

La condition immatérielle du monde et la question du droit

Pierre CAYE

Chargé de recherche au CNRS

*Tout ce qui est bon est héritage.
Ce qui n'est pas hérité est imparfait,
simple ébauche.
(Nietzsche, *Le Crépuscule des idoles*)*

RÉSUMÉ. — Il existe un nœud indéfectible entre l'Etre, la technique et le droit. Pourtant, ce nœud étroit semble aujourd'hui remis en cause par les nouvelles techniques de communication qui non seulement brouillent le travail de qualification et de maîtrise des faits par le droit, mais de façon plus décisive encore engendrent une véritable désinstitutionnalisation du monde. Le droit devient simple régularisation. C'est la possibilité même du droit, de son intelligence des choses et de sa justice qui est ici menacée. Mais le droit a un génie que rien ni personne ne peut venir lui ôter : le génie de la durée, de la transmission et de la succession des choses et des êtres à travers le temps. Il appartient alors au droit de penser ce qu'il en est du temps et de la transmission à l'épreuve de la dématérialisation technique du monde pour en surmonter le nihilisme.

LA SITUATION DU DROIT FACE AUX NOUVELLES TECHNIQUES DE COMMUNICATION

Les nouvelles techniques de communication (NTC), la mise en place d'une économie de l'information et plus encore de l'économie comme information, la dématérialisation des flux et des actes remettent en cause la validité du droit et tout particulièrement sa tâche préjudicielle de qualification des faits, par laquelle précisément le droit se distingue du fait et, en tant que tel, se définit comme droit.

La qualification juridique des faits repose en réalité sur deux opérations distinctes de mise en ordre : une opération proprement juridique et une opération plus fondamentale de nature métaphysique et logique.

Le droit ne se réduit pas seulement à un recueil de règles et de prescriptions normatives, mais constitue aussi une technique analytique qui consiste à disposer dans des cadres rationnels l'ensemble des choses, des faits et des gestes d'une communauté. Cette

technique procède par toute une série d'instruments logiques d'assimilation de l'inconnu au connu et de fictionnement des situations. Ce mode de catégorisation s'appelle qualification. Ainsi tout fait social spontané se trouve qualifié et compris dans une catégorie juridique connue et fonctionnelle. L'ensemble de ces qualifications forme un dispositif cohérent qui constitue un monde, le monde du droit, auquel aucun de nos gestes n'est radicalement étranger, ou plus exactement un savoir général de l'agir selon la définition que donne Varron du droit comme « science de toutes les choses divines et humaines ». Cette première qualification, qualification technique spécifique au savoir juridique, repose sur un second type de qualification qui concerne non seulement le droit mais l'ensemble des déterminations qui relèvent de notre sens commun. Cette qualification est dite prédicamentale. Elle a été formulée pour la première fois par Aristote dans l'ouvrage inaugural de son *organon* logique : *Les Catégories*. Les catégories ou prédicaments forment un certain nombre de cases – la substance, la qualité, la quantité, l'agir et le pâtir, le temps et le lieu, etc. – qui nous permettent de ranger chaque chose qui tombe sous nos sens et notre entendement et de l'ordonner pour mieux comprendre ce qu'elle est. Toute chose pour Aristote peut être ainsi classée selon son genre et son espèce (catégorie de substance), selon ses qualités de forme et d'apparence (catégorie de qualité), selon sa quantité continue ou discrète (nombre, dimension, poids, etc.), selon la nature de son opération (action), selon le moment où elle est et le lieu où elle se situe. Ce sont à chaque fois des opérations simples de l'esprit que nous ne cessons de réaliser quotidiennement. Or le droit doit en passer par cette qualification préjudicielle du sens commun avant de pouvoir qualifier un fait selon ses catégories spécifiques. Le droit est amené à saisir la nature de l'acte et à l'imputer à son auteur (catégorie de substance), déterminer son caractère volontaire ou involontaire, direct ou indirect (catégorie de qualité), sa fréquence et son intensité (catégorie de quantité), son effectivité (catégorie d'action) et son conditionnement (catégorie de passion), le moment précis où il est arrivé (certains faits sont licites un jour et illicites un autre jour à l'exemple des interdits nocturnes ou dominicaux), enfin le lieu où il s'est déroulé, ne serait-ce que pour décider des autorités juridiques compétentes.

