

Étienne Le Roy, Le droit, ennemi du commun

Entretien avec Étienne Le Roy

Gabriela Coman and Alain Deneault

Number 306, Winter 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/72760ac>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Collectif Liberté

ISSN

0024-2020 (print)

1923-0915 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Coman, G. & Deneault, A. (2015). Étienne Le Roy, Le droit, ennemi du commun : entretien avec Étienne Le Roy. *Liberté*, (306), 9–13.

Étienne Le Roy

Le droit, ennemi du commun

La notion de « communs » est utilisée par une nouvelle école de penseurs cherchant à décrire ce qui existe hors de nos régimes de propriété, qu'ils soient publics ou privés. Anthropologue et juriste, Étienne Le Roy s'intéresse à des traditions juridiques qui peuvent nous armer contre les dérives du droit occidental.

Propos recueillis par

GABRIELA COMAN ET ALAIN DENEAULT

LIBERTÉ — Comme juriste et anthropologue, vous faites état, dans votre travail, des limites du droit occidental, en l'intégrant à la notion générique de « juridicité » et en le ramenant au rang de mille et une pratiques anthropologiques. La juridicité selon vous s'intéresse aux « clés de compréhension qui assurent la légitimité, l'autorité et l'efficacité des dispositifs » dont dépend « l'ensemble complexe de rapports qui fait tenir ensemble les composantes d'une société ». La juridicité relève d'approches qui ne se rapportent pas nécessairement à notre tradition. Comment s'est présenté à vous ce questionnement ?

ÉTIENNE LE ROY — Très tôt, dans les années 1968-1969, j'étais persuadé que les catégories de *public* et de *privé*, de *droit public* et de *droit privé*, et de *droit* lui-même, par rapport à la coutume, ne fonctionnaient pas dans le contexte africain. Donc, j'ai consacré une partie de ma vie à jouer avec ces différents concepts, puis à introduire une autre notion, celle, englobante, de *juridicité*. Pour moi, le droit s'intègre à

la catégorie de la juridicité, il en est une composante parmi d'autres traditions, comme la conception du *li* chinois, qui est un rite, du *fiqh* musulman, qui est une science du juridique, ou du *dharma* indien qui est, lui, une expérience de la plénitude. Il y a plusieurs expériences qui ont été développées par les sociétés humaines pour définir les cadres et les modes de régulation. Et le droit est une de ces inventions-là qui, pour moi, est différente des règles du *jus* latin.

Nous avons inventé la catégorie du droit en Europe à partir de la fin du xvi^e et du début du xvii^e siècle. Notre conception du droit, qui naît, disons, en Europe, à partir du xiii^e siècle avec le système des ordonnances royales, est liée au monopole de la violence physique qu'exerce l'État et donc, au monopole de la loi réservé à l'État. C'est ce qui donne au droit sa caractéristique de positivité et qui rend essentielle la « théorie pure du droit », qu'a d'abord développée l'Allemand Hans Kelsen au xx^e siècle, pour comprendre comment les Occidentaux, et eux seuls, ont pensé les constructions pyramidales dans lesquelles tout est bloqué en haut

par une instance unique : l'État et le droit qui se confondent l'un l'autre. Derrière cela, il y a une pensée monologique – *monos logos* : un seul discours – un héritage, en fait, de la pensée hébraïque, car certains travaux montrent qu'avant d'être monothéistes, les Hébreux étaient monolâtres, terme construit sur le modèle de l'idolâtre, qu'ils avaient le culte du *un seul*, et que ce culte du *un seul* s'est transmis à l'État par le biais de l'Église catholique, apostolique et romaine, lequel État en a fait le cadre même de sa légitimité au niveau normatif.

