisée le 12 janvier 2018, titre III de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, titre IV de la Constitution congolaise du 6 novembre 2015 adoptée par referendum du 25 octobre 2015, titre III de la Constitution sénégalaise révisée le 5 avril 2016, titre III de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 adoptée par referendum du 30 octobre 2016, titre III de la Constitution de la RCA du 30 mars 2016 adoptée par référendum du 14 décembre 2015.

<sup>372</sup> Ch. Debbasch et Y. Daudet, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1978, p. 113.

<sup>373</sup> Voir à ce sujet, M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1929, pp. 388 et ss.

<sup>374</sup> *Ibid*, p. 388.

<sup>375</sup> Notons qu'aujourd'hui, on assiste dans beaucoup d'Etats à un déclin progressif du pouvoir législatif et du parlement qui l'incarne. Par contre, on voit une montée en puissance du pouvoir exécutif et des autorités gouvernementales. Ainsi, dans les Etats de l'Afrique noire francophone, on note une conception majestueuse de ce pouvoir. Cette conception désormais consacrée induit un renforcement généralisé de ce pouvoir qui devient un effet de mode en Afrique.

<sup>376</sup> Cf. articles 41 et 54 de la Constitution.

<sup>377</sup> Cf. article 84 de la Constitution.

<sup>378</sup> Cf. articles 5 (1) et 12 (1) de la Constitution.

<sup>379</sup> Articles 8 et 29 de la Constitution.

<sup>380</sup> L. Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2017, p. 59.

<sup>381</sup> J.-J. Rousseau, *Contrat social ou principes du droit politique*, Genève, Marc-Michel Bousquet, 1762, pp. 10 et ss.

<sup>382</sup> Voir F. Delpere, « Ce que je crois ou le constitutionnalisme », in *Présence du droit et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 211-221.

<sup>383</sup> *Ibidem*.

<sup>384</sup> R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Lexis Nexis, 8<sup>e</sup> éd., 2016, p. 144.

*instrument de limitation de l'arbitraire politique* »<sup>385</sup>. Selon Philippe Raynaud, le constitutionnalisme désigne « les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire « indépendante », rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité des lois à la Constitution et à ses principes généraux, et non pas simplement à la légalité des actions du pouvoir exécutif et de l'administration »<sup>386</sup>. En tant que théorie du droit, le constitutionnalisme insiste de ce fait sur le rôle et la fonction de la Constitution dans la hiérarchie des normes par rapport à la loi ainsi que sur le contrôle de la constitutionnalité des lois. Cette idée est bien ancrée dans le nouveau constitutionnalisme entendu comme le constitutionnalisme contemporain ou le constitutionnalisme d'aujourd'hui<sup>387</sup>, tel qu'il se manifeste en Afrique noire francophone depuis le début de la décennie 1990 jusqu'à nos jours, avec l'émergence des juridictions constitutionnelles<sup>388</sup> issues de nouvelles Constitutions. Le nouveau constitutionnalisme induit alors deux choses : la première est la limitation du pouvoir, c'est-à-dire la séparation des pouvoirs dans sa conception contemporaine, laquelle postule l'existence d'un juge constitutionnel chargé d'assurer effectivement la soumission du pouvoir politique (exécutif et législatif) à la Constitution et le règne de l'Etat de droit, en précisant la teneur de la Constitution. La seconde est la garantie des principales libertés.

L'Afrique noire francophone depuis l'avènement du constitutionnalisme des années 1990, dit nouveau constitutionnalisme, a connu deux cycles, vagues ou générations. Le premier cycle de ce constitutionnalisme couvre la décennie 1990 c'est-à-dire 1990-2000. Il est caractérisé par la limitation des pouvoirs de l'Exécutif à travers l'expansion des droits et libertés, l'émergence des contre-pouvoirs, la limitation de mandats présidentiels, le souci de consolidation de la démocratie et de l'affermissement de l'Etat de droit. Le second cycle a commencé depuis l'an 2000 jusqu'à nos jours. Il est marqué par une remise en cause de certaines valeurs de la démocratie et de l'Etat de droit. On y note le retour à l'hégémonie des pouvoirs du président de la République, la résurgence dans certains pays de l'illimitation de mandats présidentiels, la prolifération des actes injustifiables de l'Exécutif, bref des manipulations nocives ou intempestives de la Constitution dans l'intérêt du renforcement exagéré des pouvoirs du chef de l'Exécutif. Le nouveau constitutionnalisme employé dans le cadre de la présente étude intègre les deux cycles ou générations.

Le choix des quatre pays dans le cadre de cette étude n'est pas neutre. Le Cameroun, le Tchad et le Gabon ont connu deux cycles ou vagues du constitutionnalisme contemporain enclenché depuis 1990 en Afrique. Le Bénin quant à lui a connu un seul cycle en vertu de sa stabilité constitutionnelle depuis 1990. Le Cameroun et le Gabon ont un Exécutif bicéphale, un mandat présidentiel illimité dans le nombre, un régime politique semi-présidentiel *de jure* et présidentieliste *de facto*<sup>389</sup>. Le Bénin et le Tchad ont un Exécutif monocéphale, un mandat présidentiel limité dans le nombre, un régime politique présidentiel sur le plan théorique et présidentieliste sur le plan pratique. Ainsi, le choix de ces pays semble pertinent pour mieux rendre compte des considérations nouvelles sur l'Exécutif et précisément de la problématique de la rationalisation du pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme contemporain.

<sup>385</sup> O. Beaud, « La Constitution et le droit constitutionnel », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Quadrige-Lamy, 2010, p. 261.

<sup>386</sup> P. Raynaud, « constitutionnalisme », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 266.

<sup>387</sup> J. L. Seurin et autres, *Le constitutionnalisme d'aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, pp. 35 et ss.

<sup>388</sup> Th. Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, pp. 101-114.

<sup>389</sup> Lire sur la question G. Conac, « Le présidentielisme en Afrique noire, unité et diversité, essai de typologie », in *CEAN, L'évolution récente du pouvoir en Afrique noire*, Bordeaux, 1977, pp. 2 et ss ; J. Gicquel, « Le présidentielisme négro-africain, l'exemple camerounais », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, pp. 702 et ss ; Y.S. Lath, « La pérennisation du présidentielisme dans les Etats d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique », *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, Etudes cordonnées par F.J. Aivo, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 285 et ss.

Sans être un thème vulgaire ou une problématique de premier ordre, la réflexion consacrée à la rationalisation de l'Exécutif reste un sujet digne d'intérêt. Cet intérêt est à la fois scientifique et pratique. Sur le plan scientifique, les débats sur la rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme demeurent d'actualité et peuvent être renouvelés sous l'angle où les auteurs ne s'intéressent pas ou s'intéressent très peu. Il s'agit d'une contribution nouvelle dirigée vers un champ de recherche encore en friche et qui mérite, à travers cette étude, d'être déblayé. Sur le plan pratique, la présente étude expose et examine les tendances de la rationalisation de l'Exécutif à l'ère du constitutionnalisme contemporain.

Comment se décline la rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme des Etats de l'Afrique noire francophone en général et au Cameroun, Benin, Tchad et Gabon en particulier ? La réponse à cette question autorise de mettre en exergue l'espoir mitigé qui entoure la rationalisation de ce pouvoir dans cette zone. Pour mieux aborder cette recherche, un recours sera fait à la dogmatique<sup>390</sup> et à la casuistique<sup>391</sup>. Ces deux méthodes seront complétées par un appel au droit comparé<sup>392</sup>. Notre approche sera ainsi juridique. A cette approche, il faudra adjoindre les techniques de recherches<sup>393</sup> qui se présentent sur deux points à savoir la technique documentaire<sup>394</sup> et celle axée sur l'enquête<sup>395</sup>. La conjugaison de ces considérations méthodologiques permet d'exposer dans une analyse minutieuse la trajectoire de la rationalisation du pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme contemporain. Il s'agit concrètement dans la présente réflexion de mettre en exergue la période de gloire de cette rationalisation ainsi que son affaiblissement issu entre temps des mutations de certaines dispositions constitutionnelles. Ainsi, à l'examen du nouveau constitutionnalisme en Afrique noire francophone, il convient de noter, d'une part, de 1990 à 2000, une rationalisation opérationnelle de l'Exécutif marquée par la limitation de ses pouvoirs (I), d'autre part, depuis l'an 2000, une mise en berne de la rationalisation de l'Exécutif à travers la résurgence du renforcement desdits pouvoirs (II).

### I. DE 1990 A 2000, UNE RATIONALISATION OPERATIONNELLE DE L'EXECUTIF

Le premier cycle du nouveau constitutionnalisme en Afrique noire francophone, en général, et au Cameroun, Benin, Tchad et Gabon, en particulier, est marqué par une limitation des pouvoirs de l'Exécutif. On comprend dès lors que ces pouvoirs, bien qu'immenses<sup>396</sup>, ne sont pas absolus. L'Exécutif dans le constitutionnalisme contemporain reste encadré et contrôlé. Le but recherché est de parvenir à sa rationalisation. Cette dernière passe par les actions des contre-pouvoirs qui ont une influence sur l'Exécutif (A) et par la limitation de mandats présidentiels (B).

<sup>390</sup> La dogmatique permet d'analyser, d'interpréter et de commenter les textes juridiques relatifs à la question traitée.

<sup>391</sup> La casuistique, quant à elle, s'analyse en l'étude et commentaire des décisions de justice encore appelées jurisprudence dont l'appréciation critique donne une idée de l'application et du respect du droit en vigueur.

<sup>392</sup> Le professeur Roland Drago attirait déjà l'attention du chercheur en droit sur l'importance du recours au droit comparé : « *tout juriste est un comparatiste car, il gagne une faculté d'approfondissement des notions fondamentales et une certaine modestie à l'égard de son droit national* » (cf. R. Drago, « Droit comparé », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 456).

<sup>393</sup> Selon Madeleine Grawitz, « *toute recherche ou application de caractère scientifique en science sociale, comme dans les sciences en général, doit comporter l'utilisation des procédés opératoires rigoureux, bien définis, transmissibles, susceptibles d'être appliqués à nouveau dans les mêmes conditions, adaptés au genre de problème en cause. Ce sont là des techniques. Le choix de ces techniques dépend de l'objet poursuivi, lequel est lié lui-même à la méthode de travail* » (M. Grawitz, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 2001, p. 333). Pour le professeur Roland Drago, « *la technique de recherche consiste en une collecte des faits et informations, un outil mis à la disposition de la recherche, des moyens matériels prédestinés à la collecte et au traitement des données* » (R. Drago, « Droit comparé », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 456).

<sup>394</sup> La technique documentaire « *consiste en une fouille systématique de tout ce qui est écrit ayant une liaison avec le domaine de recherche* » (M. Grawitz, op. cit., p. 571).

<sup>395</sup> S'agissant de la technique par enquête, elle permet de recueillir auprès des citoyens et autorités habilitées à mettre le droit en application les éléments au sujet de cette mise en œuvre. Cette technique se sert des interviews ou questionnaires et permet de voir les difficultés d'application de la règle de droit. C'est d'ailleurs au regard de ces difficultés qu'on peut envisager, avec justesse, de nouvelles perspectives sur le sujet examiné.

<sup>396</sup> A.D. Olinga, « Le pouvoir exécutif dans la Constitution révisée », *Lex Lata*, février-mars 1996, n° 23-24, pp. 29 et ss.

### A. L'influence des contre-pouvoirs sur l'Exécutif

Le contre-pouvoir « est un pouvoir qui se veut contre un autre, c'est-à-dire en face-à-face, et partage de la légitimité d'un champ, d'une fonction ou d'une idée »<sup>397</sup>. L'objectif des contre-pouvoirs est de limiter l'exercice abusif des prérogatives de l'Exécutif, en tant que pouvoir hégémonique car, « tout homme qui dispose du pouvoir est tenté d'en abuser » et « pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir », écrivait Montesquieu<sup>398</sup>. Il s'agit à travers les contre-pouvoirs institutionnels (1) et non institutionnels (2) de rationaliser l'Exécutif, c'est-à-dire de le contrôler et de veiller à ce qu'il tempère son hégémonie à travers sa soumission à la règle de droit.

#### 1. Le contrôle des contre-pouvoirs institutionnels sur l'Exécutif

La démocratie ne peut véritablement exister en l'absence de contre-pouvoirs capables de limiter la toute-puissance des pouvoirs et notamment du pouvoir exécutif. C'est dans cette perspective que des contre-pouvoirs institutionnels<sup>399</sup> ont vu le jour dans le souci d'aboutir à un Exécutif rationalisé et au rééquilibrage des rapports entre cet Exécutif et les autres pouvoirs<sup>400</sup>. Ainsi, dans la démocratie constitutionnelle, tout pouvoir appelle un contre-pouvoir chargé de le contrôler en vue de le modérer. Généralement animés par l'idée des « *checks and balances* », la caractéristique des contre-pouvoirs est celle du « *containment* ». La mission des contre-pouvoirs est double : d'une part, contrôler et sanctionner les excès du « *pouvoir d'en face* » car, tout pouvoir est potentiellement dominant ; d'autre part, garantir l'équilibre général du système par des réajustements spontanés ou provoqués entre les pouvoirs. A l'analyse des Constitutions des Etats africains francophones, deux contre-pouvoirs ont été institués dans le souci de limiter la toute-puissance du pouvoir exécutif et le soumettre aux exigences de la règle de droit. Il s'agit du contre-pouvoir politique et du contre-pouvoir juridictionnel.

Parlant du contre-pouvoir politique, il convient de relever que son existence permet d'assurer le fonctionnement des institutions démocratiques. L'opposition parlementaire à ce sujet joue un rôle fondamental, car ses actions sont de nature à entraîner l'équilibre des pouvoirs. Olivier Duhamel et Yves Meny définissent l'opposition parlementaire comme « *les partis ou groupements politiques qui, au sein du parlement, sont en désaccord avec le gouvernement* »<sup>401</sup>. Le parlement, contrepoids de l'Exécutif, contrôle l'action gouvernementale à travers l'interpellation, les questions écrites et orales, les pétitions et les commissions parlementaires d'enquête<sup>402</sup>. La rénovation de la mission de contrôle de l'action gouvernementale permet au parlement d'affirmer sa capacité à s'identifier non pas seulement en un véritable pouvoir, un pouvoir libre et indépendant, mais aussi en un pertinent contre-pouvoir à l'égard de l'Exécutif. Cette fonction de contrôle prend deux aspects : le contrôle sans engagement de responsabilité<sup>403</sup>, d'une part, le contrôle avec possibilité d'engagement de responsabilité<sup>404</sup>, d'autre part.

<sup>397</sup> F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V<sup>e</sup> République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 64.

<sup>398</sup> C. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, t. I, Paris, Editions Garnier, 1956, pp. 161 sq.

<sup>399</sup> Sur la question, lire F. Hourquebie, « La Constitution du Bénin et la théorie des contre-pouvoirs », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, Etudes coordonnées par F.J. Aivo, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 367-379.

<sup>400</sup> La notion de contre-pouvoir se traduit par des interactions réciproques à l'intérieur d'un système concurrentiel au bénéfice de l'équilibre des pouvoirs. Cet équilibre nécessite un Exécutif normalisé et modéré.

<sup>401</sup> O. Duhamel, Y. Meny, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, PUF, mars 1992, p. 677.

<sup>402</sup> Cf. articles 35 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008, 113 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, 61 de la Constitution gabonaise révisée le 12 janvier 2018, 145 de la Constitution tchadienne du 4 mai 2018.

<sup>403</sup> Le contrôle sans mise en jeu de la responsabilité est consacré dans la Constitution et se réalise au moyen des questions au gouvernement. Par cette technique, le parlement entend s'informer sur le travail du gouvernement.

<sup>404</sup> Le contrôle avec mise en jeu de la responsabilité est la seconde modalité de contrôle qui peut conduire à la sanction à l'encontre du gouvernement. L'initiative peut provenir des parlementaires à travers la motion de censure ou du gouvernement à travers la question de confiance.



Dans les démocraties modernes, le véritable objectif du contrôle parlementaire n'est pas de créer des ennuis au gouvernement, mais de surveiller les administrations et d'obliger l'Exécutif à en corriger les erreurs<sup>405</sup>. A ce stade, l'opposition parlementaire devient indispensable comme en témoigne l'affaire de l'ex-ministre camerounais des postes et télécommunications Mounchipou Seidou déclenchée au Cameroun en 1999 par l'opposition parlementaire et plus précisément par les députés du Social Democratic Front (SDF)<sup>406</sup>.

On comprend dès lors que l'opposition parlementaire<sup>407</sup> joue deux fonctions capitales : d'une part, en assurant une mission de contre-pouvoir dans les Chambres, elle permet d'éviter la toute-puissance de la majorité pouvant conduire à des atteintes au droit des minorités. D'autre part, elle permet le pluralisme politique et favorise la possibilité d'une alternance indispensable en démocratie. Sous cet angle, l'opposition politique devient « *un attribut nécessaire de la démocratie* »<sup>408</sup>, qui permet d'assurer la légitimité du système dans son ensemble. C'est donc à juste raison que le constituant sénégalais dès le préambule de la Constitution reconnaît l'opposition comme « *un pilier fondamental de la démocratie et un rouage indispensable au bon fonctionnement du mécanisme démocratique* »<sup>409</sup>. De ce point de vue, il est très difficile d'envisager un Etat démocratique en l'absence d'une véritable opposition susceptible de remplacer la majorité. Ce dernier point représente le talon d'Achille du constitutionnalisme africain. Les actions de contestation, de dénonciation, de boycott et de contrôle engagées dans les assemblées parlementaires par les partis de l'opposition comme le Social Democratic Front (SDF) au Cameroun, l'alliance Parti National pour la Démocratie et le Développement (PNDD) – Parti du Renouveau Démocratique (PRD) au Bénin, l'Union Nationale pour la Démocratie et le Renouveau (UNDR) ou l'Union pour le Renouveau et la Démocratie (URD) au Tchad, le Rassemblement National des Bûcherons (RNB) ou encore le Parti Gabonais du Progrès (PGP) au Gabon, illustrent au cours de la décennie 90 la place incontestable de l'opposition dans la rationalisation de l'Exécutif et la construction de la démocratie.