Or, c'est précisément cette mise en ordre prédicamentale des actes et des faits que menace la dématérialisation du monde par les nouvelles techniques de communication. Le jeu des flux et des réseaux rend de plus en plus difficiles la détermination de l'acte, l'imputation à son auteur, sa localisation et de façon plus générale son repérage. Le droit perd ses repères.

Mais est-ce seulement une affaire de repérage, de fixation et de détermination juridiques de l'acte que la dématérialisation rendrait difficiles et imprécises ? La réinstauration de la souveraineté du droit dépend-elle seulement dans ces conditions d'une surenchère policière et technique qui permette de rendre tout réseau et tout flux transparents, contrôlables et localisables ? La dématérialisation ne se contente pas de brouiller la saisie du réel par le droit. On peut se demander d'une façon plus radicale si la dématérialisation du monde et de ses modes de fonctionnement ne remet pas en cause un certain ordre fondamental des choses, et si cette remise en cause à son tour n'implique pas une mise en question non seulement de la tâche du droit mais aussi de ses formes intellectuelles et procédurales ?

IMMATÉRIALITÉ ET COMMUNICATION

L'immatérialité qualifie dans la métaphysique traditionnelle le monde supérieur de l'essence, de la forme et de l'esprit. L'immatérialité est un signe de perfection. Dépouillées de leur enveloppe matérielle qui les rend obscures, instables et contingentes, les choses apparaissent alors dans leur nécessité et dans leur vérité éternelles. Elles se donnent à connaître sans médiation à l'intelligence et constituent ainsi entre le monde et la conscience des hommes un véritable règne de l'esprit fondé sur leur transparence et sur leur compréhension intégrale par l'esprit.

Le devenir-immatériel du monde peut ainsi nous libérer des contraintes que la condition matérielle et finie de notre corps nous imposait jusqu'alors. La communication semble faciliter le partage et le dialogue des intelligences. Nous passons d'un paradigme technique à un autre : de la démiurgie industrielle des arts du feu qui exigeaient peine et dépense des corps à la subtilité des nouvelles techniques de communication, arts aériens qui réclament au contraire la vivacité d'esprit et qui enrichissent l'intelligence en la reliant, telle une copule, au tout du monde. Il semblerait que les nouveaux paradigmes techniques et le devenir-immatériel du monde accomplissent le rêve de la tradition idéaliste en promettant de faire de notre société « une communion des saints », selon l'expression fichtéenne, qui, par sa transparence, assurerait l'ubiquité et donc le partage intégral des êtres sans distance ni incompréhension. C'est évidemment contre ce fantasme de promiscuité absolue que Nietzsche se fera le défenseur du *pathos* de la distance et de la dissimulation. Habermas de son côté critique le paradigme technique de la communication en raison non de son principe idéaliste, mais au contraire de ses déficiences par rapport à ce principe. Le partage des intelligences que la communication est censée favoriser reste entravé par le dispositif technique et institutionnel qui en assure la mise en place. Le paradigme technique a changé, mais les vieilles structures obscures et inertes du pouvoir traditionnel sont restées les mêmes et ont confisqué les nouvelles techniques pour perpétuer leur ordre et leur système de domination. La tâche de la critique consiste à mettre au jour les nouvelles valeurs et les nouveaux modes d'exercice du pouvoir que les NTC contiennent en puissance pour les substituer au vieil ordre politique. La nouvelle critique ne cherche qu'à faire concorder, sur le modèle marxiste, les structures de pouvoir à la réalité des forces de production. Habermas opère ainsi la synthèse entre l'idéalisme fichtéen de la communion des saints, la critique heideggerienne du vieux paradigme démiurgique de la technique et la critique marxiste de l'aliénation des forces productives par l'institution politique.

