

→ 4. La tontine sous le regard d'un juriste belge

Le conférencier Jacques Fierens, Professeur aux FUNDP de Namur et à l'ULg, a consacré son exposé sur les aspects juridiques de la tontine en Belgique. Le Professeur Fierens apporte un éclairage précieux sur le statut juridique de la tontine ainsi que sur la légalité de la tontine en droit belge. Il aborde aussi un aspect particulier de la tontine face à la problématique de la dignité humaine.

Aux yeux du juriste belge, la tontine africaine est une institution issue d'une culture différente, qui tente aujourd'hui de se greffer sur les schémas sociaux, économiques et juridiques qui prévalent en Europe et spécialement en Belgique.

Ce n'est pas que la notion soit inconnue du droit civil classique, mais, pour celui-ci, la tontine est autre chose que ce dont nous parlons. Il s'agit d'un groupement dont les membres, par des versements, constituent un fonds commun destiné à être capitalisé durant un certain nombre d'années et réparti entre les survivants à l'échéance convenue (voy. G. Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, P.U.F., 7e éd., 2005, pp. 908-909).

La clause tontinière concerne plus habituellement les relations entre époux. Il s'agit alors d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun, par exemple celui d'un immeuble, selon laquelle la part du premier mourant doit revenir à titre gratuit au survivant, ou, en d'autres mots, une clause d'acquisition de la totalité d'un bien sous condition de survie.

On sait que c'est le banquier napolitain Lorenzo Tonti qui a imaginé cette institution juridique et l'aurait proposée en 1653 à Mazarin. Il



n'est toutefois guère aisé de trouver un rapport entre l'idée de Tonti et les pratiques africaines, au demeurant diverses.

Deux éléments paraissent pouvoir se retrouver dans l'ensemble de celles-ci : d'une part le partage concret, souvent d'argent ou de biens, parfois de travail ; d'autre part, l'instauration ou le renforcement de liens sociaux particulièrement accentués. La technologie financière aboutit clairement, en effet, à l'institution de structures sociales, voire éthiques, originales.

Or, le droit est plus apte à organiser le partage qu'à créer de nouveaux liens sociaux.

Du point de vue de sa nature juridique, une tontine est une sorte de contrat, plus spécifiquement un contrat d'association. Sa légalité de principe ne fait pas de doute. Aux termes de l'article 1134 du Code civil.

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

L'article 6 du même Code exclut la légalité des conventions particulières qui dérogeraient aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. On ne voit pas en quoi les tontines africaines seraient concernées par ces exclusions.

L'élément essentiel de la validité du contrat est la rencontre des volontés individuelles, qui doivent être libres et exemptes de vices comme ceux qu'engendre l'erreur, le dol, parfois la lésion.

Notre droit écrit est individualiste. Il n'existe à ses yeux, dans un premier temps, que des individus juridiques qui peuvent, dans une certaine mesure, échapper à la solitude juridique en créant des associations de fait ou de droit, ou des sociétés pourvues de la personnalité juridique. Du point de vue de sa forme, la tontine est, dans l'immense majorité des cas, une association de fait. Celle-ci n'a pas de personnalité juridique. Sa création et son fonctionnement ne

relèvent d'aucune loi particulière. Elle peut trouver son fondement dans l'article 27 de la Constitution, pour ne pas mentionner les sources internationales.

Les membres d'une association de fait peuvent voir leur responsabilité individuelle mise en cause si des engagements pris au nom de l'association ne sont pas respectés. Les membres peuvent aussi agir uniquement en leur propre nom.

L'association de fait peut obéir à des règles écrites ou verbales. La différence réside surtout dans la facilité ou la difficulté de prouver les obligations de chacun.

Observons toutefois que des relations sociales étroites s'accommodent mieux de règles non écrites. L'établissement d'un document est plutôt le signe que la relation sociale est longue, voire empreinte de méfiance, et que les débiteurs et les créanciers de différentes obligations ne sont pas des proches. Ainsi, on ne fait pas signer une reconnaissance de dettes à son meilleur ami, tandis qu'on ne s'étonne nullement que la banque établisse un contrat de prêt écrit. Étant donné que la tontine implique par elle-même des relations sociales étroites, il n'est pas étonnant que la plupart d'entre elles fonctionnent selon des règles non écrites.

On pourrait imaginer sans peine qu'une tontine se constitue en association sans but lucratif. Une ASBL peut agir en son nom propre, elle peut acquérir des propriétés et des marchandises, conclure des contrats, etc. Les membres ne sont alors pas liés personnellement par les engagements de l'association, aussi longtemps qu'il n'est pas question de fraude ou de mauvaise gestion. Dans ces derniers cas, les membres seraient personnellement responsables et devront rembourser les frais. Le statut d'ASBL est par ailleurs indispensable en pratique pour obtenir des subventions.

Quoi qu'il en soit de sa forme, il faudrait approfondir les aspects fiscaux des tontines et leur régularité à l'égard de la réglementation des activités bancaires.

Du point de vue de son fonctionnement, la tontine obéit évidemment

aux règles du contrat, ce qui a pour conséquence qu'il peut être très variable.

Chaque membre est engagé vis-à-vis des autres, chacun est débiteur d'obligations et créancier de droits. Il est assez simple en pratique de définir des droits et obligations. Toutefois, le discours juridique ne peut se référer qu'à certaines d'entre elles, qui s'expriment toujours sur le mode du défendu, de l'obligatoire ou de l'autorisé.