Mais, cette opposition, au regard de ses missions, était perçue par les gouvernants comme « *une hérésie par rapport aux valeurs politiquement correctes du moment* »<sup>410</sup> et un danger qu'il faille tenir loin du pouvoir politique. Les stratégies faites au Cameroun, au Bénin, au Tchad et au Gabon visant à déstabiliser les partis de l'opposition et les maintenir dans un état d'inféodation en constituent une preuve.

En dépit de tout, on ne doit pas nier le rôle important joué par le parlement, surtout l'opposition parlementaire, dans la rationalisation de l'Exécutif au cours du premier cycle du nouveau constitutionnalisme en Afrique noire francophone. A travers sa mission de contrôle, de dénonciation et de contestation, cette opposition parlementaire s'est affirmée comme un véritable contre-pouvoir de l'Exécutif. Dans le souci d'une efficacité accrue de leurs missions, les parlementaires, en général, notamment ceux de l'opposition, en particulier, « *doivent bénéficier de prérogatives supplémentaires pour être en mesure d'œuvrer de concert avec la majorité gouvernementale, ainsi que de contrôler l'action du gouvernement et de la critiquer si besoin* »<sup>411</sup>. Ainsi donc, les démocraties africaines désireuses de

<sup>405</sup> B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 29<sup>e</sup> éd., 2012, p. 566.

<sup>406</sup> Déclenchée par les parlementaires du parti de l'opposition SDF, qui avaient d'ailleurs sollicité la mise en place d'une commission d'enquête parlementaire pour le contrôle de la gestion de l'ex-ministre Mounchipou Seidou, l'affaire a abouti à sa condamnation à vingt ans d'emprisonnement ferme. Il lui était reproché les faits de détournement des fonds publics à travers le fractionnement des marchés et les marchés fictifs.

<sup>407</sup> P. Jan, « Les oppositions », *Pouvoirs*, 2004, n° 108, p. 29.

<sup>408</sup> G. Schmitz, « L'opposition dans un régime parlementaire », Publication GC, décembre 1988, p. 2. En ligne < [www.publication.gc.ca/collection-R/LoPBdP/BP/bp47-htm](http://www.publication.gc.ca/collection-R/LoPBdP/BP/bp47-htm) >, consulté le 27 mars 2019.

<sup>409</sup> Voir préambule de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001 révisée le 5 avril 2016.

<sup>410</sup> Mbodj El Hadj, « Les garanties et éventuels statuts de l'opposition en Afrique », *Symposium international de Bamako*, avril 2000, p. 346.

<sup>411</sup> Union Interparlementaire, « Statut-type de l'opposition au parlement », *Séminaire parlementaire sur les relations entre partis majoritaires et minoritaires dans les parlements africains*, Libreville, 17-19 mai 1999, p. 3.

consolider leur pluralisme devraient définir explicitement les droits de l'opposition dans les Constitutions. Mais, quoi qu'il en soit, l'affirmation de la nécessité d'une opposition parlementaire ne suffit pas pour normaliser efficacement l'Exécutif. Il faut y associer les contre-pouvoirs juridictionnels.

Comme les contre-pouvoirs politiques, les contre-pouvoirs juridictionnels, encore appelés contre-pouvoirs juridiques, peuvent être définis comme l'ensemble des institutions disposant d'une autorité de la chose jugée. Il s'agit, non seulement du pouvoir judiciaire, mais aussi, des juridictions constitutionnelles. La justice, en tant qu'institution, est aujourd'hui considérée dans son ensemble comme le dernier rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone. Cette justice doit tenir le pari de disqualifier l'arbitraire des gouvernants et d'assurer corrélativement la protection juridictionnelle des citoyens. L'enracinement de l'organe et l'essor de son rôle sont devenus incontestables dans le paysage juridictionnel africain. Dans le principe, l'intervention du juge (judiciaire, administratif ou constitutionnel) vise à soumettre l'administration et plus précisément les membres du pouvoir exécutif au respect de la règle de droit qui régit l'exercice des pouvoirs, à contenir les privilèges dans les limites que leur assigne la norme juridique et à permettre aux administrés, soit de paralyser une activité administrative irrégulière, soit d'obtenir une certaine compensation pour les préjudices qu'elle a pu leur causer. C'est ce qui explique la condamnation récurrente de l'administration relevant du pouvoir exécutif au cours de la décennie 90 tant au Cameroun, au Bénin, au Tchad qu'au Gabon<sup>412</sup>.

Puisque le pouvoir principal s'incarne en la personne du président de la République, le principe des contre-pouvoirs exercé par la juridiction judiciaire, administrative et surtout constitutionnelle est de modérer l'influence de celui-ci, qu'il s'agisse d'interroger ou, si nécessaire, de contrer ses décisions quand celles-ci sont jugées mauvaises. En Afrique noire francophone, on a assisté régulièrement à l'annulation de nombreux actes de l'Exécutif, parce que non conformes à la règle de droit ou peu respectueux des droits de l'homme<sup>413</sup>. De tous les juges sus-évoqués, la place accordée au juge constitutionnel dans le nouveau constitutionnalisme est capitale. Cela ne devrait en être autrement car, « *l'idée de justice constitutionnelle est intimement liée au développement du constitutionnalisme entendu comme un mouvement tendant à soumettre le fonctionnement des pouvoirs publics à un ensemble des règles établies* »<sup>414</sup>. Si les contre-pouvoirs, à l'instar des juridictions constitutionnelles, disparaissent ou s'affaiblissent, alors le pouvoir principal s'en trouve omnipotent. Les contre-pouvoirs exercés par les juridictions constitutionnelles en Afrique devraient en principe consister en une atténuation de la toute-puissance présidentielle. Ils doivent mettre fin à l'arbitraire et à l'hégémonie présidentielle. C'est dans cette perspective que le juge constitutionnel est considéré comme la figure centrale de la démocratie et de l'Etat de droit. A ce titre, il est appelé à contribuer, d'une part, à la préservation du principe de la séparation des pouvoirs et, d'autre part, à l'équilibre desdits pouvoirs. A partir de là, « *la démocratie constitutionnelle peut être présentée comme un espace d'articulation des pouvoirs et des contre-pouvoirs* »<sup>415</sup>.

<sup>412</sup> Lire B.D. Coulibale, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », *Afrilex*, janvier 2013, pp. 1-35, disponible sur [afrilex.u-bordeaux4-fr/le-juge-administratif-rempart-de.html](http://afrilex.u-bordeaux4-fr/le-juge-administratif-rempart-de.html), consulté le 17 mai 2019.

<sup>413</sup> Voir à titre illustratif la Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 33-94 du 24 novembre 1994 portant annulation d'un décret du président de la République interdisant Madame ou Messieurs les conseillers à la Cour l'appartenance ou l'adhésion à un parti politique ; Décision DCC 18-094 du 3 juin 1994 portant annulation des arrêtés interministériels portant discriminations injustifiées ; CS/CA du Cameroun, jugement n° 42/96 697 du 5 décembre 1996, *Etablissements Gortzounian contre Etat du Cameroun* ; CS/CA, jugement n° 60/96-97 du 27 mars 1997, *Diocèse de Sangmélina contre Etat du Cameroun*, etc.

<sup>414</sup> M. Froment, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 2.

<sup>415</sup> F. Hourquebie, « Pouvoir constituant et contre-pouvoir », *ATDC, Le pouvoir constituant aujourd'hui*, Tunis, 16-17 novembre 2006, p. 4.

Dans tous les cas, l'efficacité du contre-pouvoir juridictionnel reste tributaire de la manière par laquelle les décisions du juge s'imposent à l'égard de tous et de manière absolue lorsqu'elles sont définitives. Cette efficacité devient le baromètre de la légitimité fonctionnelle de ce juge. Le cas béninois est illustratif. Dans ce pays, le juge se comporte, structurellement, comme un véritable contre-pouvoir : il modère, freine, empêche les pouvoirs, tout en participant, réécrivant ou modifiant le sens de la norme. Sous cet angle, la Cour constitutionnelle béninoise semble s'affirmer en « *co-auteur de la constitution* » voire en « *co-constituant décomplexé* » selon les termes du Professeur Alain Ondoua<sup>416</sup>. La Constitution béninoise, en consacrant l'existence d'une véritable Cour constitutionnelle<sup>417</sup> dont l'audace jurisprudentielle est appréciable<sup>418</sup> et en consacrant l'existence d'un incontestable pouvoir judiciaire composé de la Cour suprême, des Cours d'appel et des Tribunaux<sup>419</sup> et dont l'article 125 précise l'indépendance, va tout à fait dans le sens de la construction d'un contre-pouvoir juridictionnel authentique et capable de rationaliser l'Exécutif c'est-à-dire de contrôler ses actions et les maintenir dans des proportions justes, raisonnables et conformes aux exigences de la démocratie et de l'Etat de droit. Le Gabon s'efforce à affirmer l'audace de son juge constitutionnel qui, à l'instar du juge béninois, peut être saisi par tout citoyen dont les droits ont été violés par les pouvoirs publics. De même, ce juge interprète, réécrit ou modifie le sens de la norme constitutionnelle<sup>420</sup>.

Il est ainsi loisible de noter que dans le premier cycle du nouveau constitutionnalisme, en dehors des actes de gouvernement au sens strict<sup>421</sup> ou des actes qualifiés comme tels<sup>422</sup>, tous les actes des membres de l'Exécutif, y compris les actes du président de la République sont justiciables devant le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire et parfois constitutionnel (cas du Benin et du Gabon). Cette situation contribue sans nul doute à la rationalisation de l'Exécutif à travers les contre-pouvoirs juridictionnels puisque tous les actes administratifs entachés d'excès de pouvoir et pris par le chef ou membres de l'Exécutif étaient susceptibles de recours juridictionnels en annulation et/ou en indemnisation. A cette période, les actes du président de la République n'étaient pas encore placés dans l'injusticiabilité comme c'est le cas aujourd'hui dans l'immense majorité des Etats d'Afrique noire francophone à la faveur de nouvelles dispositions constitutionnelles<sup>423</sup>.

Comme on peut le constater, les contre-pouvoirs institutionnels remplissent une fonction d'adaptation constante et de modération permanente par le contrôle structurel de la frontière des compétences des autres pouvoirs. Malheureusement, ces contre-pouvoirs institutionnels, dans l'immense majorité des Etats africains et plus précisément au Cameroun, au Gabon, au Tchad et au Bénin, sont neutralisés par le pouvoir exécutif. Cette neutralisation passe par l'immixtion intempestive de l'Exécutif dans les domaines

<sup>416</sup> A. Ondoua, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? », Rapport de synthèse des travaux, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, op. cit., p. 797.

<sup>417</sup> Voir articles 114 à 124 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

<sup>418</sup> Voir A. Ondoua, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? », Rapport de synthèse des travaux, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, op. cit., p. 797.

<sup>419</sup> Voir titre VI de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 suscitée.

<sup>420</sup> En novembre 2018, la Cour constitutionnelle gabonaise a complété certaines dispositions de la Constitution en lieu et place du constituant. Le nouvel alinéa ajouté à l'article 13 de la Constitution gabonaise dispose qu'« en cas d'indisponibilité temporaire du président (...) certaines fonctions (...) peuvent être exercées, selon le cas, soit par le premier ministre, sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle ». C'est en application des dispositions de l'alinéa ajouté à l'article 13 de la Constitution que la Cour constitutionnelle, en sa qualité d'organe régulateur du fonctionnement des institutions, a autorisé le vice-président de la République à convoquer et à présider un Conseil des ministres qui portera exclusivement sur l'ordre du jour joint à la requête du premier ministre.

<sup>421</sup> La définition d'acte de gouvernement donnée par le Conseil d'Etat français dans l'affaire *Prince Napoléon* exclut désormais le mobile politique. Il s'agit des actes concernant les rapports de l'Exécutif avec le Parlement ainsi que ceux mettant en cause les rapports du gouvernement avec un Etat étranger ou un organisme international (CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*).

<sup>422</sup> C'est le cas, par exemple, au Cameroun des actes portant désignation des chefs traditionnels, des actes pris pour le règlement des litiges portant sur la limite des circonscriptions administratives, des actes portant désignation des membres d'Elections Cameroon (ELECAM), les actes du président de la République pris sur la base des articles 5, 8, 9 et 10 de la Constitution du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008.

<sup>423</sup> Voir dans la présente étude le 2 du B du II consacré à la prolifération des actes injusticiables.

législatif et judiciaire. En effet, dans le souci de préserver la suprématie présidentielle, le chef de l'Exécutif détient d'importants pouvoirs en matière législative et judiciaire comme il sera démontré dans les lignes à venir<sup>424</sup>. Au regard de cette situation inconfortable, les contre-pouvoirs institutionnels se trouvent parfois neutralisés et affaiblis. Ce qui explique le recours aux contre-pouvoirs non institutionnels, lesquels exercent aussi le contrôle sur l'Exécutif.

### 2. Le contrôle des contre-pouvoirs non institutionnels sur l'Exécutif

Les contre-pouvoirs non institutionnels renvoient dans le cadre de cette étude au tiers pouvoir<sup>425</sup> c'est-à-dire aux pouvoirs qui s'exercent en dehors du cadre institutionnel. Le tiers pouvoir correspond à un ensemble de structures formelles et indépendantes des institutions dont le principal objectif est de participer à la vie démocratique. Il apparaît dès lors comme « *une forme d'expression et d'organisation du peuple contre le pouvoir politique prétendument démocratique* »<sup>426</sup>. En effet, lorsque les décisions sont destinées à l'ensemble de la société et non pas seulement aux institutions, et dans un contexte où l'effectivité des contre-pouvoirs traditionnels (parlement, justice) est affaiblie, il est logique que des contre-pouvoirs non institutionnels censurent les actions des gouvernants pour limiter les excès. De ce point de vue, ces contre-pouvoirs non institutionnels permettent une « *expression publique qui est en soi un acte politique* »<sup>427</sup>. Leur existence favorise « *le jeu démocratique qui se réduirait au face-à-face gouvernants/gouvernés* »<sup>428</sup>. Ainsi, les groupes d'intérêt sont des composantes des contre-pouvoirs non institutionnels ou du tiers pouvoir. Le tiers pouvoir peut être assimilé ainsi à la notion de société civile c'est-à-dire à « *un ensemble d'organisation structurée ayant une activité propre et s'accomplissant dans le cadre des lois et libertés citoyennes* »<sup>429</sup>. C'est parce que la notion de société civile permet de faire un lien entre la limitation du pouvoir exécutif et la démocratisation qu'elle est assimilable à celle de tiers pouvoir qui implique aussi une diversification et une multiplication des expressions de la souveraineté du peuple.

Dans un contexte où les contre-pouvoirs institutionnels (parlement et justice) sont en complicité avec le pouvoir exécutif, on assiste depuis un certain temps en Afrique à une multiplication des revendications d'une citoyenneté qui vise à reconnaître des droits sociaux, économiques ou encore catégoriels<sup>430</sup>. Ces nouveaux acteurs non institutionnels constituent des groupes de pressions. En effet, dans un contexte de présidentialisme paternaliste, la multiplication de ces tiers pouvoirs peut permettre de « *tempérer la tyrannie de la majorité* »<sup>431</sup> et la puissance de l'Exécutif. A l'inertie ou à l'inefficacité des contre-pouvoirs institutionnels, répond désormais la mobilisation des tiers pouvoirs dont l'objet n'est pas l'accession au pouvoir d'Etat, mais sa réorientation sur les objectifs portés par le peuple ou aussi l'alternance à la tête du pouvoir. Sous cet angle, les actions des tiers pouvoirs sont favorables à la standardisation de l'Exécutif puisqu'elles visent, entre autres, à limiter les abus ou les excès des gouvernants.

<sup>424</sup> Voir dans la présente étude le 1 du B du II consacré à l'hypertrophie des pouvoirs du président de la République.

<sup>425</sup> Sur la notion, voir aussi D. Rousseau, « L'ouverture du droit constitutionnel aux tiers pouvoirs », in C.M. Herrera et S. Pinon (dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris, éd. Kimé, 2012, pp. 159-164.

<sup>426</sup> F. Borella, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Presses de sciences politiques, Références, 2008, p. 310.

<sup>427</sup> J.-L. La Ville, R. Sainsaulieu, *L'Association*, Pluriel, 2013, p. 22.

<sup>428</sup> B. Nabli, « Etat de droit et contre-pouvoirs », en ligne : < <http://ojiv.org/les-autres-rencontres-de-lojiv/debat-sur-les-libertes-publiques/etat-de-droit-et-contre-pouvoirs> >, consulté le 21 mars 2019.

<sup>429</sup> Cf. F. Ly-Fall, « Le nouveau contre-pouvoir au Sénégal : quand le Hip Hop transforme le regard sur la participation citoyenne », in *De la démocratie participative au Sénégal*, novembre 2013, 18 p.

<sup>430</sup> F. Borella, « Souveraineté nationale et pluraliste des citoyennetés », *Mélanges en l'honneur de Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2001, p. 16.