Une telle conception de l'immatérialité du monde et des transformations qu'engendrent les NTC ne remet nullement en cause la tâche et la légitimité du droit. Pour le conservateur, le droit a essentiellement pour vocation de ramener les nouveaux faits et modes de comportement dont les NTC favorisent nécessairement l'apparition aux catégories traditionnelles de l'ordre social et aux structures fondamentales de l'agir qu'elles expriment. Tandis que, pour la nouvelle philosophie critique, un nouveau droit doit surgir non pas tant des NTC elles-mêmes que des rapports sociaux émancipés que ces techniques peuvent favoriser. Le conservateur aussi bien que le réformateur est optimiste quant à la possibilité même de l'existence du droit dans le champ de ces mutations. Mais le conservateur surestime les continuités institutionnelles du paradigme technique de la terre à celui du feu, puis du paradigme du feu à celui de l'air, tandis que le réformateur

sous-estime la puissance nihiliste de chaos que contiennent le prétendu règne de la raison et de l'intelligence, et la communion des saints qu'il promet. C'est que chacun reste identiquement prisonnier de la même conception métaphysique de l'immatérialité fondée sur la *summa divisio* de l'hylémorphisme entre la forme et la matière, entre l'esprit et le corps. Certes, si le conservateur n'imagine aucune réalité sans la présence d'un substrat qui détermine et maintient la chose dans les limites d'une forme substantielle, le réformateur désire voir la matière transfigurée par la forme. L'un espère réduire l'immatérialité à de la matière visible et palpable, à l'exemple des tombeaux qui dans le droit romain n'obtiennent leur statut d'inviolabilité et d'imprescriptibilité qu'à la condition de contenir réellement les *ossa* et les *cineres* du défunt ; tandis que l'autre au contraire cherche toujours à effacer la matière obscure et inerte pour atteindre à l'apothéose, selon la conception grecque des funérailles où l'image et la mémoire transfigurées du héros mort au combat comptent plus que ses restes.

LA SIGNIFICATION MÉTAPHYSIQUE DE LA DÉMATÉRIALISATION

Il n'est pas sûr pourtant que l'immatérialité relève de cette *summa divisio* traditionnelle de la métaphysique, finalement valorisante pour la communication et rassurante pour l'avenir du droit. Notre tâche consiste à établir la généalogie métaphysique de la dématérialisation du monde, à montrer en quoi cette dématérialisation n'est pas simplement le fait de l'évolution des techniques et de la mutation de leur paradigme, mais correspond aussi à un déplacement et à un devenir plus fondamental des concepts par lesquels nous appréhendons le monde et nous nous y repérons. C'est ainsi que nous pouvons comprendre le rapport que la dématérialisation du monde entretient avec les notions de puissance, d'ordre et de pouvoir, que nous pouvons déterminer la place et le destin qu'elle réserve à l'homme dans le cadre de son dispositif, que nous pouvons enfin mesurer la nature et le sens de l'agir humain exposé à son épreuve. Autant de questions préjudicielles dont dépendent le rôle et l'avenir du droit.

La dématérialisation du monde n'est pas la marque de son devenir-spirituel, mais manifeste au contraire un phénomène interne à sa matérialité. La dématérialisation du monde n'est que la conséquence du processus de désubstantialisation d'une matière qui justement semble de plus en plus privée de formes fixes et stables. La matière laissée à elle-même se dématérialise ; c'est finalement la forme, et la forme seule, qui assure à la matière, dans la métaphysique traditionnelle, son assise, sa stabilité, son poids et sa présence. C'est par elle que la matière assume son rôle métaphysique de substrat et de sol sur lequel se peuvent édifier, maintenir et conserver les choses. Depuis des siècles et des siècles, l'intelligence des hommes, leur sens des institutions et du droit ont étayé et consolidé la matérialité du monde où nous prenons appui.