Donc, la juridicité de la modernité, c'est cette conception d'un droit positif monopolisé par l'État. Et le droit positif, c'est tout ce que l'État énonce ou reconnaît comme relevant de son emprise ou de son autorité. Avant, ce sont d'autres manifestations de la juridicité qui ont été expérimentées par les autres sociétés. Il s'est agi en particulier de ce qu'on a appelé la coutume, le droit coutumier. Et donc, en ce moment, je suis en train de développer une théorie de la juridicité. À tort, toutes les inventions qu'il y a actuellement se présentent comme étant universelles, ce qu'elles ne sont pas en réalité. La conception du droit, telle que nous la développons en Occident, c'est une conception qui a deux siècles, pas plus. Le capitalisme et bien des inventions afférentes ont été générés entre le XVI^e et le XVIII^e siècle. Mais, dans l'histoire du monde, il y en a d'autres qui ont émergé et qui ont disparu ou qui ont été reprises sous d'autres modalités. Je pense ainsi à la théorie médiévale des deux corps du roi, qui est à l'origine tant de notre conception de l'État que de la notion moderne d'institution. Les juristes anglais et français avaient alors développé une argumentation qui permettait de concilier la diversité successive des détenteurs du pouvoir et l'idée d'une permanence de l'autorité à la base de la représentation nouvelle de la souveraineté, qui prendra tout son essor au XVII^e siècle avec le droit des gens, ancêtre du droit international. Plus généralement, le pluralisme juridique était alors de règle et le restera partout où le monologisme n'a pas été imposé. En fait, nous sommes peut-être en Occident à la fin d'une boucle ou d'une révolution au sens astronomique, dans un contexte non de retour en arrière, mais d'enrichissement de nos expériences. Avec la mondialisation contemporaine, nos cultures et nos sociétés deviennent créoles; cette mixité et ces échanges surprennent sans doute les plus conservateurs, mais offrent des opportunités qu'il nous faut apprendre à maîtriser. Ainsi pour les communs !

Vous avez relevé dans votre ouvrage que les anthropologues se sont intéressés davantage aux échanges qu'aux formes de partage. C'est en travaillant sur les régimes d'appropriation foncière que vous vous êtes finalement intéressé à la notion de « communs », en tant qu'elle est à la fois subversive et complémentaire à notre régime politique. Que placez-vous sous cette expression ?

La plupart des gens ne savent pas ce que sont les « communs ». Quand ils parlent de l'utilisation du « bien commun », ils mettent ensemble deux termes dans une expression où l'un est le contraire de l'autre. Pour des juristes, « bien », c'est ce qui est par principe totalement aliénable, alors que ce qui est

« commun » ne l'est pas. Donc, comment peut-on dire une chose et son contraire dans une même expression ?

La perspective des communs apparaît actuellement sous deux angles différents, deux formes révolutionnaires différentes. La première est celle de Pierre Dardot et de Christian Laval, tel qu'ils l'expriment dans *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, paru en 2014, et qui cherche à casser la dynamique du capitalisme pour imposer une autre manière de partager les richesses. Il y a aussi l'ouvrage de David Bollier, *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, paru dans sa traduction française en 2014 et qui, lui, est davantage socioéconomique et écologique. La deuxième révolution dans laquelle je me reconnais est celle, astronomique et copernicienne que j'évoquais précédemment, et qui conduit à réexaminer, exploiter et enrichir les expériences des sociétés prémodernes dans ce contexte de métissage avec la modernité occidentale. Dans mon ouvrage *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, la première partie porte sur les communs, version prémoderne, et la quatrième partie sur l'émergence contemporaine de communs, avec de nouveaux outils conceptuels. En redécouvrant un certain nombre de questions sur une orbite différente, c'est-à-dire une orbite qui est pour moi transmoderne, avec toutes les problématiques de l'écologie, nous voyons que nous devons à la fois retrouver certaines formules de la prémodernité, contrôler les effets de la modernité, identifier ce qu'a apporté la postmodernité – la postmodernité, je la fais démarrer après le second conflit mondial –, et ce qu'elle nous a apporté est que, maintenant, nous sommes convoqués par l'obligation de penser les trois étapes, en même temps. Nous devons le faire, non pas selon le principe des contraires qui appartient, disons pour simplifier, à la vieille philosophie, mais sur la base du principe de la complémentarité des différences, qui est le nouveau paradigme en train de se développer actuellement et qui, pour moi, est à la base des communs, entre autres. Par exemple, mes amis sénégalais font entre 9 h et 17 h de la modernité au bureau, puis à 17 h, ils font de la traditionnalité en allant jardiner, passant de l'un à l'autre sans avoir absolument aucun problème. Au bout d'un certain temps, on se dit : « Bien... ces types sont au moins aussi logiques et cohérents que nous ! » Et s'ils le font, c'est que les frontières qui ont été posées à un moment donné n'existent pas. Donc, on va regarder ce qui se passe. J'ai ainsi conçu un modèle anthropologique des régimes de propriété du Code civil sur la forme d'un tableau à double entrée dit « matrice ». J'ai alors ouvert ce modèle au centre, c'est-à-dire que j'ai écarté ses quatre catégories – domaine public, domaine privé, biens communaux et propriété privée – et je me suis aperçu qu'on pouvait, entre celles-ci, réintroduire des catégories que je prenais en fait dans les sociétés africaines, mais qui étaient analogues aux catégories qui avaient caractérisé le droit coutumier du Moyen Âge, progressivement oubliées au XVIII^e siècle et sous la Révolution française.