<sup>431</sup> *Ibid.* p. 90.

La limitation du pouvoir qui, à cet égard, constitue un enjeu essentiel pour le constitutionnalisme ne saurait réduire son objet aux rapports de force entre pouvoir et contre-pouvoirs institutionnels. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'intervention de nombreux syndicats à l'instar du syndicat national des enseignants du Supérieur au Cameroun, de celui du personnel de la santé ou encore du syndicat des enseignants du secondaire. A côté de cette forme classique de revendication des groupes organisés, s'émergent aussi une nouvelle forme axée sur les revendications populaires dans la rue.

Les revendications populaires, comme contre-pouvoirs, prennent depuis un certain temps de l'ampleur en Afrique et se manifestent dans la rue avec des pancartes portant des messages. De cette manière, en favorisant l'expression publique du plus grand nombre, les tiers pouvoirs veulent représenter les intérêts du peuple ou du moins d'une partie importante de celui-ci avec pour objectif d'influencer les pouvoirs politiques et ainsi contribuer à éviter la tyrannie de la majorité<sup>432</sup>. La décennie 90 en Afrique noire francophone a été caractérisée par des revendications dont le but était de limiter les excès de pouvoir des dirigeants ainsi que les comportements dictatoriaux. Ces comportements se sont poursuivis au-delà de la décennie 90. Dans ce sens, le soulèvement populaire de février 2008 au Cameroun pouvait bien être considéré comme la révolte d'un peuple opprimé en quête de démocratie et d'affirmation de sa dignité<sup>433</sup>. Les revendications populaires dans la rue, hier et aujourd'hui, sont la preuve de défense des droits d'un peuple désireux d'intervenir directement dans l'arène politique sans compter sur la représentation traditionnelle. Elles visent à contrôler et limiter les actions de l'Exécutif afin d'affermir la démocratie et l'Etat de droit. En Afrique, continent au sein duquel la démocratie et l'Etat de droit sont encore à la recherche de leurs repères, les revendications populaires visent, entre autres, à favoriser l'alternance au pouvoir. Dans les pays où le code électoral est taillé à la mesure des intérêts des détenteurs du pouvoir pour les maintenir à vie audit pouvoir, il est parfois pertinent de faire recours à la rue pour obtenir l'alternance. C'est d'ailleurs ce qui s'est passé en Algérie et au Soudan. Dans ces deux pays, le soulèvement du peuple a abouti en avril 2019 à la démission des présidents de la République Abdelaziz Bouteflika de l'Algérie et Omar El-Bechir du Soudan. Mais, dans les Etat-gendarmes à forte connotation autoritaire, ces revendications populaires sont réprimées énergiquement.

Quoi qu'il en soit, l'émergence des tiers pouvoirs favorise une réhabilitation du gouvernement du peuple sans pour autant oblitérer le régime représentatif, mais en indiquant le danger d'une gouvernance sans le peuple<sup>434</sup>. A travers leurs actions de contrôle et de revendication, les contre-pouvoirs non institutionnels tempèrent l'hégémonie des gouvernants, incitent la séparation des pouvoirs et participent à la rationalisation de l'Exécutif.

Au-delà de tout, les contre-pouvoirs, qu'ils soient politiques, juridiques ou pas, institutionnels ou non institutionnels, ont pour effet de limiter la puissance de l'appareil dirigeant de l'Etat<sup>435</sup>. Ils assurent la respiration d'un système démocratique en permettant le contrôle régulier des organes investis. Ils sont donc vitaux pour le bon exercice de la démocratie. Selon le professeur Pierre Avril, les contre-pouvoirs sont la transposition moderne, dans un sens plus complexe, de la séparation des pouvoirs au sens de Montesquieu<sup>436</sup>. Ils s'incorporent dans un objectif global de limitation des pouvoirs de l'Exécutif et

<sup>432</sup> B. Pascal définit la tyrannie comme le fait de « (...) vouloir avoir par une voie ce qu'on ne peut avoir que par une autre », in *Pensées et opuscules*, Paris, Hachette, 1946, pp. 483-484. Cette position est reprise par M. Walzer qui assimile la tyrannie à la prédominance d'un bien hors de sa sphère. Pour le philosophe américain, il existe différentes sphères dans la société et les sphères doivent coexister dans une « égalité complexe » c'est-à-dire un arrangement institutionnel où chaque sphère est soumise à des règles particulières et a des rapports d'égalités avec les autres. In *Sphère de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997, pp. 45 et ss.

<sup>433</sup> G. Mbra Guerandi, « Repenser un modèle de démocratie participative au Cameroun », *CJDHR*, vol. 2, juin 2008, p. 4.

<sup>434</sup> *Idem*.

<sup>435</sup> P. Pactet et F. Melin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 28<sup>e</sup> éd., 2009, p. 14.

<sup>436</sup> P. Pierre, « Les contre-pouvoirs institutionnels », *Projet*, 1980, n° 150, p. 1190.

conséquemment de sa rationalisation. La limitation de mandats présidentiels s'inscrit dans la même perspective.

### B. La limitation de mandats présidentiels

La limitation de mandats est un second volet de la normalisation de l'Exécutif. Elle permet d'éviter non seulement la gestion à vie des affaires publiques par une seule personne mais aussi la possibilité d'exercice héréditaire des fonctions de l'Etat. Le mandat devient de ce fait un élément important de l'encadrement du pouvoir dans la mesure où il est vu comme le rapport entre le représentant et le représenté<sup>437</sup>. L'intérêt accordé au mandat devient capital lorsqu'il touche le président de la République. Au regard de la rationalisation de l'Exécutif, le mandat présidentiel soulève deux préoccupations : la première est relative à sa limitation quant à la durée (1), la seconde concerne la limitation quant au nombre (2).

#### 1. La limitation de la durée du mandat présidentiel

La durée du mandat présidentiel est le temps légalement reconnu au président de la République après son élection pour exercer ses fonctions. Au Cameroun, par exemple, cette durée est de sept ans<sup>438</sup>. Au Bénin, elle est de cinq ans<sup>439</sup>, au Tchad de six ans<sup>440</sup> et au Gabon de sept ans<sup>441</sup>. On comprend ainsi que la durée du mandat présidentiel en Afrique noire francophone varie en fonction des pays. Certains Etats ont opté pour un mandat de quatre ans<sup>442</sup> ou de cinq ans<sup>443</sup>. D'autres ont adopté un mandat de six ans<sup>444</sup> ou de sept ans<sup>445</sup>. Quelle qu'en soit la durée du mandat instituée, il convient de retenir que la fin du mandat présidentiel permet aux Etats démocratiques d'organiser les élections libres et transparentes afin de faciliter la circulation des élites au sommet de l'Etat. Cette alternance est un vecteur de crédibilité démocratique. Pour la faciliter, le constituant nigérien a clairement affirmé qu'« *en aucun cas, nul ne peut ... proroger le mandat (présidentiel) pour quelque motif que ce soit* »<sup>446</sup>. Il revient ainsi au président de la République sortant l'obligation de déclencher et de bien superviser le processus électoral destiné à cette fin. Le respect du calendrier électoral garantit une rotation des élites gouvernantes. Sous cet angle, la limitation de la durée du mandat présidentiel devient un élément d'encadrement de l'Exécutif et de sa standardisation car, elle permet aux représentés (mandants) de juger la représentation (mandat) de son représentant (mandataire) et de tirer les conséquences. C'est pourquoi, la durée du mandat ne doit pas être trop longue. Elle doit être raisonnable pour faciliter le contrôle des actions effectuées au cours d'une période donnée. D'ailleurs, « *le pouvoir trop prolongé corrompt plus profondément* »<sup>447</sup>. Cette durée raisonnable adoptée dans la majorité des Etats est de cinq ans. Ce qui permet d'éviter une dérive oligarchique au pouvoir. Cette attitude liée à la durée raisonnable du mandat favorise l'émergence d'une pensée nouvelle ainsi que la normalisation de l'Exécutif.

<sup>437</sup> G. Moyen, « L'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain : Les cas du Congo, du Bénin et du Togo », *Annales de l'Université Marien Ngouabi*, 2009, 10 (3), p. 48.

<sup>438</sup> Voir article 6 alinéa 2 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996, version révisée le 14 avril 2008.

<sup>439</sup> Cf. article 42 (1) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

<sup>440</sup> Cf. article 66 de la Constitution tchadienne du 4 mai 2018.

<sup>441</sup> Cf. article 9 alinéa premier (nouveau) de la loi n° 001/ 2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution gabonaise.

<sup>442</sup> C'est le cas des Comores, du Ghana, du Nigéria...

<sup>443</sup> C'est le cas du Bénin, du Burkina Faso, de l'Afrique du Sud, de l'Algérie, de la Gambie, de la Guinée, de l'Ile Maurice, du Mali, de la Mauritanie, du Niger, de la RCA, de la RDC, du Sénégal, du Togo, de la Tunisie, de la Zambie...

<sup>444</sup> C'est le cas du Djibouti, de l'Ethiopie, du Libéria, du Tchad...

<sup>445</sup> C'est le cas du Congo, du Cameroun, du Gabon, de la Guinée équatoriale, du Rwanda...

<sup>446</sup> Article 47 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2011.

<sup>447</sup> Voir O. Duhamel, *Le quinquennat*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2000, p. 100.

L'un des atouts de la limitation de la durée du mandat est qu'elle permet aux dirigeants de ne pas avoir trop de temps pour affaiblir l'autorité des autres pouvoirs ou marginaliser leurs adversaires politiques. Cet élément contribue encore à la rationalisation de l'Exécutif en ce qu'il permet aux contre-pouvoirs institutionnels et non institutionnels ainsi qu'à l'ensemble des populations de contrôler efficacement les actions de l'Exécutif, de dresser le bilan d'une période précise et de voir s'il y a lieu de renouveler encore ou non la confiance. Ainsi, avec la limitation de la durée de mandats présidentiels, « *celui qui obéit devrait avoir espoir qu'il commandera un jour, et celui qui commande devrait se dire que dans un temps court, il aura à obéir* »<sup>448</sup>. Dans cette perspective, les détenteurs du pouvoir exécutif sont donc tenus, lors de l'exercice du mandat en cours, de remplir leurs fonctions de manière convenable, de produire des résultats pour laisser un héritage positif à leur successeur ou pour briguer un autre mandat. A cet effet, ils sont obligés d'agir toujours dans des proportions justes, raisonnables et aptes à impulser les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit, faute de quoi, ils pourraient être sanctionnés en fin de mandat par les électeurs, si les élections sont libres, transparentes et honnêtes. On comprend dès lors que la limitation de la durée de mandats permet de promouvoir l'alternance démocratique. De ce fait, elle favorise la bonne gouvernance. Ce qui est en adéquation avec le maintien de l'Exécutif dans des normes standards, car la bonne gouvernance contribue de manière importante à la normalisation des pouvoirs de l'Exécutif et plus précisément de son chef. En effet, ayant peur d'être déçu lors de la prochaine élection, le président de la République en exercice est tenu dans un Etat qui se veut démocratique de limiter ses pouvoirs et de n'agir que dans les proportions que lui confèrent la Constitution et autres textes de la République. Sous cet angle, ses pouvoirs deviennent standardisés et réduits à des éléments justes et logiques. La limitation de mandats dans sa durée contribue ainsi à la rationalisation de l'Exécutif. Cela a été démontré en Afrique noire francophone en général et particulièrement au Bénin au cours de la décennie 90 avec le vent de la démocratisation.

Néanmoins, il importe de rappeler que dans certains pays, la durée de mandats présidentiels fait régulièrement l'objet des manipulations constitutionnelles car, au regard des intérêts en jeu, on peut quitter d'un mandat de quatre ans à celui de six ans ou d'un mandat de cinq ans à celui de sept ans. De même, le respect de l'horloge électorale n'est pas la chose la mieux partagée dans les Etats de l'Afrique noire francophone. Les chefs d'Etat au pouvoir frissonnent toujours à la fin de leur mandat et ont tendance dans les Etats virtuellement démocratiques à proroger ledit mandat pour demeurer au pouvoir<sup>449</sup>. Le cas du Niger en 2010, sous la présidence de Mamadou Tandja, est illustratif<sup>450</sup>. C'est pourquoi, il est important pour les constituants de prendre des précautions juridiques nécessaires en prescrivant formellement dans la Constitution qu'en aucun cas, un président de la République en exercice ne peut abrégé le mandat pour se faire élire<sup>451</sup> ou proroger ledit mandat pour quelque raison que ce soit<sup>452</sup>. Un tel garde-fou juridique contribuerait davantage à la rationalisation de l'Exécutif. La limitation du nombre de mandats présidentiels vise le même objectif.

<sup>448</sup> Voir Cicéron, cité par M.P. Petracca, « Rotation in office: the history of an idea », in H. Edward (dir.), *The politics and law of term limits*, Crane and Roger Pilon, Washington DC, CATO Institute, 1994, p. 21.

<sup>449</sup> Sur la prorogation du mandat présidentiel, la majorité des Etats d'Afrique noire francophone a préféré garder le silence, occasionnant par là un vide juridique. Ce vide juridique permet au détenteur du pouvoir en temps utile de faire valoir à son profit la maxime « *tout ce qui n'est pas interdit est autorisé* ». Le Niger en a fait l'exception en proscrivant formellement la prorogation du mandat présidentiel. L'article 47 de la Constitution du 25 novembre 2010 révisée le 8 juin 2017 dispose : « *en aucun cas, nul ne peut ... proroger le mandat pour quelque motif que ce soit* ».

<sup>450</sup> En effet, à l'approche de la fin de son mandat prévue pour décembre 2009, le président Mamadou Tandja a décidé de prolonger son mandat de deux années supplémentaires afin, dit-il, de terminer certains chantiers qu'il a entrepris. Son engagement de se maintenir au pouvoir à la fin de son mandat l'a poussé à dissoudre la Cour constitutionnelle qui s'opposait à son projet et à nommer de nouveaux membres et président qui ont accompagné le processus de révision constitutionnelle à son terme. Seulement, le 18 février 2010, un coup d'Etat est venu mettre un terme à cette ambition.

<sup>451</sup> La Constitution gabonaise révisée le 12 janvier 2018 dispose en son article 11(3) que le président de la République « *ne peut écourter son mandat de quelque manière que ce soit pour en solliciter un autre* ».

<sup>452</sup> A titre d'exemple, la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 l'a prévu déjà à l'article 74 (2).

### 2. La limitation du nombre de mandats présidentiels

La limitation du nombre de mandats présidentiels n'est pas une spécificité africaine. Aux Etats Unis, la limitation a été une coutume constitutionnelle pendant plus d'un siècle avant d'être consacrée en 1947 par le 22<sup>e</sup> amendement de la Constitution. En France, le principe de la limitation à deux du nombre de mandats présidentiels successifs a d'abord été institué en 1848 sous l'influence d'Alexis de Tocqueville, ensuite pratiqué à la faveur de la Constitution d'octobre 1946<sup>453</sup> et enfin systématisé dans le cadre de la réforme instituant le quinquennat<sup>454</sup>. En Afrique, les clauses limitatives du nombre de mandats présidentiels sont devenues la pierre angulaire des Chartes constitutionnelles de 1990. Les dirigeants africains, affaiblis par la vague de la démocratisation, ont été contraints d'accepter l'introduction de ces clauses. C'est pourquoi, la limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique noire francophone a toujours été considérée dans l'immense majorité des Etats comme l'une des innovations du nouveau constitutionnalisme des années 1990<sup>455</sup>. Elle s'inscrit en marge de la présidence à vie ou, à tout le moins, de la longévité au pouvoir qui avait été instituée par les régimes politiques à parti unique. La limitation de mandats est salutaire en Afrique au regard du fait que dans ce continent les élections ont été toujours entachées pour l'essentiel de fraudes massives.

L'innovation constitutionnelle tendant à la limitation de mandats a reçu un accueil mitigé : ses détracteurs la décrivent et soutiennent qu'elle constitue une négation de la souveraineté populaire en ce qu'elle remet en cause la capacité naturelle du peuple à distinguer le bon grain de l'ivraie, la vertu du vice<sup>456</sup>. Pour ces détracteurs, cette pratique est anti-démocratique puisqu'elle empêche à certains citoyens, bien qu'ayant déjà exercé la fonction présidentielle, d'être encore candidats à une élection alors qu'il revient au peuple souverain de limiter le mandat en votant contre un candidat qu'il juge défaillant ou inapproprié<sup>457</sup>. Ses défenseurs la célèbrent et pensent qu'elle permet de lutter contre l'anomalie que constitue l'existence des monarques de fait dans les Républiques africaines et facilite l'organisation d'élections politiques crédibles<sup>458</sup>. Ces élections favorisent le renouvellement régulier de la classe politique c'est-à-dire l'alternance démocratique<sup>459</sup>. Cette alternance est un contrepoids à l'hégémonie présidentielle puisqu'elle déclenche le mécanisme de responsabilisation des dirigeants. Elle contribue de ce fait à la rationalisation des prérogatives présidentielles ainsi qu'à la normalisation des pouvoirs de l'Exécutif.

De même, la limitation de mandats promeut le renforcement des capacités parmi les citoyens, favorise le développement des institutions étatiques, facilite la transition pacifique au pouvoir, stimule les détenteurs du pouvoir qui veulent à la fin de leur mandat laisser un bilan positif à se mettre au travail, limite les prérogatives de l'Exécutif sur le plan matériel ainsi que temporaire et participe à la rationalisation de ce pouvoir hégémonique. La limitation de mandats peut, de ce fait, être considérée,

<sup>453</sup> Voir à ce sujet l'article 29 de la Constitution française de 1946.