Or, cette assise sûre et ferme est aujourd'hui remise en cause par les nouveaux paradigmes de la technique. C'est la prise technique du monde qui dématérialise le matériau. Là où les vieux paradigmes visaient à maîtriser et à stabiliser des matériaux jugés fragiles et excessivement soumis à la contingence, les nouveaux tendent au contraire à l'épuiser pour en obtenir une force supérieure et absolue : la technique ne cherche plus à faire œuvre, mais à fluidifier la matière pour en faciliter la mobilisation totale au service

de l'énergie et de la force. La force n'est rien d'autre que de la matière à laquelle toute forme est soustraite. La dématérialisation est le processus du devenir-force de la matière par soustraction des formes. Cette opération de soustraction et de fluidification s'est opérée en deux étapes au cours de notre siècle. D'une certaine façon, la vieille technique démiurgique y participe déjà, et prépare, plus qu'elle ne s'y oppose, les nouveaux paradigmes communicationnels. Vulcain annonce Hermès.

La démiurgie a quelque chose de magique, voire de théurgique. Les techniques démiurgiques, c'est-à-dire toutes les techniques de transformation des matériaux, cherchent à mettre à jour les strates les plus profondes et par conséquent les plus invisibles de la matière. D'une certaine façon, ce mode technique apparaît bien plutôt comme une valorisation et comme une intensification de la matière. La matière révèle toutes ses potentialités. En lui-même, ce mode démiurgique de la technique n'est pas encore facteur de dématérialisation. Mais ce qui est ainsi extrait du plus profond de la matière n'est pas seulement son essence ou sa force primordiale. C'est aussi une abstraction invisible qui s'éloigne et devient étrangère au fond dont elle est tirée. La matière n'est plus un substrat qui asseoit et maintient le monde, mais une simple mine dont on extrait les ressources jusqu'à épuisement.

La deuxième étape radicalise cette première abstraction. Lorsqu'on lit la critique qu'Heidegger porte contre la technique et sa violence, l'historiciste est tenté de la restreindre aux vieux paradigmes démiurgiques, aux arts du feu et de l'acier, à l'extraction brutale des énergies carbonifères ou pétrolifères, au rayonnement du nucléaire. Industries qui naguère faisaient le principal de nos activités. Ici, la violence et la volonté de puissance se manifestent avec évidence. L'idéologie des NTC est tout autre : communication, convivialité et non-violence s'opposent à la lutte titanesque des arts du feu. Il semblerait que les NTC aient accompli le rêve que portait Heidegger de renverser la technique industrielle au sein même de son dispositif sans revenir de façon nostalgique aux vieux artisanats, et aient enfin trouvé le salut là même où croît le péril, pour reprendre le distique d'Hölderlin qu'Heidegger aime tant à citer. Ce rêve et son prétendu accomplissement par les NTC sont au principe de ce qu'on appelle le post-modernisme. Mais en réalité les NTC ne constituent pas tant le renversement du vieux paradigme que son aboutissement et son intensification. Face à l'épuisement symbolique de la matière, l'abstraction ne se fait plus extraction, mais circulation. L'essence de la force et de l'énergie change radicalement de sens : elle n'est pas dégagement d'une latence contenue dans la réserve du monde, mais la vitesse et l'accélération de l'abstraction. L'énergie ne dépend plus de la puissance que recèle la matière, mais de la seule vitesse de l'abstraction. L'abstraction n'est pas seulement l'instrument de la commission et de la mobilisation de l'énergie, mais son objet propre, sa ressource spécifique qu'il appartient aux NTC de mettre en action. Le recentrement de l'abstraction sur elle-même explique le passage métaphysique d'un monde de l'acte et de la puissance, du substrat et de la forme, au monde de la virtualité. La dématérialisation est alors la conséquence non pas tant de l'épuisement et de la mise à l'écart de la matière que de sa transience par le flux continuellement accéléré des abstractions, corps étranger qui dévaste la matière au fond d'elle-même sans que rien n'apparaisse comme le ferait une bombe à neutrons. Si les bombes atomiques de la dernière Guerre mondiale sont, par leur souffle de feu et leur chaleur incandescente, le symbole le plus éloquent du vieux paradigme igné de la technique, les récentes armes tactiques invisibles et sans trace sont elles les symboles de la nouvelle

civilisation de l'abstraction et de la virtualité. Quelle place tient alors le droit dans un tel dispositif métaphysique ?