Les communs ont longtemps été pour moi une catégorie inconnue. Pendant au moins une vingtaine d'années, de 1964 à 1980, j'ai construit des modèles anthropologiques qui permettent d'expliquer qu'il y a un droit sans normes,

dans des conditions d'ignorance de la propriété privée, et même de refus de la propriété privée. Et j'ai traité cela comme caractéristique de communautés, d'une idéologie communautariste. J'ignorais que la notion de « commun » peut en être la catégorie rectrice. Ou plus exactement, je la connaissais depuis à peu près le début des années 1980, mais je la refusais. Je la refusais parce que je la considérais comme trop liée à un mode de pensée de la modernité, une abstraction au sens de Marx quand il parlait de la monnaie, quelque chose de trop évanescent pour rendre

compte de la spécificité des interrelations entre les acteurs, les choses et les besoins de la société, qui permettent de comprendre comment fonctionne une société avant l'invention de l'État, du capital, de l'individualisme, du droit codifié et du monopole de l'État, enfin, toutes les inventions de la modernité. On a travaillé dans mon laboratoire là-dessus pendant une bonne quinzaine d'années, puis on s'est aperçu que ça n'intéressait strictement personne. On a préparé deux ouvrages qui ont été refusés par des éditeurs : trop longs, trop compliqués, pas assez au goût du jour, pas dans la logique développementaliste... Et donc, on a arrêté, et je suis parti travailler, de manière critique, sur la perspective développementaliste. Il ne faut pas être naïfs, le rapport de forces est tel que, chaque fois que j'ai essayé d'aller un tant soit peu à l'encontre d'un certain nombre de ces forces – qu'elles soient économiques, politiques ou idéologiques –, je me suis fait écraser. Ça ne veut absolument pas dire que le processus actuel est inéluctable. À vue humaine, à courte vue humaine, c'est très difficile de supposer qu'on va pouvoir changer facilement, dans les cinq, dix, quinze prochaines années...

Dans ma jeunesse, on croyait aux grandes alternatives où on est tout marxiste, puis on devient tout autre chose. Depuis, j'ai appris que la société, parce qu'elle est complexe, est nécessairement l'entremêlement d'un ensemble de forces et que c'est de jouer sur les différentes forces qui permet à un moment donné de faire passer, ou pas, un certain nombre d'intérêts – des intérêts qui peuvent être individuels, collectifs, respectables, scandaleux, etc. La société, c'est une scène sur laquelle on lutte, et on ne fait que lutter. Je ne crois pourtant pas en la révolution. Je l'ai vécue en mai 1968, en observateur plus qu'en acteur, puis durant mon expérience d'africanisation des enseignements juridiques à l'École de droit de Brazzaville, en pleine rupture marxiste-léniniste, durant deux années universitaires, de 1971 à 1973. Ce que j'ai fait était sans doute plus raisonné, plus profondément engagé dans une continuité ; et, en même temps, je ne crois pas qu'on soit capables de tout transformer radicalement. Toutes les expériences du xx^e siècle ont abouti à des échecs si retentissants

La conception du droit, telle que nous la développons en Occident, c'est une conception qui a deux siècles, pas plus.