<sup>454</sup> Voir à ce sujet l'article 6 de la Constitution française de 1958.

<sup>455</sup> Il convient de rappeler qu'au Sénégal, la limitation ne résulte pas de la transition démocratique de 1990. Elle a été introduite pour la première fois par la loi n° 70-15 du 6 février 1970. Mais elle sera remise en cause par la loi n° 76-27 du 6 avril 1976. Elle sera réintroduite par la loi n° 91-46 du 6 octobre 1991 portant révision de la Constitution. La limitation de mandats à deux sera supprimée à nouveau avec la révision du 10 octobre 1998 avant d'être restaurée par la Constitution du 22 janvier 2001.

<sup>456</sup> Voir K. Ahadzi-Nonou, « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique », Leçon inaugurale, in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, op. cit., pp. 71.

<sup>457</sup> Lire à ce sujet, A. Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, 2003, n° 3, pp. 144 et ss.

<sup>458</sup> Sur la question, voir Mandela Institute for Development Studies, *L'efficacité des limites du nombre de mandats présidentiels en Afrique*, Dialogue annuel des jeunes Africains à MINDS, Edition 2016, pp. 11-15 ; Commission européenne pour la démocratie par le droit, Rapport sur les limitations de mandats, adopté par la Commission de Venise lors de sa 114<sup>e</sup> session plénière, Venise, 16 et 17 mars 2018, pp. 22.

<sup>459</sup> Sur ce point, on peut se référer aux cas ghanéen en 2000 avec Jerry Rawlings et 2008 avec John Kufuor, malien en 2002 avec Alpha Omar Konare, béninois en 2005 avec Mathieu Kerekou et en 2016 avec Thomas Yayi Boni, etc.



surtout dans les Etats où les élections ne sont pas libres, transparentes et honnêtes, comme un vecteur de développement de la démocratie. Sur ce point, le principe de la séparation des pouvoirs, le respect des libertés civiles et politiques, la tenue d'élections libres et transparentes, l'alternance et la consolidation de la paix sociale sont des éléments indicateurs qui, nés de la limitation de mandats, contribuent à la rationalisation de l'Exécutif.

A l'examen de certaines Constitutions des Etats africains, on note que la limitation de mandats présidentiels y figure en place privilégiée. En effet, le mandat présidentiel pour l'instant, et peut-être en attendant des éventuelles révisions constitutionnelles, est renouvelable une seule fois en Afrique du sud, au Benin, au Burundi, au Congo, au Ghana, au Tchad, en Guinée, au Mali, au Niger, en RCA, au Nigéria, en RDC, au Soudan, en Zambie, au Rwanda, en Mauritanie... Ce mandat est renouvelable deux fois au Seychelles.

Il importe de relever, qu'au cours de la décennie 90, le principe de la limitation du nombre de mandats était à la mode en Afrique noire francophone. La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 en son article 6 (2) l'avait consacré avant de revenir sur l'illimitation en avril 2008<sup>460</sup>. Ce qui a permis au président Paul Biya d'être réélu en 2011. Le Tchad l'a consacré aussi en 1996<sup>461</sup>, l'a retiré de la Constitution en 2005, ce qui a permis au président Idriss Deby Itno de briguer un autre mandat en 2006. Cette clause vient encore d'être intégrée dans la Constitution tchadienne en 2018. Le Gabon, pour sa part, avait introduit cette clause en 1991<sup>462</sup> et l'a supprimée en 2003 pour permettre à l'ex-président défunt Omar Bongo de se présenter autant de fois à l'élection présidentielle. Au Benin, introduite depuis décembre 1990<sup>463</sup>, la limitation de mandats présidentiels reste intacte jusqu'à nos jours grâce à la stabilité constitutionnelle. Ainsi, la limitation du nombre de mandats présidentiels est une donnée du constitutionnalisme contemporain qui vise à limiter et à normaliser les prérogatives politico-administratives concentrées entre les mains du président de la République au mépris de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. Elle est donc un contrepoids à l'hégémonie présidentielle puisqu'elle permet de réduire les pouvoirs des dirigeants et d'accélérer la démocratie dans les Etats où la fraude électorale s'est installée. Sous cet angle, la problématique de la limitation du nombre de mandats ne devrait plus être discriminatoire et s'appliquer seulement au président de la République. Elle doit désormais concerner l'ensemble des élus politiques à savoir président de la République, sénateurs, députés à l'Assemblée nationale, président du Conseil régional, maire.

Au-delà de tout, le professeur Chantebout rappelle sans équivoque que « *quelle que soit la stature d'un homme, il est néfaste pour la démocratie qu'il reste au pouvoir trop longtemps et qu'il finisse par s'identifier à l'Etat aux yeux des citoyens* »<sup>464</sup>. C'est dans cette logique que s'inscrit la théorie de la limitation de mandats. Cette théorie limite les pouvoirs du chef de l'Etat et favorise la rationalisation de l'Exécutif puisqu'elle impose aux dirigeants, du fait de la démocratie qu'elle promeut, les bornes juridiques de leurs prérogatives. Malheureusement, les efforts de normalisation de l'Exécutif engagés en Afrique noire francophone ne feront pas long feu car, dans le second cycle du nouveau constitutionnalisme commencé depuis l'an 2000, on va assister à une mise en berne de cette rationalisation.

<sup>460</sup> Lire A. Tchoupie, « La suppression de la limitation du nombre de mandats présidentiels au Cameroun : analyse de la bifurcation de la trajectoire d'une politique institutionnelle », *Revue africaine des relations internationales*, vol. 12, 2009, n° 1 et 2, pp. 5-37.

<sup>461</sup> Voir article 61 de la Constitution tchadienne du 14 avril 1996.

<sup>462</sup> Voir article 9 (1) de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991.

<sup>463</sup> Voir article 42 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

<sup>464</sup> B. Chantebout, *Droit constitutionnel et science politique*, Paris, Armand Colin, 1988, p. 617.

### II. DEPUIS L'AN 2000, UNE MISE EN BERNE DE LA RATIONALISATION DE L'EXECUTIF

L'examen du second cycle du nouveau constitutionnalisme africain laisse transparaître la résurgence d'un Exécutif fort<sup>465</sup>, placé au-dessus des autres organes de l'Etat. Malgré l'avènement de ce nouveau constitutionnalisme, on note que les Etats africains francophones ont continué à développer un régime présidentiel faisant du chef de l'Exécutif presque un monarque. A cette allure, la standardisation de l'Exécutif devient difficile dans cette seconde vague du constitutionnalisme contemporain. Qu'est-ce qui justifie cette résurgence d'un Exécutif fort et comment se manifeste-t-elle ? Cette double interrogation nécessite que soient analysées la justification (A) et l'expression (B) de la mise en berne de la rationalisation de l'Exécutif.

#### A. LA JUSTIFICATION DE LA MISE EN BERNE

Depuis la décennie 2000 jusqu'à nos jours, on assiste à une nouvelle vague de révision constitutionnelle dans l'immense majorité des Etats d'Afrique francophone<sup>466</sup>. C'est cette situation qui a entraîné ce qu'on peut qualifier aujourd'hui de seconde vague du nouveau constitutionnalisme dont la tendance est l'hypertrophie des pouvoirs de l'Exécutif. Deux raisons essentielles méritent d'être examinées pour justifier le retour dans certains pays à un Exécutif hégémonique et conséquemment à la mise en berne de la rationalisation de ce pouvoir : la difficile adaptation du nouveau constitutionnalisme importé (1) et le souci de la reconstruction d'un Etat-nation fort (2).

##### 1. La difficile adaptation du nouveau constitutionnalisme importé

Marquée par des mouvements de contestations contre l'autoritarisme, la séquence du constitutionnalisme des transitions démocratiques<sup>467</sup> aurait sensiblement actualisé la question de l'importation d'instruments juridiques pour stabiliser nombre de régimes politiques chancelants. La finalité de toute importation juridique est de trouver une compatibilité, voire une cohésion, avec l'ordre juridique récepteur pour aboutir à l'affermissement de l'Etat de droit et au développement de la nation. Mais, pour que cet objectif soit atteint, le droit importé doit s'acclimater sur le plan local en prenant en compte les réalités de la société. Le nouveau constitutionnalisme africain ne s'est pas soumis à cette exigence. C'est pourquoi, le constitutionnalisme pratiqué en Afrique a du mal à s'enraciner car, au lieu d'être conçu selon les réalités africaines, il a été reçu de l'Occident sans un effort de toilettage aux fins d'adaptation. A la vérité, le premier cycle du néo-constitutionnalisme a connu en Afrique noire francophone la difficile appropriation due à la pénible adaptation du modèle importé. C'est cette posture qui explique dans cette partie du continent les problèmes de l'ordre constitutionnel qu'on ressent à travers les signes inquiétants d'inadéquation entre la norme et la pratique. Ces problèmes sont aussi à l'origine de la remise en cause de la rationalisation de l'Exécutif puisqu'ils ont entraîné le renforcement des pouvoirs du président de la République dans la seconde vague du nouveau constitutionnalisme. Le professeur Maurice Kamto observait à propos du constitutionnalisme africain que « *l'Afrique est le*

<sup>465</sup> A.D. Olinga, « Le pouvoir exécutif dans la Constitution révisée », *op. cit.*, pp. 29 et ss.

<sup>466</sup> On peut citer, à titre illustratif, la révision de 2008 au Cameroun, celles de 2003, 2011 et 2018 au Gabon, celle de 2005 ainsi que la mise en place d'une nouvelle Constitution en 2018 au Tchad, celles de 2001 et 2016 au Sénégal, celles de 2002 et 2015 au Congo, celles de 2002, 2005, 2007 et 2019 au Togo, etc.

<sup>467</sup> H. Roussillon, *Les nouvelles transitions africaines : la transition démocratique*, Toulouse, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, 2<sup>e</sup> éd., 1995, pp. 56 et ss ; J.P. Daloz et P. Quantin (dir.), *Transitions démocratiques africaines*, Paris, Karthala, 1997, pp. 28 et ss ; B. Kante, « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique », in C.M. Zoethout (dir.), *Constitutionalism in Africa : a quest for autochthonous principles*, Sander Institut, Gonda Quint-Deventer, 1996, pp. 17-32.

*continent des incertitudes et des espoirs perpétuellement déçus* »<sup>468</sup>. Ce constitutionnalisme importé ou imposé n'a pas pris en compte les valeurs africaines. Pourtant, dans toute société, il existe un certain nombre de valeurs qui, par l'adhésion qu'elles rencontrent, suscitent la cohésion du groupe. Elles peuvent s'attacher à des qualités physiques, intellectuelles ou morales, à la tradition ou à la coutume des membres du groupe, à certains types d'activités, au mode de relations des individus les uns avec les autres, à la mentalité collective, etc.

Une norme, est-elle constitutionnelle, resterait une chimère si elle ne prend pas en compte les valeurs de la société pour laquelle elle est conçue. Le constitutionnalisme occidental ne pouvait ainsi mieux s'épanouir en Afrique noire francophone. Cela peut se comprendre car, la première génération du nouveau constitutionnalisme a été importée de l'extérieur au lieu d'être construite selon les aspirations des Etats de l'Afrique noire francophone. Il n'a pas pris en compte la pluralité culturelle qui caractérise la société politique africaine<sup>469</sup>. Ce quasi échec du constitutionnalisme importé a entraîné conséquemment la remise en cause de la rationalisation de l'Exécutif. Objet d'un transfert et accepté par contrainte, il a eu de la peine à s'enraciner solidement puisqu'il a été obtenu au mépris flagrant du principe « *ubi societas, ibi jus* ». C'est pourquoi, il souffre encore d'une difficile implantation sociologique. Or, en l'absence d'une intériorisation dans la société des principes cardinaux qui soutendent ce constitutionnalisme dans le continent noir, il restera plaqué sur le corps social sans véritable emprise. C'est cette pénible adaptation du premier cycle du nouveau constitutionnalisme qui va entraîner de multiples révisions constitutionnelles en Afrique noire francophone. Ces révisions parfois importunes de la Constitution ont finalement fragilisé les bases du premier cycle du nouveau constitutionnalisme africain et entraîné le second cycle lancé vers les années 2000. Ce second cycle est marqué, entre autres, par la résurgence d'un Exécutif hégémonique. Ce qui porte atteinte au principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs. Cette atteinte affecte les contre-pouvoirs institutionnels et affaiblit de ce fait la rationalité de l'Exécutif recherchée.

Face à cette situation, le constitutionnalisme africain doit mettre un terme au « *déni constitutionnel du tribalisme qui enferme les élites dans une espèce de schizophrénie alors qu'elles ont tout à gagner à prendre en compte la question tribale à bras-le-corps pour mieux la maîtriser* »<sup>470</sup>. Pour le professeur Ahadzi-Nonou, on doit cesser de frapper cette question tribale « *d'un véritable ostracisme constitutionnel* » et de « *l'ignorer juridiquement* »<sup>471</sup>. Ainsi, le constitutionnalisme africain doit reconnaître le caractère multiethnique de la population au lieu de n'évoquer le fait tribal que pour en interdire toute expression formelle<sup>472</sup>. Ce constitutionnalisme a tout à gagner en incluant une certaine « *authenticité* » africaine dans sa conception juridique de l'Etat et de la démocratie. C'est cette défaillance qui a entraîné, entre autres, en Afrique noire francophone le basculement vers le second cycle du nouveau constitutionnalisme. Ce nouveau constitutionnalisme de la seconde vague entend sacrifier certaines valeurs africaines acquises au cours du premier cycle mais encore en édification telles que la rationalisation de l'Exécutif, les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit. En revanche, il entend rendre le pouvoir exécutif hégémonique à l'effet de reconstruire un Etat et une nation forts.

<sup>468</sup> M. Kamto, *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 491.

<sup>469</sup> Cette pluralité culturelle met en exergue la langue, la race, l'appartenance ethnique, la communauté de départ ou d'origine, la religion, les institutions sociales spécifiques, etc.

<sup>470</sup> K. Ahadzi-Nonou, « Réflexions sur un tabou du constitutionnalisme négro-africain : le tribalisme », in *Les voyages du droit, Mélanges en l'honneur de Dominique Breillat*, Poitiers, LGDJ, 2011, pp. 19 et ss.

<sup>471</sup> *Ibid.*

<sup>472</sup> Voir sur cette question, P. Moudoudou, « L'Etat africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *Revue CAMES/SJP*, 2015, n° 002, p. 120.

### 2. Le souci de reconstruction d'un Etat-nation fort

L'Etat-nation est un Etat qui coïncide avec une nation établie sur un territoire délimité et défini en fonction d'une identité commune de la population qui lui confère sa légitimité. Il se caractérise par une autorité fondée sur une souveraineté émanant de citoyens qui forment une communauté à la fois politique et culturelle ou ethnique. Produit d'une longue histoire commencée aux XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles en Europe et développée par la révolution française, l'Etat-nation connaît son apogée après la seconde guerre mondiale lorsque le président américain Wilson impose à l'Europe comme politique de paix le principe selon lequel toute nation dispose du droit de se constituer en Etat<sup>473</sup>.

Dès les indépendances, les dirigeants des Etats africains se sont fixés pour objectif majeur, entre autres, la mise en place d'un Etat-nation fort avec un chef omnipotent. Cette logique devrait se développer sans souci en Afrique jusqu'au début de la décennie 1990 où elle sera entravée par le vent de la démocratisation. Avec ce vent violent, porteur du nouveau constitutionnalisme, l'Etat-nation a vu ses racines fragiliser au cours de cette décennie. Etant une personne morale, l'Etat-nation est incarnée par son chef qui est en même temps le chef de l'Exécutif. La limitation de ses pouvoirs imposée au cours du premier cycle du nouveau constitutionnalisme, au regard des exigences des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit, a amoéli les bases de l'Etat-nation en Afrique qui, peut-être, n'était pas encore prêt à recevoir un tel bouleversement. En vertu des libertés accordées, le multipartisme refait surface pour favoriser un parlement multicolore, le mandat du président de la République est limité, les actes de l'Exécutif sont restreints, contrôlés et davantage justiciables devant le juge, les contre-pouvoirs institutionnels et non institutionnels s'implantent efficacement, le maintien de l'ordre public devient difficile au regard des revendications sociales. L'unité nationale est menacée. Dans l'ensemble, le constat est clair : en dépit des bienfaits du premier cycle du nouveau constitutionnalisme dans le domaine des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit, il a fragilisé l'Etat-nation en Afrique noire francophone en le vidant d'une grande partie de ses prérogatives et en exposant ses actes à toute annulation judiciaire. Ainsi, les enjeux des droits de l'homme, de la démocratie et de l'Etat de droit n'ont pas été favorables au renforcement des pouvoirs de l'Exécutif et partant des bases de l'Etat-nation. Par conséquent, l'autorité de l'Etat s'est affaiblie. Il est urgent de la conquérir. C'est pourquoi, les dirigeants africains dans beaucoup de pays comme le Cameroun, le Tchad et le Gabon vont renouer avec les mentalités de l'autoritarisme. Il est question de renforcer les pouvoirs de l'Exécutif et conséquemment de l'Etat-nation qui ont été amoindris par le vent de la démocratie. Cette attitude a pour influence la mise en berne de la normalisation de l'Exécutif acquise au cours de la première vague du nouveau constitutionnalisme.