Or, la solidarité, la confiance endogène, implique des comportements qui échappent ou, en tout cas, dépassent ce type d'obligations. Le droit devient alors « maladroit ». L'exigence d'*affectio societatis* au sein d'une société juridiquement constituée, n'est qu'un pâle reflet ou une déformation de la solidarité sociale espérée. On peut percevoir le même phénomène en droit familial. Lorsque la solidarité entre époux ou le devoir d'entretien à l'égard des enfants s'exprime en termes de pensions alimentaires, chacun voit bien que la relation humaine visée par la norme est appauvrie et même défigurée.

Du point de vue de la garantie de dignité humaine, les mêmes difficultés sont perceptibles. La tontine se présente souvent comme une alternative au bénéfice de l'aide sociale publique et légale, qui a précisément pour but, en théorie, de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine (voy. l'article 23 de la Constitution et l'article 1er de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale).

Cette garantie constitue d'abord une obligation de l'Etat et de ses émanations, des pouvoirs publics. Elle a depuis longtemps cherché sa voie, dans nos régions, en concurrence avec la solidarité privée, au sein de laquelle la famille et les groupements religieux ont pris une place particulièrement importante. Cette concurrence remonte à l'époque de la fondation des villes, vers le XIIIe siècle, lorsque les échevinages ont commencé à faire concurrence à la charité des institutions chrétiennes. Aujourd'hui, officiellement, la garantie de la dignité humaine relève exclusivement de la puissance publique, et a même été érigé au rang de droits de l'homme (Voy. entre

autres, l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ou l'article 30 de la Partie I de la Charte sociale révisée du Conseil de l'Europe), même si l'importance de l'aide privée demeure indéniable.

Le rôle des autorités religieuses prend fin officiellement, dans nos régions, avec la création des bureaux de bienfaisance par la loi du 7 frimaire an V (1796). Toutefois, par arrêté du 22 décembre 1800, le ministre de l'Intérieur leur lancera un appel en estimant que les secours nécessaires aux malades requièrent des personnes vouées par état au service des hospices ou dirigées « par l'enthousiasme de la charité ».

Que l'on songe à la palette des mouvements associatifs à caractère social, aux *Restos du cœur*, etc.

L'introduction de tontines en Belgique participe aussi de la concurrence entre, d'une part, la volonté de garantir le droit de vivre dignement de manière absolue à toute personne et, d'autre part, la contractualisation de l'aide, typique de l'évolution de l'aide sociale en Belgique depuis une quinzaine d'années. On en trouve un exemple particulièrement parlant dans la modification, en 1993, de l'article 60, paragraphe 3, de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'action sociale, qui prévoit que l'aide financière peut être subordonnée à la conclusion d'un contrat d'intégration. Cette contractualisation de la dignité relève d'une société au sein de laquelle on ne reçoit que si on donne. Elle remonte, en réalité, aux fondements mêmes des Etats occidentaux modernes, aux idées politiques du XVIIIe siècle, à la Révolution française. Jean-Jacques Rousseau, qui a insisté sur le concept d'utilité sociale, repris à l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en avait déjà dessiné les bases :

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

On oublie souvent la deuxième phrase de cette disposition. Mais finalement, cet aspect de donnant-donnant n'est-il pas fréquemment inscrit aussi dans les structures traditionnelles africaines ?

Si la tontine peut fonctionner et même avoir pour but premier une privatisation de l'aide (qui arrange sûrement bien les CPAS), elle constitue donc aussi, à l'évidence, une contractualisation de celle-ci.

Ce conventionnalisme peut avoir des avantages, notamment parce qu'elle valorise la responsabilité propre de la personne, mais aussi de nombreux inconvénients parce qu'elle rend davantage vulnérable le plus pauvre, celui qui ne peut s'engager, qui n'a pas les moyens de contracter. Ces questions reviennent à se demander aussi, à propos de la tontine africaine, si elle n'est pas en fait réservée finalement à un public sélectionné, qui devra prouver qu'il mérite la confiance financière et sociale qu'on met en lui.

La création de tontines en Belgique pourrait encore indiquer qu'aux yeux de certains migrants, ou au regard de cultures différentes, soit l'aide sociale ne peut jamais remplir adéquatement son rôle de protection de la dignité, soit elle n'y arrive pas concrètement. Il est vrai que malgré ses apparences de droit fondamental et absolu, le législateur belge a réussi à exclure de nombreuses personnes de l'aide sociale, sur la base d'un autre critère que la contractualisation, celui de la régularité du séjour. Il n'y a pas d'aide sociale pour étrangers en séjour illégal, sauf l'aide médicale urgente (article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale). Par ailleurs, beaucoup de migrants non européens sont exclus d'une autre loi d'aide sociale, la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale. Ils n'ont notamment pas droit au minimum d'insertion, s'ils ne sont pas (encore?) autorisés à s'établir dans le Royaume ou à y séjourner plus de trois mois (article 3, 3° de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale).

Mais sans doute la création de tontines comme alternative à l'aide sociale s'explique-t-elle avant tout par la constatation qu'aucune aide légale ne peut véritablement créer la solidarité recherchée à travers cette institution. Non que les lois soient toujours mal faites, mais parce que ce type de solidarité échappe au droit. Celui-ci peut mettre en place les conditions de possibilité, mais ne peut donner ce que recherche le tontinier.

Les tontines sont-elles un meilleur moyen de permettre une vie digne ? La discussion est à peine entamée.