— Étienne Le Roy

et si profondément scandaleux par rapport aux ambitions et aux attentes de tous... – je pense à la révolution russe, mais aussi à bien d'autres, naturellement – que, donc, se mettre à rêvasser sur des lendemains qui chantent ne me paraît pas possible. Par contre, on peut éveiller l'attention sur des enjeux nouveaux, mettre en évidence des contradictions, des opportunités, stimuler les intelligences, montrer que, derrière l'apparence de limites, de blocages, etc., il y a des opportunités nouvelles qui sont en train d'émerger. Il s'agit de construire ces opportunités pour que cha-

cun puisse trouver le chemin et qu'à un moment donné, on puisse mobiliser un certain nombre de catégories éparses qui, en fait, peuvent fournir une trame suffisamment cohérente de cette complexité nouvelle qui apparaît afin que les gens aient envie de s'y frotter, d'en expérimenter les implications, d'en comprendre la portée libératrice.

Est-ce que vous pouvez donner quelques exemples de ces « catégories éparses » ?

Ce sont nos pratiques au quotidien, qui sont des pratiques de partage. Il y a des partages qui sont plus ou moins ponctuels, d'autres beaucoup plus continus. Les deux exemples les plus notables, en France tout au moins, sont le covoiturage et les colocations d'appartements ou de maisons, qui sont moins des modes de réduction de la place de la propriété privée, qui reste très forte, qu'un changement en profondeur des modes de consommation. C'est d'ailleurs là où on peut percevoir les innovations que supposent ces nouvelles approches, car la gestion par les communs ne remet pas forcément en cause les droits de propriété. Une logique des communs peut se superposer à une logique juridique ; donc, la logique fonctionnelle n'interdit pas la logique institutionnelle : l'une et l'autre peuvent se compléter. Et selon que l'on veut regarder du côté du droit ou du côté du service rendu, on verra le droit ou on verra autre chose. Il va donc falloir qu'on modifie nos grilles, non pas en changeant de grilles, mais, à nouveau, en les enrichissant.

Que pensez-vous des discussions qui ont cours en Italie sur la transformation du droit et de la constitution de l'État pour faire de l'eau un bien commun ?

J'en ai entendu parler, mais je n'ai pas suffisamment travaillé la chose de l'intérieur pour pouvoir porter un jugement. Je dirais simplement que, face à de telles délibérations, je suis à la fois politiquement intéressé, favorable si vous voulez, et scientifiquement hyper prudent. Hyper prudent, parce qu'on risque une fois de plus de couler dans un cadre logique particulier quelque chose qui relève d'une autre logique. Ma

position actuelle est de dire : le droit s'inscrit dans une logique institutionnelle, une logique d'institution, alors que la juridicité s'inscrit dans une logique fonctionnelle de services à remplir et non pas dans des institutions dans lesquelles on encadre les choses. Et donc, inscrire un commun dans un cadre légal, si on ne prend pas garde au fait qu'on risque de dénaturer la logique qui est au cœur du commun, peut détruire le commun pour en faire une institution de la communalité ou, comme ce qu'on a fait, nous, en France, avec le Code civil en 1804, soit organiser des biens communaux, constitués en particulier de marais, de bois, de carrières, de pâturages. Les communs sont devenus des biens communaux quand ils n'avaient pas déjà été appropriés privativement. Et donc, on les a dénaturés, volontairement dénaturés. On n'a qu'une vie et je n'ai pas tout vérifié là-dessus, mais il est très clair qu'entre 1793 et 1804, les révolutionnaires se sont efforcés en France de faire disparaître les communs et les ont finalement introduits comme des communaux, mais sur le modèle de la propriété privée, avec des restrictions et des limites et, en fait, en dénaturant ce qui est la logique du commun, soit la logique du partage. C'est ça qui est la base, la base la plus fondamentale.

Les notions qu'on associe communément à la chose « publique » posent beaucoup de problèmes par rapport à ce qui est « commun » ainsi que « privé ». On conçoit certes qu'il y a des différences entre ces notions, mais sans pour autant cesser d'y recourir de manière très approximative. Est-ce qu'on peut les penser sans faire appel à la notion de droit ?