Mais comment concilier dans le cadre normatif et institutionnel le souci de l'édification d'un Etat-nation fort avec les exigences de la rationalisation de l'Exécutif et de l'Etat de droit ? Tel est l'un des défis que les Etats africains sont appelés à relever. Dans le souci de l'édification d'un Etat-nation fort en Afrique, la référence à une analyse réaliste du constitutionnalisme, qui tient compte des réalités sociologiques, religieuses, culturelles, ethniques et économiques, s'est imposée. Cette démarche met en lumière la spécificité des conditions du pouvoir en Afrique, l'existence des éléments propres, de nouveaux éléments d'explication (structure sociale, culture politique, croyance aux valeurs, l'évocation des questions tabou comme l'ethnie, l'autochtonie, etc.). Avec l'évolution de la société africaine, on a abouti à une conception plus réaliste de l'Etat à savoir l'Etat-Ethnie. Cette théorie est défendue par les professeurs

<sup>473</sup> D. Rousseau, « La notion de patrimoine constitutionnel européen », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1990, p. 38.

Ahadzi-Nonou<sup>474</sup>, Gonidec<sup>475</sup>, Rossatanga-Rignault<sup>476</sup> et Kpodar<sup>477</sup>. Le réalisme en cette matière recommande de construire ou de reconstruire l'Etat-nation avec les matériaux locaux dont on dispose. Il faut donc, comme suggère un auteur, « *prendre le parti des ethnies et accepter les Etats africains tels qu'ils sont, c'est-à-dire avec leurs diversités internes* »<sup>478</sup>. Sous cet angle, il n'est pas prétentieux, ni audacieux, pour les dirigeants africains de modifier la forme de l'Etat pour l'adapter à la spécificité africaine.

Quelle qu'en soit la forme de l'Etat adoptée, l'unanimité en Afrique noire francophone en général et particulièrement au Cameroun, au Benin, au Tchad et au Gabon se forme sur le caractère sacré de l'unité nationale. Il s'agit de l'unité dans la diversité plurielle (ethnie, culture, langues, religions, autochtonie...). Dans ces pays, les gouvernants sont prêts à tout sacrifier au profit de la consolidation de l'unité nationale érigée en principe constitutionnel sacro-saint. Au Cameroun, depuis la naissance de la crise dite anglophone en 2016, la notion de l'unité nationale à travers le slogan le « *Cameroun est un et indivisible* » est devenue fréquente dans les discours politiques des gouvernants. Cela ne devrait en être autrement car, le chef de l'Etat, de par les dispositions constitutionnelles, a été érigé en garant de cette unité en Afrique noire francophone<sup>479</sup>. Il n'est donc pas étonnant de constater que les principes d'unité, d'intégrité et d'indivisibilité soient devenus une constance du droit constitutionnel contemporain. Sur cette base, la plupart des pays interdisent explicitement ou implicitement la sécession. Elle est considérée comme une atteinte grave à l'unité nationale et à l'intégrité du territoire.

Quoi qu'il en soit, le second cycle du nouveau constitutionnalisme en Afrique noire francophone renoue avec le flux autoritaire incompatible avec la rationalisation de l'Exécutif. Cette autorité est incarnée par le pouvoir exécutif et s'exprime de plusieurs manières.

## B. L'expression de la mise en berne

L'Afrique noire francophone a été formellement considérée comme une terre fertile du régime semi-parlementaire pour certains pays et présidentiel pour d'autres. Le premier régime, issu d'un syncrétisme entre le régime présidentiel et le régime parlementaire, a développé sur le plan théorique une influence réciproque entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le second est marqué par une stricte séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Mais, dans les faits, ces régimes ont été transformés en Afrique noire francophone, malgré l'avènement du nouveau constitutionnalisme, en un présidentielisme à outrance<sup>480</sup> mettant en berne la normalisation de l'Exécutif. Cette mise en berne se manifeste ou s'exprime par l'hypertrophie des pouvoirs du président de la République (1) et la prolifération des actes injusticiables de l'Exécutif (2).

<sup>474</sup> K. Ahadzi-Nonou, « Réflexions sur un tabou du constitutionnalisme négro-africain : le tribalisme », *op. cit.*, pp. 21-23.

<sup>475</sup> P.F. Gonidec, « Démocratie et développement en Afrique : perspectives internationales et nationales », *Afrique 2000, Revue Africaine de Politique Internationale*, juillet-août-septembre 1993, n° 14, p. 59.

<sup>476</sup> G. Rossatanga-Rignault, « A propos d'un transfert de technologie juridico-politique : réalités et risques de la démocratie électorale en Afrique », in P. Mabaka (dir.), *Constitution et risque*, Paris, l'Harmattan, 2010, p. 317.

<sup>477</sup> A. Kpodar, « Bilan d'un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire », *Revue électronique Afrilex*, 2013, p. 28.

<sup>478</sup> P. Moudoudou, « L'Etat africain : entre constitutionnalisme libéral et constitutionnalisme identitaire », *op. cit.*, p. 120.

<sup>479</sup> Voir, à titre illustratif, articles 5 (2) de la Constitution du Cameroun du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008, 41 (1) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, 65 (1) de la Constitution tchadienne du 4 mai 2018.

<sup>480</sup> Lire sur la question, Y.S. Lath, « La pérennisation du présidentielisme dans les Etats d'Afrique : les repères d'un modèle africain de régime politique », *op. cit.*, pp. 285 et ss.

### 1. L'hypertrophie des pouvoirs du président de la République

Depuis les premiers temps de l'indépendance jusqu'à nos jours, le président de la République en Afrique noire francophone est apparu comme le pivot des constitutions<sup>481</sup>. Tirant sa légitimité, pour celui qui est légalement élu, du suffrage universel, le chef de l'Etat en Afrique est la clef de voûte du régime. En effet, décideur, bâtisseur, pierre de fondation des institutions, le président de la République, en un mot, mérite plus que quiconque, au sein des démocraties pluralistes, le titre de « *monarque républicain* »<sup>482</sup>. En Afrique, s'il est vrai que pendant longtemps, le système de parti unique avait conféré une tendance au présidentielisme, l'ouverture au multipartisme a permis de mettre en évidence dans une version un peu démocratique le statut du président de la République qui représente l'Etat aussi bien dans l'ordre interne<sup>483</sup> que dans l'ordre international<sup>484</sup>. Investi par la norme fondamentale du titre de chef de l'Etat, le président de la République est le gardien de la Constitution<sup>485</sup>, le garant de l'intégrité territoriale et de l'indépendance nationale, l'arbitre dans le fonctionnement des institutions étatiques. Il jouit en période de crise des prérogatives exceptionnelles pouvant lui permettre de concentrer entre ses mains les principaux pouvoirs publics constitutionnels. C'est ainsi qu'il a le pouvoir de rétablissement du fonctionnement régulier des institutions et la sauvegarde de la nation. Il peut à cet effet décréter l'Etat d'urgence, l'Etat d'exception ou encore l'Etat de siège selon les cas<sup>486</sup>. On parle, au regard de l'étendue de ses pouvoirs en période de crise, de dictature temporaire du président de la République. Ainsi, en période normale comme en période de crise, la tendance dans la pratique constitutionnelle en Afrique francophone est une réaffirmation de la suprématie du président de la République<sup>487</sup>. C'est donc à juste raison que l'on pense aujourd'hui que la fonction du président de la République est la plus élevée, la plus prestigieuse et sans doute la plus enviée. C'est ainsi qu'il s'immisce de manière intempestive dans les pouvoirs législatif et judiciaire.

Le président de la République a la mainmise sur le pouvoir législatif. En effet, le pouvoir exécutif dispose dans le domaine législatif le pouvoir d'initiative. Ainsi, dans les Etats africains, l'initiative de la loi appartient concurremment à l'Exécutif et au parlement<sup>488</sup>. En dehors des projets de loi et du droit d'amendement venant de l'Exécutif, on note aussi le pouvoir réglementaire autonome que lui confère la Constitution. Le président de la République peut, à cet effet, légiférer par ordonnance ou par décret dans les domaines bien déterminés. Il détient aussi l'initiative référendaire. De même, l'Exécutif intervient dans les débats parlementaires. Cette intervention se manifeste au niveau de la convocation des sessions, de l'élaboration de l'ordre du jour des plénières, de la reconnaissance au président de la République d'un droit de communication<sup>489</sup>, de la reconnaissance aux membres du gouvernement du droit d'accès et

<sup>481</sup> Voir C. Milhat, « L'Etat constitutionnel en Afrique francophone : entre Etat de droit et "état de droit" », *RJPIC*, Paris, 1998, n° 1, p. 3.

<sup>482</sup> J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 21<sup>e</sup> éd., 2007, p. 653.

<sup>483</sup> Dans l'ordre interne, le président de la République représente l'Etat dans tous les actes de la vie publique (cf. article 8 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008).

<sup>484</sup> Dans l'ordre international, le président de la République incarne la souveraineté de l'Etat et apparaît comme l'organe principal de la coopération et de l'intégration interétatiques.

<sup>485</sup> L'article 29 de la Constitution malienne révisée le 26 mars 2012 l'a clairement affirmé. Le professeur C. Momo le qualifie de gardien subjectif. Voir C. Momo, « Le gardien de la Constitution en Afrique subsaharienne francophone », *RRJ*, 2017-1, p. 409.

<sup>486</sup> Articles 9 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008, 47 (premier paragraphe) et 58 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 révisée le 5 avril 2016, 67 et 68 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 révisée le 8 juin 2017, 25 de la Constitution gabonaise du 26 mars 1991 dont la dernière révision remonte au 12 janvier 2018, 93 et 157 de la Constitution congolaise du 20 janvier 2002 modifiée le 6 novembre 2015, 58 de la Constitution burkinabè du 11 juin 1991, amendée une fois de plus le 26 novembre 2015.

<sup>487</sup> Lire A. Bourgi, « Le président de la République dans la Constitution béninoise », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, Etudes coordonnées par F.J. Aivo, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 321 et ss.

<sup>488</sup> Voir, par exemple, articles 118 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution du Congo du 20 janvier 2002 modifiée le 6 novembre 2015, 83 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992 révisée le 31 décembre 2002 et le 8 mai 2019.

<sup>489</sup> Voir, à titre indicatif, l'article 96 de la Constitution de la République du Congo suscitée.

d'audition en plénière et en commission<sup>490</sup>, de la reconnaissance au président de la République du pouvoir de promulgation des textes votés par le parlement. En outre, le président de la République, dans un régime semi-parlementaire, a le droit de dissolution de l'assemblée nationale<sup>491</sup>.

Ces prérogatives se poursuivent dans l'informel car, pendant longtemps, l'Exécutif multiplie des stratégies fines pour mettre l'opposition (parlementaire) hors d'état de nuire. Au Cameroun, au Gabon, au Tchad et au Bénin, l'opposition est malmenée et réduite presque à néant. On se souvient avec tristesse que lors des dernières élections législatives du 28 avril 2019 au Bénin, les partis de l'opposition n'y ont pas pris part et ont vu leurs candidatures toutes invalidées. En conséquence, on se retrouve au Bénin pour cette législature débutée en 2019 avec un parlement ayant une seule coloration politique. Ainsi, dans le second cycle du constitutionnalisme, l'opposition qui était forte dans le premier cycle est maîtrisée, neutralisée et réduite à une proportion insignifiante. N'ayant plus les moyens de sa politique, elle est devenue mendicante et affaiblie par le rouleau compresseur des détenteurs du pouvoir. On est ainsi quitté d'une opposition revitalisée à une opposition émasculée pour paraphraser le professeur Théodore Holo<sup>492</sup>. Ainsi, en dépit de l'article 3 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007<sup>493</sup>, qui pose le renforcement du pluralisme politique par la reconnaissance de l'opposition politique comme un moyen de consolidation de la démocratie, tout continue d'être fait dans la pratique pour que la majorité demeure majoritaire et la minorité, minoritaire. Dans ce sens, le premier obstacle pour l'émergence d'une véritable opposition (parlementaire) sur le continent noir est l'absence de transparence lors des opérations électorales. Il faut noter que la « *démocratie africaine* » se distingue des autres par une persistante mascarade électorale, perpétrée par les gouvernants pour se maintenir au pouvoir. C'est pourquoi, on assiste dans certains pays à la remise en cause de la limitation du nombre de mandats présidentiels. Dans cette perspective, des élections sont organisées avec pour objectif de réduire à une portion incongrue les partis ou candidats de l'opposition<sup>494</sup>.

Comme on le voit, le présidentielisme négro-africain favorise l'hégémonie du président de la République et se caractérise par un déséquilibre des pouvoirs très favorable à l'Exécutif et un affaiblissement corrélatif du pouvoir législatif. Ce déséquilibre limite le contre-pouvoir politique (l'opposition parlementaire) et entraîne l'échec de la standardisation de l'Exécutif recherchée. Cette influence de l'Exécutif sur le parlement s'étend aussi sur le pouvoir judiciaire.

Le président de la République a également la mainmise sur le pouvoir judiciaire. En effet, le système judiciaire africain est marqué du sceau de l'autoritarisme absolu du chef de l'Etat qui est le chef de l'Exécutif. Il est le président du Conseil supérieur de la magistrature. D'ailleurs, c'est lui qui crée les juridictions, détermine leur ressort territorial et modifie ledit ressort par décret suivant les nécessités de service<sup>495</sup>. C'est encore et toujours lui qui gère la carrière des magistrats en les intégrant dans le corps, en procédant à leur promotion en grade, en les nommant discrétionnairement tantôt au siège tantôt au parquet, en les affectant et en les sanctionnant sur le plan disciplinaire. Au-delà du pouvoir judiciaire,

<sup>490</sup> Voir, à titre indicatif, l'article 97 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution de la République du Niger du 25 novembre 2010 révisée le 8 juin 2017.

<sup>491</sup> Voir, à titre indicatif, articles 75 (bis) de la Constitution sénégalaise suscitée, 50 de la Constitution burkinabè suscitée, 59 de la Constitution nigérienne suscitée, 19 de la Constitution gabonaise suscitée, 8 alinéa 12 de la Constitution camerounaise suscitée.

<sup>492</sup> Th. Holo, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, 2006, n° 16, pp. 17-41.

<sup>493</sup> L'article 3 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance consacre « *le renforcement du pluralisme politique, notamment par la reconnaissance du rôle, des droits et des obligations des partis politiques légalement constitués, y compris les partis politiques d'opposition qui doivent bénéficier d'un statut sous la loi nationale* ».

<sup>494</sup> Les élections sont quasi-systématiquement contestées dans la partie francophone du continent noir. C'est le cas, par exemple, au Congo-Brazzaville en 2002, en Côte d'Ivoire en 2010 ou encore au Cameroun en 2018.

<sup>495</sup> Sur ce dernier aspect, voir article 5 alinéa 2 de la loi camerounaise n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

il nomme les membres du Conseil constitutionnel. Cette influence hypothèque l'équilibre des pouvoirs et entraîne à travers l'hypertrophie des pouvoirs présidentiels la remise en cause de la rationalisation de l'Exécutif.

A la vérité, dans les Etats de l'Afrique noire francophone, la séparation des pouvoirs s'assimile à une simple fleur d'ornement, l'idéal étant la sacralisation des pouvoirs du président de la République qui est à la fois le chef de l'Exécutif, le tuteur de fait du parlement et le père adoptif du pouvoir judiciaire. De ce fait, le président de la République devient cette autorité omniprésente et omnipotente, le chef de « *l'institution qui englobe et surplombe toutes les institutions sociales* »<sup>496</sup>.

L'examen du nouveau constitutionnalisme dans les Etats de l'Afrique noire francophone fait apparaître une donnée importante dans l'existence et le fonctionnement du présidentielisme : les grandes responsabilités constitutionnelles du président de la République coïncident avec les grands pouvoirs. C'est ainsi que dans un régime semi- parlementaire, comme au Cameroun et au Gabon, le président de la République est le chef de l'Exécutif avec un premier ministre, chef du gouvernement, minoré. Dans un régime présidentiel moniste comme au Bénin et au Tchad, il détient seul le pouvoir exécutif puisqu'il est à la fois chef de l'Etat et chef du gouvernement. Dans tous les cas, l'analyse du nouveau constitutionnalisme africain de la seconde génération laisse transparaître que les Constitutions telles qu'élaborées ont pour but principal de renforcer la position du chef de l'Exécutif de sorte que « *sa fonction ne soit pas, selon la tradition rappelée par tous les constitutionnalistes, de limiter le pouvoir par le droit, mais, au contraire, de le fortifier* »<sup>497</sup>. Le professeur Dubouis parle de « *dictature constitutionnelle* »<sup>498</sup>. Ce sont ces pouvoirs exacerbés du président de la République conférés sans frein par la Constitution qui expliquent la mise en berne de la normalisation du pouvoir exécutif. Ce qui est curieux c'est qu'avec ce second cycle du nouveau constitutionnalisme, on assiste à la prolifération des actes injusticiables de l'Exécutif.

## 2. La prolifération des actes injusticiables de l'Exécutif

En Afrique noire francophone, de nombreux actes pris par le président de la République sont exempts de tout contrôle juridictionnel. L'accès au prétoire des juges judiciaire, administratif et constitutionnel devient ainsi considérablement restreint à cause de la prolifération des actes injusticiables. Malgré les critiques formulées dans ce domaine, les Etats africains de culture francophone continuent d'avoir le culte des actes administratifs injusticiables. Le juge administratif camerounais, depuis 1980, l'a affirmé dans plusieurs espèces<sup>499</sup>. La notion d'acte administratif injusticiable, au fil des ans, va connaître une évolution sensible puisque la loi camerounaise n° 2003/016 du 22 décembre 2003 relative au règlement des litiges portant sur les limites des circonscriptions administratives et des unités de commandement traditionnel va instituer une immunité juridictionnelle partielle touchant les actes y afférents. A cet effet, ces actes réglementaires ne peuvent pas faire l'objet de recours en annulation conformément aux dispositions de l'article 2 de cette loi qui dispose que : « *est irrecevable, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, tout recours judiciaire en annulation d'un acte pris pour le règlement des litiges portant sur la limite des circonscriptions administratives* ». Par contre, ils peuvent faire l'objet d'un recours en indemnisation au regard du libellé de cet article. C'est pourquoi, il est préférable de parler d'une immunité partielle.

