

Avant-propos

François TERRÉ

Le problème est immémorial. Il rejoint les questions que, de toute Antiquité, l'homme, en général, et le juriste, en particulier, posent au monde. Dans le domaine du droit, la démarche binaire est prédominante, ce qui n'est ni bénéfique, ni maléfique. Reste que des distinctions ou des oppositions trop simples peuvent nuire à certaines ambitions synthétiques. L'histoire du droit naturel, classique ou moderne, a révélé la permanence de la distinction des positivistes et des jusnaturalistes. Or on oublie trop souvent la place que le surnaturel peut aussi occuper dans le droit.

D'autres dualismes s'accommodent mieux de semblables dépassements des visions coutumières. Les fulgurances de Malraux en philosophie de l'art n'appellent évidemment ici qu'une simple évocation. L'intemporel qu'il décrit et exalte n'est pas indifférent au droit, même si celui-ci vit dans le temps et s'emploie à le comprendre, à le mesurer, à le dominer. L'irréel aussi n'est pas sans écho dans les constructions de l'esprit juridique dont une des manifestations par excellence se réalise au moyen des fictions, géniales inventions des juristes romains, instruments de l'irréel au service du réel.

Malraux n'a pas proprement consacré un livre à l'immatériel. Était-ce parce que l'art est forme avant toute chose ? Laissons à d'autres, plus compétents, le soin de répondre. Ce qui n'est pas douteux, c'est que le droit relève par essence de l'ordre de l'immatériel. En s'initiant au droit romain, on saisit vite cette relation singulière entre les choses et les droits sur les choses qui a marqué de son empreinte le droit continental européen, surtout en France. La force de l'immatériel n'explique pas seulement ce que la doctrine a longtemps voulu rattacher à un certain absolutisme du droit de propriété. On la trouve aussi dans le concept d'obligation qui, largement et bien entendu, s'insère naturellement dans celui de bien. Dans tout cet immense ordre d'idées, on voit bien s'évanouir tout ce qui apparemment semble palpable. Gauche ou, surtout, droite, la main est un outil de la vie juridique. Mais elle n'y intervient que de manière très médiante et surtout symbolique. Nul ne touche un droit subjectif, pas plus qu'une règle juridique. On n'atteint que l'immatériel, ce qui ne permet pourtant pas de contester son existence et sa réalité.

Notre vision a été depuis si longtemps séduite mais faussée par une métaphore poétique que nous avons pensé qu'on pouvait, en quelque sorte, toucher les sources du droit, lieux communs où jaillissent les courants souterrains de la vie. Mais précisément ces courants sont derrière les sources qui leur doivent peut-être leur prestige mais ne se confondent pas avec eux. Ils sont ailleurs dans la terre ou dans le ciel, de toute façon, [p. 9-11]

attache tellurique ou cosmique, dans des lieux ou des univers que l'Orient a probablement mieux compris que l'Occident. Pourtant, même dans notre tradition, la disponibilité du réel, sans cesse exposé à la création de formes par la vie, illustre bien l'importance de la distinction capitale, chère à Simmel, entre la vie et la forme, entre la puissance vitale de renouveau et ces créations formelles qui, sitôt nées, se détachent progressivement de la vie. Or, l'on ne saurait nier que ni la vie, ni la forme – pas même cette « belle forme » dont il est question dans le *Banquet* – ne relèvent de l'immatériel.

Le droit des biens nous en fournit la preuve par le jeu des catégories et des qualifications que la volonté *informe*. Qu'est-ce que l'immeuble par destination sinon une manifestation de l'immatériel, largement entendu ? Mais pourquoi s'en offusquerait-on ? Dans la République de Venise, en un sens une des plus immatérielles de toutes, malgré ses ducats et ses espions, la distinction des meubles et des immeubles était simple : la valeur – chose immatérielle par essence – l'emportait sur le physique des choses. Tout ce qui relevait du territoire vénitien était immeuble. Le reste ? des meubles.

Chaque fois qu'un juriste s'aventure du côté de la philosophie, d'Aristote et de bien d'autres, on le voit embarrassé par le sens que les philosophes donnent au concept de forme. Rien à voir avec ce qui leur permet de distinguer, tant qu'ils le peuvent, la forme et le fond. Pour eux, la distinction est probablement plus extérieure, habitués qu'ils peuvent être à ne pénétrer qu'avec prudence dans la complexité des consciences. Qu'y a-t-il de plus central dans les constructions du droit que le contrat, et de plus central dans le contrat que la conscience ? Interrogations qui désorientent les philosophes. Il n'y a pas de quoi s'en étonner : le droit, préférant s'en tenir aux strates les moins éloignées de la superficie du réel, distingue des autres celles qui lui sont le plus accessibles. Et il est normal que, malgré les vicissitudes du formalisme – législatif ou jurisprudentiel –, il attache une telle importance sur le terrain de la preuve à l'*instrumentum* par rapport au *negotium*. À tel point que le vieil adage *Idem est non esse aut non probari* n'apparaît pas seulement comme une vulgaire et sévère règle de preuve, mais comme l'expression, tout compte fait, protectrice de la volonté et du consentement. En d'autres termes, les relations juridiques sont de l'ordre de l'immatériel. Tout simplement – si l'on peut dire – parce que la respiration du droit implique nécessairement preuve, publicité, opposabilité. Tel est son besoin essentiel : il est le témoin de ce monde réel par rapport auquel il lui faut pourtant prendre sa distance.

Aporie du droit ! Il est organisation sociale, ce qui nécessite une emprise sur le réel. Ne parlons pas de symbiose. Là gît cette fascination qu'il inspire chez ceux qui lui ont consacré leur vie. Son histoire est pour eux une constante dialectique de l'immatériel du droit dans ses rapports avec le matériel. L'apport de l'anthropologie juridique est ici capital : musique et danse, gestes et rites, tout ce qui dépasse la seule description des règles et des solutions renvoie à un immatériel propre à libérer de l'obscur et du trivial. L'histoire contemporaine de l'acte juridique jusqu'à cette perte apparente ou réelle du droit dans sa propre extériorisation bureaucratique est un signe important du désarroi de notre temps.

Pourtant, d'autres espaces s'ouvrent à la réflexion. Ils sont porteurs de difficultés et d'interrogations dont le présent volume est la résultante. Il fallait, pour en prendre mieux conscience que par le passé, les prendre en compte. Difficultés tenant à l'apparition de nouvelles « réalités » immatérielles, spécialement dans le monde des créations ininter-

rompues de l'esprit et de multiples dématérialisations. Difficultés liées aussi à de nouvelles modalités d'extériorisation, dans le domaine de l'informatique, de l'électronique, de la télématique. Le tout étant souvent illustré par nombre d'opérations financières portant sur des objets immatériels.

La société que le juriste aujourd'hui contemple l'oblige à s'interroger de nouveau et de tous côtés sur la distinction cartésienne de l'esprit et de la matière qui a exercé une si grande influence sur la pensée humaine, y compris dans le domaine du droit, quoique Descartes s'en soit défendu, mais seulement en termes de méthode. De là sont résultés les travaux du colloque de l'Association française de philosophie du droit tenu les 30 et 31 mars 1998, synthétisés par le professeur Pierre-Yves Gautier (v. *infra*) et complétés par nombre d'études, dans la ligne de ce qui avait été étudié auparavant au sujet de l'argent, en 1997 (v. *Arch. phil. droit.*, t. 42, 1998).