Il est fort possible – c'est actuellement la question sur laquelle je travaille – de considérer que le commun, juridiquement, ne relève pas de droits et n'a pas à en relever, mais



— Et sinon, est-ce qu'il reste de la place dans l'autre vie après ?

relève d'autres interprétations et expériences de la juridicité, telle la notion de maîtrise, éventuellement sur le mode de ce qui a été inventé avant la modernité, le capitalisme, l'État, etc., ainsi que pour la notion médiévale de tenure, mais aussi selon des modalités complètement nouvelles, parce que l'esprit humain est capable d'inventer de nouvelles solutions.

Et donc, c'est dans ces espaces-là que je suis en train de chercher – c'est un peu fou, parce que ça suppose qu'on admette que le droit a rencontré ses limites et qu'au-delà de ses limites, il y a autre chose qui est en train d'émerger. Moi, j'en suis maintenant de plus en plus persuadé. Au fur et à mesure que j'avance, ce qui devient extrêmement périlleux, c'est de devoir supposer que toutes les explications typiques du droit positif ne fonctionnent plus dans le domaine du commun. Et qu'en particulier, la vocation des normes générales et impersonnelles du type de l'article 544 du Code civil, disant « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue [...] », ne peut pas s'appliquer aux communs parce que, si le droit est par nature autonome et peut se prêter à des formulations de ce genre, la juridicité, elle, est hétéronome.

Les juristes ont tendance à tout englober dans les catégories du droit ; notre tradition judiciaire tend à tout quadriller. Aucun secteur aujourd'hui n'échappe au droit. Or, on a l'impression, à vous entendre, que les communs sont d'autant mieux préservés et qu'ils se manifestent d'autant mieux qu'on n'est pas conscients de leur existence. C'est comme si, du moment qu'ils passent dans la sphère de la conscience, et de la conscience juridique, comme c'est le cas en Italie avec la question de l'eau, on perdait toute possibilité de faire marche arrière. Vous vous dites sympathique à l'approche italienne en ce qui concerne la constitutionnalisation de l'eau comme bien commun, tout en vous méfiant de la méthode, c'est-à-dire de son inscription dans la sphère du droit. Mais à partir du moment où on soulève la question des communs politiquement, que ce soit en Italie ou au Québec ou en France, on cherche formellement, par le droit, à stipuler que l'on ne voudrait pas voir privatisé ou commercialisé tel bien ou tel service. Si on est conscients du problème, du moment qu'on ne conçoit aucune forme de protection des communs autre que celle de bien public géré par l'État, n'est-il pas trop tard ? Comment peut-on imaginer priver les populations de termes juridiques, et de la conscience légale qu'elles ont acquise du commun, afin qu'elles les retrouvent à l'état d'une pratique intuitive et spontanément intégrée ?

Je suis vraiment tout à fait en accord avec vous pour dire qu'il y a une chape de plomb qui est posée sur la société, et de laquelle des juristes parmi les plus grands se rendent complices, sans le savoir, en restant enfermés à l'intérieur d'un cadre conceptuel, institutionnel et normatif qui interdit de pousser les frontières intellectuelles – pas forcément les frontières politiques, mais aussi les frontières politiques – et interdit de regarder ce qu'il peut y avoir au-delà.

Et il est très clair que, pendant toute une période, il y a eu une répression extrêmement forte dans le système universitaire. Il faut intégrer d'autres variables et avoir ainsi une nouvelle conception de l'objet juridique – passer du droit à la juridicité. Je ne demande pas à tous les juristes de venir pratiquer mon anthropologie juridique, la juridicité, mais je dis qu'il y a des questions, comme celle des communs, qui risquent de ne pas pouvoir être traitées de manière satisfaisante par des juristes. Et donc... Voilà! C'est là-dessus qu'il peut y avoir de vraies discussions entre anthropologues et juristes.

On reste sur l'impression d'une contradiction, du fait que c'est vers l'état de droit

– une expression que vous écrivez avec un grand É et un petit é à la fois – qu'on se tourne pour concevoir et garantir des réalités communes, alors que ces instances, sitôt qu'elles en traitent, font du « commun » des « biens », ce qui ouvre la porte à des formes d'aliénation qui porteront le plus souvent le nom de services publics dispensés par des instances autorisées ou de « privatisation ». Néanmoins, on ne voit pas ce qu'on peut faire, sinon se tourner vers des ministères, des élus, des instances, des constitutionnalistes qui vont faire en sorte que Frankenstein passe à la diète.