<sup>496</sup> A.-D. Olinga, *La Constitution de la République du Cameroun*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, éd. Terre africaine, 2006, p. 65.

<sup>497</sup> P.F. Gonidec, *Les systèmes politiques africains*, t. II, Paris, LGDJ, 1974, p. 80.

<sup>498</sup> L. Dubouis, « Le régime présidentiel dans les nouvelles Constitutions des Etats d'expression française », *Pénant*, 1962, pp. 218 et ss.

<sup>499</sup> Voir, à titre illustratif, CS/CA, jugement n° 40/CS/CA/79 - 80 du 29 mai 1980, *Monkam Tientcheu David contre Etat du Cameroun* ; CS/CA, jugement n° 60 /CS/CA/85-86 du 15 mai 1986, *Ngoong Mandeng Christophe contre Etat du Cameroun*.



De même, à tort ou à raison, la Chambre administrative de la Cour suprême du Cameroun a estimé que le décret présidentiel n° 2008/463 du 30 décembre 2008 portant nomination des membres du Conseil électoral d'*Elections Cameroon* (ELECAM) est un acte de gouvernement insusceptible de recours. En effet, en application de l'article 4 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs<sup>500</sup>, la haute instance juridictionnelle a estimé que « *le décret querellé nommant les membres du Conseil électoral est une question politique dont la décision appartient exclusivement au président de la République* » ; qu'il « *s'agit d'un acte ... qu'aucune juridiction ne peut connaître et non susceptible de recours et que cet acte échappe par sa nature à tout contrôle juridictionnel...* »<sup>501</sup>.

Concernant particulièrement le président de la République, bien que susceptible d'être traduit devant la Haute Cour de justice pour haute trahison<sup>502</sup>, il ne peut, dans certains pays comme le Cameroun, le Tchad, le Gabon, le Congo, etc., exception faite au Bénin<sup>503</sup>, faire l'objet des poursuites devant la juridiction de droit commun. Cette protection du chef de l'Etat le couvre même à sa retraite présidentielle c'est-à-dire après la cessation de ses fonctions. Le constituant congolais est à cet effet sans équivoque : « *aucune poursuite pour les faits qualifiés crime ou délit ou pour manquement grave à ses devoirs commis à l'occasion de l'exercice de sa fonction ne peut plus être exercée contre le président de la République après la cessation de ses fonctions. La violation des dispositions ci-dessus constitue le crime de forfaiture ou de haute trahison conformément à la loi* »<sup>504</sup>. Pour le constituant gabonais, « *le président de la République qui a cessé d'exercer ses fonctions ne peut être mis en cause, poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour les faits définis par la loi organique prévue à l'article 81 de la Constitution* »<sup>505</sup>. Selon la Constitution tchadienne du 4 mai 2018, « *Le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison telle que prévue à l'article 157* »<sup>506</sup>. De même, au Cameroun, « *les actes accomplis par le président de la République en application des articles 5, 8, 9 et 10 (de la Constitution) sont couverts par l'immunité et ne sauraient engager sa responsabilité à l'issue de son mandat* »<sup>507</sup>. Allant dans le même sens, le constituant sénégalais dans le souci de la protection du chef de l'Exécutif dispose que « *le président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison* »<sup>508</sup>. C'est dire qu'en dehors des cas de haute trahison, le président ne répond d'aucun acte bien qu'il soit auteur<sup>509</sup>. Ces dispositions ont été reprises

<sup>500</sup> Selon cet article, aucune juridiction ne peut connaître des actes de gouvernement.

<sup>501</sup> Voir CS/CA, ordonnance n° 01/OSE/CCA/CS/2009 du 23 janvier 2009. Sur le commentaire de cette décision, lire C. Keutchua Tchapnga, « Le sursis à exécution et l'action du président de la République au Cameroun : à propos de l'ordonnance n° 01 du 23 janvier 2009 de la Chambre administrative de la Cour suprême, Social Democratic Front (SDF) contre Etat du Cameroun », *Juridis périodique*, avril-mai-juin 2009, n° 78, pp. 21-29.

<sup>502</sup> Articles 192 de la Constitution congolaise suscitée, 138 de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991 modifiée entre autres en 2015, 118 de la Constitution guinéenne du 7 mai 2010, 53 de la Constitution camerounaise suscitée, 87 de la Constitution sénégalaise suscitée, 142 de la Constitution nigérienne suscitée, 78 de la Constitution gabonaise suscitée. Sur la question, on peut lire aussi F.J. Aivo, « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », *Revue Juridique et Politique*, 2010, n° 1, pp. 3 et ss ; M. Nguete Abada, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et la responsabilité pénale des gouvernants », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glele*, op. cit., pp. 497 et ss.

<sup>503</sup> Aux termes de l'article 136 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, « *la Haute Cour de justice est compétente pour juger le président de la République et les membres du gouvernement à raison des faits qualifiés de haute trahison, d'infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions... Les juridictions de droit commun restent compétentes pour les infractions perpétrées en dehors de l'exercice de leurs fonctions et dont ils sont pénalement responsables* ».

<sup>504</sup> Article 96 de la Constitution congolaise suscitée.

<sup>505</sup> Article 78, dernier paragraphe, de la Constitution gabonaise révisée le 12 janvier 2018.

<sup>506</sup> Cf. article 83 de la Constitution tchadienne du 4 mai 2018.

<sup>507</sup> Article 53 (3) de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 révisée le 14 avril 2008.

<sup>508</sup> Article 87 de la Constitution sénégalaise suscitée.

<sup>509</sup> La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 a repris ces dispositions mais est allée au-delà pour ajouter d'autres infractions. Aux termes de l'article 73, « *la responsabilité personnelle du président de la République est engagée en cas de haute trahison, d'outrage à l'Assemblée ou d'atteinte à l'honneur et à la probité* ».

par les constituants nigérien<sup>510</sup>, centrafricain<sup>511</sup>, etc. Elles couvrent d'immunité absolue, totale et perpétuelle, *ab initio* et *ab futuro*, les actes entiers du président de la République en dehors de ceux relatifs à la haute trahison.

La soustraction de ces actes de tout contrôle juridictionnel n'est pas un signe protecteur des droits de l'Homme<sup>512</sup>. De même, elle n'est pas favorable à la consolidation de l'Etat de droit<sup>513</sup> amorcée depuis le retour du nouveau constitutionnalisme africain. Les dispositions sus-évoquées de la Constitution gabonaise (article 78), tchadienne (article 83), camerounaise (article 53 (3)) et autres posent les fondements abusifs d'actes de gouvernement par prédétermination de la Constitution, démesurés et potentiellement démultipliés<sup>514</sup>. En conséquence, ces actes de gouvernement « *à coup sûr ne se borneraient plus à limiter cette catégorie classique aux antiques actes de l'Exécutif relatifs aux relations entre pouvoirs constitutionnels ou relatifs aux relations internationales* »<sup>515</sup>. La leçon du doyen Louis Favoreu enseignée depuis 1962 n'a pas été saisie par la majorité des systèmes juridiques africains. Pour le professeur, « *aucun acte de l'Exécutif ne peut logiquement se voir reconnaître le statut d'acte incontestable, car quelle que soit l'activité qu'il exerce, l'Exécutif est soumis à la loi, du moins, à la Constitution* »<sup>516</sup>.

Au-delà de tout, on peut noter que le constituant et le législateur africains n'ont pris nullement en compte dans la prolifération des actes administratifs injusticiables les exigences de l'Etat de droit. La protection des intérêts du président de la République a pris le dessus sur ces exigences car, la trajectoire juridique tracée par le constituant en ce qui concerne l'immunité des actes présidentiels est inquiétante. Cette immunité vise à renforcer la souveraineté présidentielle. A cette allure, le rôle des contre-pouvoirs devient de ce fait foncièrement affaibli. Conséquemment, la rationalisation de l'Exécutif recherchée dans le nouveau constitutionnalisme se trouve écartelée parce que confrontée à de nombreuses difficultés. Il en est de même du constitutionnalisme qui devient dévalorisé. Le professeur James Mouangue Kabila à propos parle de « *reflux du constitutionnalisme* »<sup>517</sup>. Dans tous les cas, les chefs d'Etat, chefs de l'Exécutif, dans un Etat de droit, doivent toujours agir conformément à la règle de droit pour se donner « *une respectabilité qui leur permet de demeurer au sein du concert des nations dans le club des chefs d'Etat fréquentables* »<sup>518</sup>.

## Conclusion

Dans l'ensemble, on comprend que l'avènement du premier cycle du nouveau constitutionnalisme dans les Etats de l'Afrique noire francophone s'est efforcé à standardiser l'Exécutif en ramenant ses pouvoirs à des proportions justes et raisonnables telles que le recommandent les canons de la démocratie et de l'Etat de droit. En dehors du Bénin où ce premier cycle du nouveau constitutionnalisme perdure à la faveur de la stabilité constitutionnelle, la majorité des Etats d'Afrique noire francophone comme le Cameroun,

<sup>510</sup> Article 142 de la Constitution nigérienne suscitée.

<sup>511</sup> Article 124 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

<sup>512</sup> M. Kamto, « Actes de gouvernement et droits de l'Homme au Cameroun », *Lex lata*, mai 1996, n° 26, pp. 9 et ss ; S. Bilong, « Le déclin de l'Etat de droit au Cameroun : le développement des immunités juridictionnelles », *Juridis périodique*, avril-mai-juin 2005, n° 62, pp. 55 et ss.

<sup>513</sup> M. Kamto, « Actes de gouvernement et droits de l'Homme au Cameroun », *op. cit.*, pp. 9 et ss ; Bilong (S), « Le déclin de l'Etat de droit au Cameroun ... », *op. cit.*, pp. 55 et ss.

<sup>514</sup> Lire J. Owona, *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 73.

<sup>515</sup> *Ibid*, p. 73.

<sup>516</sup> L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1962, p. 153.

<sup>517</sup> J. Mouangue Kabila, « Peut-on parler d'un reflux du constitutionnalisme au Cameroun ? », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Université de Yaoundé II-Soa, FSJP, vol. 6, 2009, n° 1, pp. 267 et ss.

<sup>518</sup> A.S. Mescheriakoff, « Le multipartisme en Afrique francophone : illusion ou solution », in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p. 72.

le Tchad et le Gabon ont modifié leur Constitution pour entraîner un second cycle du nouveau constitutionnalisme. Dans ce second cycle, on a assisté à la résurgence d'un Exécutif omnipotent, mettant en berne la rationalisation recherchée.

Dans tous les cas, le constitutionnalisme africain a besoin du temps pour germer et se perpétuer, encore faut-il qu'il soit dans son temps : il doit être souhaité, vécu et culturellement assimilé<sup>519</sup>. Autrement dit, il doit être dans l'air du temps et prendre en compte les réalités sociales de l'Afrique noire francophone. C'est à ce prix qu'il fournira toutes ses vertus au profit de la normalisation de l'Exécutif. Cette rationalisation passe, entre autres, par le changement des mentalités des détenteurs du pouvoir exécutif dans la perspective de la limitation de mandats présidentiels<sup>520</sup>, la réduction et la canalisation des pouvoirs de l'Exécutif au regard des débordements constatés, la soumission régulière de ce pouvoir à la règle de droit, le renforcement des mécanismes de contrôle à travers l'existence de véritables contre-pouvoirs capables de limiter la toute-puissance de l'Exécutif<sup>521</sup> et la sanction en cas de défaillance. En bref, il s'agit de créer des conditions de construction d'un nouvel édifice institutionnel garant de la consolidation de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs ainsi que de l'instauration d'un véritable Etat de droit. Dans cette entreprise juridique, la Constitution, norme fondamentale de l'Etat, doit être le fondement du pouvoir et le socle sur lequel repose l'autorité<sup>522</sup>. La construction de ce constitutionnalisme contemporain dans la perspective de la rationalisation de l'Exécutif doit prendre en compte les réalités africaines comme l'ethnie, la question tribale, la langue, la religion, le degré de développement, les mentalités et surtout la dimension culturelle car, « *au-delà du juridique et du politique, c'est la culture qui est la meilleure garantie de la bonne application des valeurs et des principes* »<sup>523</sup>. Le respect de cette exigence réduit les prérogatives monarchiques et absolues que détient l'Exécutif dans les pays d'Afrique noire francophone et le contraint à agir dans sa sphère de compétence constitutionnelle. En le faisant, les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit se trouvent raffermis.

---

<sup>519</sup> B. Boumakani, « L'Etat de droit en Afrique centrale », in D. Maugeness et J.D. Boukongou (dir.), *Vers une société de droit en Afrique centrale (1990-2000)*, Colloque de Yaoundé, 14 -16 novembre 2000, p. 109.

<sup>520</sup> En effet, tout détenteur du pouvoir politique doit savoir qu'à la fin de son mandat, il doit libérer le poste pour permettre l'alternance.

<sup>521</sup> L'existence des contre-pouvoirs dans un Etat de droit est importante car, pour C. Montesquieu, « *tout homme qui dispose du pouvoir est tenté d'en abuser. Ainsi, pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* », in *De l'esprit des lois*, op. cit., pp. 161 et ss.

<sup>522</sup> Lire à ce sujet, Y-A. Faure, *Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire : pour une lecture différente des textes*, Paris, Economica, 1984, pp. 34 et ss.

<sup>523</sup> La culture comme système de valeurs bien assimilées induit les attitudes et les comportements conformes aux exigences des règles juridiques et politiques (S. Milacic, « La démocratie politique éclipsée par l'Etat de droit », in I. Illessy (dir.), *Constitutional consequences of the EU Memberships*, Faculté de droit, Université de Pécs, 2005, p. 241.

### Le Commentaire

## Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 juin 2019, n°19-17330 et 19-17342. L'intervention inattendue de la Cour de cassation au terme de l'affaire Lambert

Elise **ROUMEAU**,

doctorante en droit privé ED 245,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand France

L'arrêt rendu par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation le 28 juin 2019 vient clore une affaire à l'ampleur juridique démesurée, mobilisant les spécialistes du droit administratif, européen, civil, pénal, et international, autour de ce qui était initialement une décision médicale. Depuis 2013<sup>524</sup>, tandis que quatre décisions d'arrêt des traitements ont été prises par les médecins en charge de Vincent Lambert, la succession des recours formés par ses parents a pu être qualifiée d' « acharnement judiciaire »<sup>525</sup>.

En parallèle de ces décisions rendues par les juges administratifs, judiciaires, et européens, le législateur a été amené à faire évoluer le cadre législatif de la fin de vie, pour prendre en compte certaines difficultés soulevées par cette affaire. Toutefois, si l'instrumentalisation de ce triste conflit familial, médiatisé à outrance, poussent certains à demander une nouvelle législation, il ne faut pas oublier qu'en l'espèce, le dispositif légal français ne posait pas de difficultés et permettait d'éviter toute forme d'obstination déraisonnable. D'ailleurs, le Conseil d'État a, à plusieurs reprises, constaté la légalité des décisions d'arrêt des traitements adoptées à l'issue de la procédure collégiale prévue notamment par l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique.

Après une nouvelle confirmation de la légalité de la décision médicale du 9 avril 2019 par le juge des référés du Conseil d'État<sup>526</sup>, les parents de Vincent Lambert ont formulé de nouvelles demandes auprès des juges de Strasbourg, mais également, de manière inédite, devant le Comité des droits des personnes handicapées des Nations Unies. En effet, le protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées prévoit en son article 1<sup>er</sup> alinéa 1 que « le Comité des droits des personnes handicapées (« le Comité ») a compétence pour recevoir et examiner les communications présentées par des particuliers (...) ». En vertu de l'article 4 alinéa 1 de ce même protocole, le Comité a alors demandé au Gouvernement français, le 3 mai 2019, de prendre les mesures conservatoires nécessaires de manière à suspendre la mise en œuvre de l'arrêt des traitements dans l'attente qu'il prenne une décision sur le fond de la demande.

<sup>524</sup> TA Châlons-en-Champagne, Ord., 11 mai 2013, n° 1300740.

<sup>525</sup> E. Fourneret, Le malade, le médecin et le juge : qui décide en fin de vie ?, *Les cahiers de la justice*, 2017, p. 457.

<sup>526</sup> CE, Formation collégiale, 24 avril 2019, n° 428117, *D.* 2019, p. 1144, note C. Castaing ; *AJDA*, 2019, p. 906 ; *AJ fam.* 2019, p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Le 7 mai 2019, le Gouvernement a informé le Comité onusien que de telles mesures conservatoires ne seraient pas prises.

Face à ce refus, les parents de Vincent Lambert ont multiplié les recours. Ils ont déposé une requête en référé-liberté, le 13 mai 2019, auprès du tribunal administratif de Paris afin qu'il soit enjoint au Gouvernement, au Dr Sanchez et au CHU de Reims de maintenir les traitements dans l'attente de la décision sur le fond du CPDH. Celle-ci a été rejetée par une ordonnance du 15 mai 2019<sup>527</sup>.

Ce même jour, par assignation dite à heure indiquée, ils ont saisi le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris pour qu'il constate l'existence d'une voie de fait et la force obligatoire des mesures provisoires réclamées par le Comité, puis ordonne au Gouvernement, au Dr Sanchez et au CHU de Reims de maintenir les traitements. Là encore, le 17 mai 2019<sup>528</sup>, leur demande a été rejetée, la juridiction judiciaire s'estimant incompétente.

Tandis que, le 20 mai 2019, la Cour européenne des droits de l'Homme refusait la demande de mesures provisoires<sup>529</sup>, la Cour d'appel de Paris<sup>530</sup> auprès de laquelle un appel avait été interjeté, s'est déclarée compétente en constatant une « *bien surprenante voie de fait* »<sup>531</sup>.

Le juge du second degré a en effet considéré qu'« *en se dispensant d'exécuter les mesures provisoires demandées par le Comité, l'État français a pris une décision insusceptible de se rattacher à ses prérogatives puisqu'elle porte atteinte à l'exercice d'un droit dont la privation a des conséquences irréversibles en ce qu'elle attrait au droit à la vie* » pour finalement ordonner la reprise des traitements qui avaient été suspendus le matin même.

Si ce positionnement a surpris nombre de juristes, c'est que la jurisprudence relative à la notion de voie de fait avait enfermé son utilisation dans un carcan particulièrement rigide<sup>532</sup> au sein duquel les circonstances de l'espèce ne semblaient pas pouvoir s'insérer. Cinq ans après le Conseil d'État<sup>533</sup>, ce sont donc les magistrats du Quai de l'Horloge qui se sont réunis en assemblée plénière pour examiner cette étrange décision et s'interroger plus particulièrement sur la curieuse qualification de voie de fait qui s'y trouve. Avec l'arrêt rendu le 28 juin 2019, la formation la plus solennelle de la Cour de cassation vient casser sans renvoi l'arrêt d'appel, niant la compétence de l'ordre judiciaire, et met ainsi un terme définitif à la contestation juridique incessante des décisions médicales d'arrêt des traitements de Vincent Lambert. Rappelant aux juges du second degré les conditions nécessaires à la qualification de voie de fait (I), cet arrêt s'inscrit dans un vaste ensemble de décisions ayant conduit au développement de la problématique de la fin de vie sur le plan jurisprudentiel et législatif (II).

<sup>527</sup> TA Paris, Ord., 15 mai 2019, n° 1910066.

<sup>528</sup> TGI de Paris, 17 mai 2019, n° 19/54111.

<sup>529</sup> CEDH, 20 mai 2019, req. n° 21675/19.

<sup>530</sup> CA de Paris, 20 mai 2019, n° 19/08858, D. 2019, p. 1082 ; *AJ fam.* 2019, p. 309, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>531</sup> M. Rioualen, Affaire Lambert : une bien surprenante voie de fait, *Dalloz Actualité*, 4 juin 2019.

<sup>532</sup> TC, 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman*, n° 3911, Rec., *AJDA* 2013, p. 1568, chron. X. Domino, et A. Bretonneau ; *RFDA* 2013, p. 1041, note P. Delvolvé.

<sup>533</sup> CE, Ass., 24 juin 2014, *Lambert*, n° 375081, Rec., D. 2014, p. 1856, note D. Vigneau, p. 2021, obs. A. Laude, et 2015, p. 755, obs. J.-C. Galloux ; *AJDA* 2014, p. 1293, p. 1669, et 1484, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, note D. Truchet ; *AJ fam.* 2014, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014, p. 657, concl. R. Keller, et p. 702, note P. Delvolvé ; *RDSS* 2014, p. 1101, note D. Thouvenin.

### I. UN RAPPEL LAPIDAIRE DES CARACTERISTIQUES DE LA VOIE DE FAIT

Après un unique visa reprenant conjointement la loi des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III, et l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'attendu de principe reprenant les conditions nécessaires à la caractérisation de la voie de fait permet de souligner, *ab initio*, qu'il ne s'agit pas ici de traiter de la décision d'arrêt des traitements elle-même, mais du refus du Gouvernement français de mettre en œuvre les mesures conservatoires demandées par le Comité onusien.

Pour casser l'arrêt d'appel, la Haute juridiction judiciaire a d'abord exclu le droit à la vie du champ des libertés individuelles (A) avant de considérer, sans surprise, que la décision du Gouvernement n'était pas manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration (B)

#### A. L'exclusion attendue du droit à la vie du champ des libertés individuelles

Avec la décision *Bergoend* du tribunal des conflits<sup>534</sup>, la voie de fait a été redéfinie pour induire une « réduction significative du risque de concurrence juridictionnelle »<sup>535</sup>. En effet, avec l'introduction en contentieux administratif du référé-liberté, une nouvelle voie de recours propre aux atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales, la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire posait quelques difficultés. Portant sur les atteintes graves au droit de propriété ou aux libertés fondamentales, la voie de fait justifiant la compétence du juge judiciaire pouvait être concurrencée par la procédure du référé-liberté créée par la loi du 30 juin 2000<sup>536</sup>. Mais, en apportant une assise constitutionnelle<sup>537</sup> à la théorie de la voie de fait, le juge du tribunal des conflits est venu limiter son champ d'application à l'extinction du droit de propriété et aux atteintes aux libertés individuelles au sens de l'article 66 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République. En dehors des questions relatives au droit de propriété, cette définition de la voie de fait permet de limiter la saisine de l'ordre judiciaire aux seuls cas d'atteinte à la sûreté de l'individu.

Or, pour retenir la qualification de voie de fait, la Cour d'appel de Paris a considéré que le droit à la vie « constitue un attribut inaliénable de la personne humaine et forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme, et donc dans celle des libertés individuelles ». Cette seule formulation pose plusieurs difficultés.

D'une part, en qualifiant ainsi le droit à la vie de liberté individuelle, le juge du second degré semble avoir délibérément oublié le fondement constitutionnel conféré auparavant à la voie de fait. Tel l'*habeas corpus*<sup>538</sup>, la préservation de la liberté individuelle est entendue en référence au premier alinéa de l'article 66 qui dispose « Nul ne peut être arbitrairement détenu ». Outre l'évidente distinction qui s'opère habituellement entre droit à la sûreté et droit à la vie, notamment au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel n'a jamais admis l'existence du droit à la vie comme principe à valeur constitutionnelle. Ainsi, tandis que le principe de sauvegarde de la dignité de la personne

<sup>534</sup> TC, 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, *op. cit.*

<sup>535</sup> C.-A. Dubreuil, "La voie de fait nouvelle est arrivée !", *JCP A*, n° 42, 14 octobre 2013, p. 2301.

<sup>536</sup> Article L. 521-2 du Code de justice administratif, créé par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives.

<sup>537</sup> P. Delvolvé, *Voie de fait : limitation et fondements*, *RFDA*, 2013, p. 1041.

<sup>538</sup> *Ibid.*

humaine, affirmé en 1994<sup>539</sup>, a été rappelé ensuite à diverses reprises par le juge constitutionnel, le droit à la vie, comme l'affirmait déjà le professeur Delvolvé en 2013<sup>540</sup>, n'entre pas dans le champ des libertés individuelles constitutionnellement protégées. D'ailleurs, dans la décision du 2 juin 2017<sup>541</sup>, les Sages écartent le grief fondé sur une violation éventuelle du droit à la vie, qui résulterait d'une décision de limitation ou d'arrêt des traitements.

D'autre part, en considérant que le droit à la vie forme la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'Homme, quelle justification la Cour d'appel de Paris entendait-elle conférer à sa décision ? Indépendamment du caractère inhabituel de l'expression employée, il apparaît que cette affirmation repose sur un postulat contestable. Si l'affirmation de l'indivisibilité des droits fondamentaux rend difficile l'insertion de distinctions entre ceux-ci<sup>542</sup>, il semblerait toutefois que seule la prohibition de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants soit insusceptible de subir des restrictions. Son indérogeabilité serait ainsi « l'indicateur préféré de l'existence d'une hiérarchie au sein des droits de l'Homme »<sup>543</sup>. Comme le souligne le Professeur Marguénaud, si le droit à la vie « est le roi des droits, il n'est pas comme les droits découlant de l'article 3 et de l'article 4, § 1 (interdiction de l'esclavage et de la servitude) un droit à protection absolue »<sup>544</sup>.

L'utilisation de cette formulation alambiquée pour désigner le droit à la vie ne servait donc ici qu'à tenter de gommer l'absence de fondement juridique de la décision et surtout l'extrême précarité de la justification de la compétence du juge judiciaire. Finalement, au visa de l'article 66 de la Constitution de 1958, l'assemblée plénière conserve l'approche constitutionnelle des libertés individuelles et considère que le droit à la vie n'entre pas dans leur champ.

Ainsi, le refus du Gouvernement de mettre en place des mesures provisoires en ordonnant le maintien des traitements de Vincent Lambert, ne pouvait être constitutif d'une voie de fait dès lors qu'il ne correspondait pas à une atteinte à une liberté individuelle. Plus encore, ce refus reposait sur une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative : le droit de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable<sup>545</sup>.

Les juges de la Cour de cassation auraient pu s'arrêter à ce seul élément, les deux caractéristiques de la voie de fait étant cumulatives, néanmoins ils ont également précisé que la décision du Gouvernement pouvait bien se rattacher aux pouvoirs de l'administration, avec une justification assez bancale.

<sup>539</sup> Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *D.* 1995, p. 237, note B. Mathieu ; *ibid.* p. 205, chron. B. Edelman ; *ibid.* p. 299, obs. L. Favoreu ; *RFDA* 1994, p. 1019, note B. Mathieu ; *RTD Civ.* 1994, p. 831, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 840, J. Hauser, *JORF* n° 174 du 29 juillet 1994, p. 11024.

<sup>540</sup> P. Delvolvé, *op. cit.*

<sup>541</sup> Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*, *D.* 2017, p. 1194, obs. F. Violla, 1307, point de vue A. Batteur, 2018, p. 765, obs. J.-C. Galloux, et p. 1344, obs. E. Debaets et N. Jacquinet ; *AJDA* 2017, p. 1143, et p. 1908, note X. Bioy ; *AJ fam.* 2017, p. 379, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RDSS* 2017, p. 1035, note D. Thouvenin ; *Constitutions* 2017, p. 342, Décision.

<sup>542</sup> F. Sudre, L. Milano, H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 2019, 14<sup>e</sup> éd., p. 197.

<sup>543</sup> P. Ducoulombier, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Publications de l'Institut René Cassin de Strasbourg, 2011, p. 491.

<sup>544</sup> J.-P. Marguénaud, "Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement", *Droits*, 2008/2, p. 40.

<sup>545</sup> CE, Ass., 14 février 2014, *Lambert*, n° 375081, Rec., *AJDA* 2014, p. 374, et p. 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, p. 1125, tribune, P. Cassia ; *D.* 2014, p. 488, et p. 2021, obs. A. Laude ; *AJ fam.* 2014, p. 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014, p. 255, concl. R. Keller, p. 702, note P. Delvolvé ; *RDSS* 2014, p. 506, D. Thouvenin ; CE, 8 mars 2017, *Assistance-publique Hôpitaux de Marseille*, n° 408146, Rec., *AJDA* 2017, p. 497 ; *D.* 2017, p. 574 ; *RDSS* 2017, p. 698, note D. Thouvenin.

### B. Le rapide examen de la condition subsidiaire du rattachement aux pouvoirs de l'administration

Le sort réservé à la qualification du droit à la vie comme liberté individuelle ne laissait que peu de place au doute et ne méritait pas de long développement de la part des juges de la Cour de cassation. Ils auraient ainsi pu s'abstenir de toute autre analyse sur la qualification malaisée de voie de fait réalisée par les juges du second degré. Peut-être souhaitaient-ils néanmoins souligner avec évidence qu'aucune des caractéristiques de la voie de fait ne pouvait ici être relevée. Pourtant, la justification à laquelle les magistrats ont eu recours demeure relativement superficielle.

Pour retenir que le refus exprimé par l'État de mettre en œuvre les mesures provisoires demandées par le CPDH n'était pas manifestement insusceptible d'être rattaché à ses pouvoirs, les juges du droit ont simplement mentionné les décisions rendues par le Conseil d'État et la Cour européenne des droits de l'Homme les 24 et 30 avril 2019. Il convient donc de les reprendre brièvement.

Dans son ordonnance du 24 avril 2019<sup>546</sup>, le Conseil d'État a effectué un nouveau contrôle de la légalité de la décision médicale adoptée par le Docteur Sanchez le 9 avril 2018. Après avoir rappelé les principaux points procéduraux de l'affaire, dans son volet administratif, le regard du juge s'est porté plus particulièrement sur les éléments médicaux et non médicaux examinés durant la procédure collégiale prévue par l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique. Avec une liste de visa particulièrement exhaustive, mentionnant la Constitution, la Convention EDH, le PIDCP, la convention relative aux droits des personnes handicapées, le Code civil, le Code de la santé publique, le Code de justice administrative, mais aussi plus spécifiquement la loi du 2 février 2016<sup>547</sup> et la décision du Conseil constitutionnel du 2 juin 2017<sup>548</sup>, les juges du Palais Royal ont considéré que la décision d'arrêt des traitements litigieuse n'était pas illégale.

*A contrario*, les juges de Strasbourg n'ont pas procédé à un nouvel examen approfondi de l'affaire pour répondre à la demande de mesures provisoires qui avait été formulée en vertu de l'article 39 de la Convention. En effet, ils ont considéré qu'au regard de la décision prise le 5 juin 2015<sup>549</sup>, dans laquelle ils avaient jugé que la décision d'arrêt des traitements validée par la juridiction administrative ne constituait pas une atteinte à l'article 2 de la Convention EDH, il n'y avait pas lieu d'ordonner de telles mesures. Plus encore, dans cette décision du 30 avril 2019, les juges européens ont souligné avoir conscience qu'une telle demande ne visait qu'à s'opposer de nouveau à l'arrêt des traitements alors que celui-ci avait été autorisé dès 2015.

Le juge administratif et le juge européen ont ainsi admis la légalité de la décision d'arrêt des traitements prise le 9 avril 2018. La loi du 2 février 2016 permettant de préciser le cadre légal érigé en 2005, elle bénéficierait donc *a fortiori* du « brevet de conventionnalité »<sup>550</sup> délivré par la Cour européenne en 2015 à la loi du 22 avril 2005 telle qu'interprétée par le juge administratif.

<sup>546</sup> CE, Ord., 24 avril 2019, *Lambert*, n° 428117.

<sup>547</sup> Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie.

<sup>548</sup> Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, *op. cit.*

<sup>549</sup> CEDH, Gde. Ch., *Lambert et autres contre France*, 5 juin 2015, n° 46043/14, *AJDA* 2015, p. 1124, et p. 1732, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2015, p. 1625, note F. Vialla, et 2016, p. 752, obs. J.-C. Gilloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>550</sup> F. Sudre, "La fin de vie devant la Cour EDH : un brevet de conventionnalité délivré à la loi Léonetti", *JCP G*, n° 27, 6 juillet 2015, p. 805.



Il semblerait donc que pour l'assemblée plénière, le simple fait que la décision médicale réponde aux exigences légales et conventionnelles permette de justifier le refus du Gouvernement de mettre en place des mesures provisoires tendant à suspendre la mise en œuvre de l'arrêt des traitements.

En outre, tandis que le tribunal administratif de Paris avait considéré que la demande formulée par le CDPH ne revêtait pas de caractère contraignant à l'égard de l'État, et que la Cour d'appel avait, elle, retenu qu' « *indépendamment du caractère obligatoire ou contraignant de la mesure de suspension demandée par le Comité, l'État français s'est engagé à respecter ce pacte international* », la Cour de cassation n'a pas tranché cette question.

Ce point avait pourtant fait l'objet d'un développement intéressant dans l'avis du procureur général Molins qui retenait que « *reconnaître un effet contraignant aux mesures provisoires et recommandations du Comité sur le droit des personnes handicapées, qui ne sont pas des décisions de justice, remettrait nécessairement en cause la souveraineté de l'État français* ». Sans aller jusque-là, les analyses doctrinales relatives à la force normative<sup>551</sup> de ces mesures semblent retenir qu'elles ne disposent pas d'une force obligatoire qui contraindrait l'État<sup>552</sup>, et qu'elles ne reposent que sur une exécution volontaire<sup>553</sup>.

Plus encore, la nécessité d'une telle demande de mesure provisoire a été particulièrement remise en question<sup>554</sup> puisque le protocole facultatif lui-même prévoit dans son article 2 § c que le Comité déclare irrecevable toute communication « *ayant trait à une question qu'il a déjà examiné ou qui a déjà été examinée ou est en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement* ». Eu égard à l'examen mené par la Cour de Strasbourg dans le cadre de cette affaire, et aux décisions ayant été rendues, le Professeur Dupré de Boulois souligne qu'il est étonnant que le Comité onusien n'ait pas immédiatement prononcé l'irrecevabilité de la demande. Contrairement aux mesures provisoires demandées par le CPDH, le caractère obligatoire de la Convention européenne, véritable pivot de la protection des droits de l'Homme<sup>555</sup>, ne fait, lui, pas de doute. S'il appert que les recommandations pouvant résulter de l'examen au fond ne revêtent pas de caractère contraignant, la question de la force obligatoire de la demande de mesure provisoire est toute autre<sup>556</sup>.