Mais c'est le Moloch aussi! Moi, c'est un paradoxe que j'ai développé il y a très peu de temps en disant : sortez de la Deuxième Guerre mondiale. On a cru que le droit allait régénérer les sociétés. À partir de Nuremberg, à partir de la Déclaration internationale des droits de l'homme de 1948, etc., on s'est mis à penser au règne du droit, au règne de la loi et on a progressivement voulu élargir ce phénomène. Or, au fur et à mesure qu'on avance, la tentation et la tendance sont d'aller toujours plus loin et de dire : aucun domaine ne doit être étranger au droit. Et ça devient une ambition... fasciste... oui, fasciste, de réduction de tout à l'unité imposée. On est maintenant crucifiés par le fait que nous croyons absolument au droit. J'ai une formation juridique qui me permet de penser que le droit peut être un instrument de défense de la liberté et d'affermissement de nos responsabilités civiques, mais qu'en même temps, trop de droit tue le droit. Et nous en arrivons à une situation dans laquelle le droit n'est plus contrôlé et va finir à la fois par s'autodétruire et nous dépasser nous-mêmes. C'est la raison pour laquelle mon idée de juridicité n'est pas inutile à convoquer de ce point de vue-là, parce qu'elle permet de concevoir qu'il y a des modes de régulation juridique qui ne sont pas liés au monopole de l'État ni

Mon idée de juridicité permet de concevoir qu'il y a des modes de régulation juridique qui ne sont pas liés au monopole de l'État ni au monopole de la violence par l'État.

— Étienne Le Roy

au monopole de la violence par l'État, et qui peuvent être développés d'une façon non pas normale, mais usuelle et féconde, si vous voulez, en reprenant des expériences qui se sont développées ailleurs, comme en Afrique. C'était un des mots d'ordre que je donnais à mes étudiants, à mes thésards, à mes doctorants : « Inventez le droit qui est nécessaire pour résoudre les problèmes de demain. » D'aujourd'hui d'abord, mais surtout de demain.

La question des communs constitue-t-elle une nouvelle mode ou s'agit-il vraiment d'un espoir pour abandonner des paradigmes, concepts et démarches politiques, idéologiques et théoriques qui manquent de finesse?

Je suis, malheureusement, vous le devinez, beaucoup plus âgé que vous et donc, je suis passé par beaucoup de choses et je ne crois pas qu'on puisse rêver qu'on va avoir une sorte de paradigme alternatif qui va permettre de tout changer et de réorganiser tout sur de nouvelles bases. Par contre, l'idée du commun commence dès maintenant à réintroduire de l'humanité, de l'intelligence, de l'attention à l'autre, de l'altérité, beaucoup de choses comme ça, dans les relations entre un certain nombre de gens. Ces petits éléments-là vont se propager très rapidement et se diffuser dans d'autres domaines. En un mois, il y a trois bouquins en français qui sont parus sur le même sujet; c'est un événement intellectuel et politique. Et ce n'est pas fini. Avec David Bollier, on est en train de préparer un passage à une artillerie d'une autre ampleur. C'est quand même au minimum quatre cents pages qui vont sortir en anglais, en allemand, dans les deux ans qui viennent, et ça risque d'avoir un écho de plus en plus important; et, derrière, il y a aussi la Fondation Charles Léopold Mayer pour le Progrès de l'Homme qui a un programme là-dessus, etc. Je suppose donc que ça va avoir de l'influence. On peut continuer à croire... mais pas avec la foi du charbonnier. **L**

Étienne Le Roy est professeur émérite en anthropologie du droit de l'Université de Panthéon-Sorbonne (Paris-I). Ses travaux portent notamment sur le concept générique de *juridicité* ainsi que sur les enjeux de propriété et de partage fonciers en Afrique. Il est l'auteur de nombreuses publications, dont *La situation foncière en Afrique à l'horizon 2050* et *La terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*.