C'est pourtant sans se prononcer sur ce point que la Cour de cassation a rendu sa décision. Elle considère qu'aucune des caractéristiques de la voie de fait n'était ici présente, et donc, que le juge judiciaire n'était pas compétent pour connaître de l'éventuelle suspension de la mise en œuvre de la décision médicale. Rendant son juge à l'administration<sup>557</sup>, l'assemblée plénière assure ainsi le maintien du dialogue des juges, décrit par François Molins comme « *empreint de tolérance, de compréhension, d'échange et de respect des décisions de justice* »<sup>558</sup> et met un terme à cette saga contentieuse qui, depuis 2013<sup>559</sup>, a bouleversé l'encadrement de la fin de vie en France et le contrôle juridique des décisions médicales.

<sup>551</sup> C. Thibierge *et al.*, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

<sup>552</sup> H. Tigroudja, L. Hennebel, *Traité de droit international des droits de l'Homme*, Pedone, 2016, p. 581.

<sup>553</sup> S. Touzé, "L'exécution des constatations des comités conventionnels des Nations Unies", *RGDIP*, 2017-3, p. 649.

<sup>554</sup> X. Dupré de Boulois, "Affaire Vincent Lambert : la danse macabre continue", *AJDA*, 2019, p. 1202.

<sup>555</sup> J. L. Sharpe (dir.), *La conscience de l'Europe : 50 ans de la Cour européenne des droits de l'homme*, Third Millennium Publishing Limited, 2010, p. 16.

<sup>556</sup> Rolin F., "L'affaire Lambert saisie par les conflits de systèmes juridiques", publié le 3 juin 2019, *Dalloz Etudiant*, [En ligne], < <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/laffaire-vincent-lambert-saisie-par-les-conflits-de-systemes-juridiques.html> >, (consulté le 27 août 2019).

<sup>557</sup> F. Violla, "Affaire Vincent Lambert : l'Administration retrouve son juge", *Actualités LexisNexis*, 11/07/2019.

<sup>558</sup> F. Molins, Avis commun aux pourvois 19-17342 et 19-17330, Cass. Ass., 28 juin 2019.

<sup>559</sup> TA de Châlons-en-Champagne, 11 mai 2013, n° 1300740.

### II. LA COMPETENCE INDISCUTABLE DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE DECISIONS HOSPITALIERES D'ARRET DES TRAITEMENTS

Déjà en 2014, le rapporteur public Keller soulignait que « *le juge n'est pas un médecin, et le médecin n'est pas un juge : chacun a sa mission propre – et difficile – à accomplir* ». Si le Professeur Truchet imaginait difficilement que la décision médicale puisse faire l'objet d'une action en annulation<sup>560</sup>, le juge administratif a pourtant vu les litiges relatifs à de telles décisions se multiplier. En effet, la décision médicale, et plus particulièrement la décision d'arrêt des traitements, affecte « *la situation de son destinataire ainsi que de ses droits, ce qui permet d'établir l'existence d'une véritable décision juridique* »<sup>561</sup>, voire d'une décision administrative dès lors que le médecin intervient pour le compte du service public de la santé.

De médicale, la décision d'arrêt des traitements devient juridique et administrative, ouvrant ainsi la voie à la multiplication des recours contentieux et bouleversant les habitudes procédurales.

Si ce sont finalement les juges du quai de l'horloge qui ont clôturé l'affaire Lambert, ce sont bien les juridictions administratives qui ont le plus souvent connu des décisions médicales adoptées par les trois médecins successifs de cet homme.

Ainsi, tandis que le droit à la vie ne pouvait être assimilé à une liberté individuelle justifiant la saisine du juge judiciaire, le juge administratif avait déjà admis qu'il s'agissait bien d'une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative<sup>562</sup>. Plus encore, le juge des référés a considéré qu'il s'agissait ici de s'assurer de la conciliation entre différentes libertés fondamentales « *que sont le droit au respect de la vie et le droit du patient de consentir à un traitement médical et de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable* »<sup>563</sup>.

Outre cette nouvelle liberté fondamentale qui a été admise par le juge administratif, c'est la procédure même du référé-liberté qui a été bouleversée avec l'instauration d'une « *voie de droit ad hoc* »<sup>564</sup>. En effet, plutôt que d'effectuer le classique contrôle de l'erreur manifeste, cette affaire a conduit les magistrats administratifs à réaliser un contrôle approfondi, tel « *un plein juge du plein contentieux* »<sup>565</sup>. Demandant une expertise médicale et sollicitant des *amici curiae*, le juge des référés a ici usé de la faculté lui étant accordée par l'article L. 521-2 du Code de justice administratif d' « *ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des libertés fondamentales* ». Disposant alors des conclusions rendues par les experts et des observations sollicitées, le juge des référés s'est éloigné des mesures classiquement prononcées dans le cadre de cette procédure accélérée<sup>566</sup> pour rendre une décision au fond et valider la décision d'arrêt des traitements. Avec une telle évolution de l'office du juge administratif, cette affaire a entraîné un véritable glissement<sup>567</sup>, le juge des référés devenant ici « *juge de la médecine* »<sup>568</sup>. Loin d'être isolé, un tel recours à la procédure du référé-liberté a ensuite été confirmé en dehors de cette affaire, les juges du

<sup>560</sup> D. Truchet, "La décision médicale et le droit", *AJDA*, 1995, p. 611.

<sup>561</sup> V. Vioujas, "La justiciabilité des décisions médicales devant le juge administratif", *JCP A*, n° 23, 9 juin 2014, p. 2183.

<sup>562</sup> CE, 16 novembre 2011, Ville de Paris, Société d'économie mixte Pariseine, n° 353172 et n° 3531173, *AJDA* 2011, p. 2207 ; 2013, p. 2137, étude X. Dupré de Boulois ; *AJCT* 2012, p. 156, obs. L. Moreau ; *RFDA* 2012, p. 269, concl. D. Botteghi ; et p. 455, chron. H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois, et L. Milano ; *JCP* 2012, p. 24, O. Le Bot.

<sup>563</sup> CE, 14 février 2014, *op. cit.*

<sup>564</sup> P. Cassia, "Arrêt de traitement médical : un bien étrange référé-liberté", *AJDA*, 2014, p. 1225.

<sup>565</sup> P. Delvolvé, "Glissement", *RFDA*, 2014, p. 702.

<sup>566</sup> J. Schmitz, "Le juge du référé-liberté à la croisée des contentieux de l'urgence et du fond", *RFDA*, 2014, p. 502.

<sup>567</sup> P. Delvolvé, *op. cit.*

<sup>568</sup> *Ibid.*

Palais Royal rappelant les particularités procédurales propres aux litiges relatifs à une décision d'arrêt des traitements<sup>569</sup>.

L'ensemble de ce contentieux a permis de mettre en valeur la complémentarité du législateur et du juge administratif en matière de fin de vie. En effet, l'analyse approfondie menée par le juge administratif a eu un impact direct sur l'évolution de la législation en matière de décision d'arrêt des traitements. D'abord, l'alimentation et l'hydratation artificielles ont été qualifiées de traitement au sens de l'article L. 1110-5 du Code de santé publique. Ensuite, le rôle des tiers dans le processus d'adoption de la décision médicale a été précisé pour conférer une place prépondérante à la volonté du patient lorsqu'elle aura été exprimée au préalable. Enfin, au regard des observations formulées par les *amici curiae*, le refus de l'obstination déraisonnable a été entériné par le législateur. Pour autant, eu égard à l'évolution toute relative de cette dernière notion dans la loi du 2 février 2016, le juge administratif a apporté de nouvelles précisions en 2017 servant d'appuis au médecin pour l'adoption de sa décision.

*In fine*, dans cette affaire où le consentement de Vincent Lambert était incertain, il faut bien retenir que l'une des plus importantes modifications de l'encadrement de la fin de vie se trouve dans l'article R. 4127-37-2 du Code de la santé publique, établissant une hiérarchie entre les directives anticipées antérieurement rédigées par le patient, le témoignage de sa volonté rapporté par la personne de confiance préalablement désignée, et enfin ce témoignage recueilli auprès de la famille ou des proches. Une meilleure connaissance du rôle des directives anticipées, et de la désignation d'une personne de confiance, est donc indispensable.

\*

En refusant de suspendre la mise en œuvre de l'arrêt des traitements de Vincent Lambert, la décision du Gouvernement français visait à assurer le respect du droit de ne pas subir une obstination déraisonnable. Tandis que le juge judiciaire n'était pas compétent pour connaître de la conciliation de cette liberté fondamentale avec le droit au respect de la vie, c'est le juge administratif qui a assuré ce juste équilibre en usant de l'ensemble de ses prérogatives dans le cadre de la procédure du référé-liberté. Permis par la loi, l'arrêt des traitements décidé à l'issue de la procédure collégiale prévue par l'article L. 1110-5-1 du Code de la santé publique ne peut recevoir de qualification pénale<sup>570</sup>.

L'ultime intervention onusienne, soutenue par les juges de la Cour d'appel de Paris, n'aura finalement que retardé de quelques semaines la mise en œuvre de la quatrième décision d'arrêt des traitements de Vincent Lambert.

<sup>569</sup> CE, 8 mars 2017, *op. cit.*

<sup>570</sup> Cass. Crim., 5 mars 2019, *Lambert*, n° 18-80712.



## Table des matières

### Les Annonces

### Le Dossier

**Du bien commun aux biens communs. Approches croisées** ..... p. 6  
Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 5 octobre 2018

**OUVERTURE DU COLLOQUE : L'EXEMPLE DE L'EAU**, ..... p. 8  
*par Philippe **BOUCHEIX***

- I. L'INFLUENCE DU DROIT ROMAIN .....p. 8
- II. DE LA FEODALITE A LA LOI DU 8 AVRIL 1898 .....p. 8
- III. DE LA LOI DU 16 DECEMBRE 1964 A LA LOI DU 3 JANVIER 1992 .....p. 9
- IV. DE LA LOI DE 1992 A LA LOI DU 30 DECEMBRE 2006 .....p. 11

**LA NECESSAIRE ORDINATION DES BIENS COMMUNS AU BIEN COMMUN**, ..... p. 13  
*par Sylvain **LUQUET***

**RETOUR DU BIEN COMMUN SOUS LA FORME DE BIENS COMMUNS  
DANS LES SOCIETES INDIVIDUALISTES**, ..... p. 20  
*par Chantal **DELSOL***

**LA DESTINATION UNIVERSELLE DES BIENS :  
DES BIENS COMMUNS PAR NECESSITE DU BIEN COMMUN**, ..... p. 23  
*par Cyrille **DOUNOT***

- I. L'USAGE COMMUN DES BIENS PARTICULIERS .....p. 24
- II. LA DESTINATION UNIVERSELLE DES BIENS .....p. 27

**QU'EST-CE QUI EST COMMUN SUR LE WEB ?  
EXEMPLE AVEC L'INFORMATION SCIENTIFIQUE ET TECHNIQUE**, ..... p. 31  
*par Guillaume **SIRE***

- I. LA LIBERATION DE L'INFORMATION .....p. 32
- II. LES OCTROIS, OU L'EXCLUSION PAR LES PRIX .....p. 34
- III. LA FORET DE SHERWOOD .....p. 35
- IV. LES JARDINS MURES, OU L'EXCLUSION PAR LES NORMES .....p. 37

# La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Numéro 19 - Septembre 2019

**LA GOUVERNANCE PUBLIQUE DES BIENS COMMUNS INFORMATIONNELS, ..... p. 40**  
*par Adrien PENERANDA*

- I. LE PASSAGE AU NUMERIQUE DU PATRIMOINE CULTUREL SOUS LA FORME DE COMMUNS DE LA CONNAISSANCE .....p. 42
- II. LES FLUX D'INFORMATIONS MISES EN RESEAU CREENT UN NOUVEAU TYPE DE CONNAISSANCE ET DE CULTURE .....p. 43

**TROUBLE DANS L'AMITIE. LA DECONSTRUCTION, LE MANAGEMENT ET LA SUBVERSION DU BIEN COMMUN, ..... p. 44**  
*par Baptiste RAPPIN*

- INTRODUCTION : L'AMITIE OU L'OUBLIEE DU COMMUN .....p. 45
- I. DE L'ETRE COMME COMMUNAUTE A LA TRANSCENDANCE DU BIEN .....p. 46
- II. AMITIE POLITIQUE, JUSTICE ET BIEN COMMUN .....p. 50
- III. LA DECONSTRUCTION OU L'IMPOSSIBLE AMITIE .....p. 54
- IV. LE MANAGEMENT OU LE TRIOMPHE PLANETAIRE DU MESSIANISME DE L'AMITIE .....p. 59
- CONCLUSION : NEUTRALISATION DE L'ETRE, POLARISATION DE L'AMITIE, ECLIPSE DU BIEN COMMUN .....p. 64

**UN BIEN COMMUN EN VUE DU BIEN COMMUN ? POUR UNE TENTATIVE DE REFLEXION SUR LA NATURE DE LA PROCEDURE CIVILE, .. p. 65**  
*par Pierre-Louis BOYER*

- I. LA PROCEDURE COMME MOYEN DU BIEN COMMUN .....p. 68
  - A. La procédure comme moyen de la Justice
  - B. Un moyen direct de participation au Bien commun
- II. LA PROCEDURE APPROPRIEE : DU BIEN COMMUN AUX BIENS COMMUNS .....p. 72
  - A. La démocratisation et la libéralisation de la procédure : d'un Bien commun aux biens communs
  - B. Les biens communs démocratiques : un retour « naturel » au Bien commun ?

**L'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE, INSPIRATRICE DES BIENS COMMUNS, ..... p. 79**  
*par Marc DUPRE*

- I. LA PERMANENCE DE SITUATIONS D'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE .....p. 82
  - A. La nécessité de l'indivision forcée et perpétuelle
  - B. Les critères matériels de l'indivision forcée et perpétuelle
- II. LES LEÇONS DE L'INDIVISION FORCEE ET PERPETUELLE .....p. 85
  - A. Les outils juridiques de l'indivision forcée et perpétuelle
  - B. L'apparition d'un régime de l'indivision forcée et perpétuelle ?

**LE BIEN COMMUN, NOUVELLE CATEGORIE JURIDIQUE ?, ..... p. 88**  
*par Marie CORNU*

- I. INSTITUER LES BIENS COMMUNS EN NOUVELLE CATEGORIE JURIDIQUE .....p. 89
  - A. Les difficultés d'insertion d'une notion juridique de bien commun : les résistances de la propriété
  - B. Les signes d'un changement possible : les tentatives d'élaboration d'une catégorie juridique de commun
- II. PRENDRE LE BIEN COMMUN COMME LIEU DE REFLEXION .....p. 92
  - A. Les difficultés d'appréhension des communs : les déficits de communalité sur des objets multiples
  - B. Construire juridiquement l'intérêt collectif selon une échelle graduée de communalité

# La Revue du Centre Michel de l'Hospital

Numéro 19 - Septembre 2019

**IMPOT ET COMMUNS, ..... p. 96**  
*par Katia WEIDENFELD*

- I. LE COMMUN AUX FONDEMENTS DE L'IMPOT .....p. 96
- II. DES FAILLES DANS LA GOUVERNANCE COLLECTIVE DE L'IMPOT .....p. 98

**VERS UNE FINANCE DESTINEE AU BIEN COMMUN :  
LA CONTRIBUTION DE L'APPROCHE THOMISTE, ..... p. 102**  
*par Caroline MARIE-JEANNE*

- I. COMMENT TRADUIRE L'IDEE DE BIEN COMMUN DANS L'ORDRE FINANCIER ? .....p. 103
  - A. Le bien commun et l'argent chez Aristote
  - B. Le bien commun et l'argent dans la philosophie de Saint Thomas d'Aquin
  - C. Le bien commun et l'argent dans la doctrine sociale de l'Eglise
- II. COMMENT UTILISER L'ARGENT EN VUE DU BIEN COMMUN SELON  
L'APPROCHE THOMISTE ? .....p. 106
  - A. Le prêt d'argent : principes thomistes
  - B. La spéculation : principes thomistes
- III. QUELLES PISTES POUR REpondre AUX DEFIS A VENIR ? .....p. 110
  - A. L'émergence des modalités de financement par le partage
  - B. La nécessité de concevoir un prêt « gratuit »
  - C. L'émancipation de la valeur d'usage

## L'Etude

**La rationalisation de l'Exécutif dans le nouveau constitutionnalisme des Etats  
de l'Afrique noire francophone :  
cas du Cameroun, Benin, Tchad et Gabon,..... p. 116**

*par Jacques BIPELE KEMFOUEDIO*

- I. DE 1990 A 2000, UNE RATIONALISATION OPERATIONNELLE DE L'EXECUTIF ..... p. 119
  - A. L'influence des contre-pouvoirs sur l'Exécutif
  - B. La limitation de mandats présidentiels
- II. DEPUIS 2000, UNE MISE EN BERNE DE LA RATIONALISATION DE L'EXECUTIF ..... p. 130
  - A. La justification de la mise en berne
  - B. L'expression de la mise en berne

## Le Commentaire

**Cour de cassation, Assemblée plénière, 28 juin 2019, n°19-17330 et 19-17342.  
L'intervention inattendue de la Cour de cassation au terme de l'affaire  
Lambert, ..... p. 140**

*par Elise ROUMEAU*

- I. UN RAPPEL LAPIDAIRE DES CARACTERISTIQUES DE LA VOIE DE FAIT ..... p. 142
  - A. L'exclusion attendue du droit à la vie du champ des libertés individuelles
  - B. Le rapide examen de la condition subsidiaire du rattachement aux pouvoirs  
de l'administration
- II. LA COMPETENCE INDISCUTABLE DU JUGE ADMINISTRATIF EN MATIERE DE DECISIONS  
HOSPITALIERES D'ARRET DES TRAITEMENTS ..... p. 146