FORCE ET DROIT

La dématérialisation n'est pas innocente. Elle est le résultat de la quête toujours plus âpre de la puissance par l'homme. La dématérialisation ne nous libère pas tant de l'opacité des choses ou des limites de l'espace qu'elle nous contraint à affronter le pouvoir dans ses instances fondamentales les plus lourdes et les plus oppressantes. La dématérialisation est la monstration de la puissance de l'Être se déployant sans médiation. Force et droit : nous retrouvons le vieux couple antinomique à l'origine de toute civilisation. De la synthèse plus ou moins harmonieuse entre ces deux dimensions de l'agir dépend le destin de toute communauté. Sans la force l'agir est dépourvu de toute efficacité ; sans la justice et sans son droit, de tout ordre. Un droit sans force conduit à l'impuissance, une force sans droit au chaos. Dans tous les cas, l'anarchie triomphe. L'ordre et l'efficacité se convertissent. Nous connaissons la fameuse phrase de Pascal qui résume tout l'enjeu de la question : « Ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste ». Cette pensée passe pour cynique. Elle semble justifier tous les états de fait et nier en réalité la possibilité même du droit, si le droit n'est que la loi arbitrairement légitimée du plus fort. Pourtant, cette pensée n'est pas dénuée ni de sens ni d'ordre, alors qu'il n'est pas sûr qu'aujourd'hui la possibilité même de cette conversion de la force en droit trouve encore ses conditions de validité. Que veut dire Pascal ? Qu'il faut instituer la force. Instituer la force signifie la lier à elle-même et à ses précédents. La rendre stable et prévisible en ses effets. En formuler la raison, l'intelligence, la prévoyance. Or, la force que libère la dématérialisation du monde n'est pas de nature à être instituée. Toute force ne peut être instituée. Il faut qu'il y ait déjà en elle de la tempérance, ce que les Anciens appellent de la *virtus*. Par maints traits, l'énergie libérée par la dématérialisation apparaît contraire à l'essence même de l'institution. C'est en quoi elle rend difficile l'existence d'un droit fondé.

La force en jeu dans la dématérialisation est « révolutionnaire » au sens que Benjamin donne à cette notion dans sa *Critique de la violence*. Révolutionnaire, c'est-à-dire ininstituable ni en un ordre ni en un droit, ni en un État. En tant que telle, cette violence apparaît paradoxalement sans voie de fait puisqu'elle ne veut ni ne décide rien, violence idéale qui renverse et bouleverse toutes choses de l'intérieur sans les détruire ni même les entamer ; tandis que la violence de l'institution consiste, pour Benjamin, non pas tant dans son coup de force fondateur que dans la perpétuation et la fixation de cette violence originaire dans l'ordre symbolique de la *politeia*. La violence révolutionnaire est transience qui parcourt toutes choses sans jamais s'y arrêter. Cette violence qu'évoque Benjamin se réfère au Dieu de l'Ancien Testament. Dieu ou *théos*, dit saint Jean Damascène, tire son nom de *Théin* qui signifie « courir » ; il tire aussi son nom d'*aithein* qui signifie « brûler »¹, parce que Dieu, dans sa course, brûle et

¹ v. saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, la pars, q. XIII, art. 8, qui renvoie à saint Jean Damascène, *Orthodoxia fidei*, c. 9.

fuit au moment même où il s'affirme comme l'Être ². La violence révolutionnaire renvoie chez Benjamin à la violence divine du Dieu du Buisson ardent. S'il est vrai que cette violence se veut pacifique et débonnaire sous prétexte qu'elle ne fait que passer sans rien brutaliser, elle n'est pourtant pas sans effet. Certes, elle ne détruit ni n'entame en rien les choses qu'elle traverse, mais semble au contraire les laisser en état. Son passage n'est pourtant pas sans altération pour qui le subit. La violence sans trace de la révolution spectralise et fantomatise ce qu'elle traverse. Le sens de l'histoire et du temps en est profondément bouleversé. « L'histoire universelle devient alors, nous dit Nietzsche, un continuel enfantement de fantômes sur les profondes nuées de la réalité impénétrable » ³. Or, sur la violence qu'implique le devenir-fantomatique du déploiement de l'histoire, Benjamin n'a rien à nous dire. C'est la limite de son projet, c'est là aussi où de nouveau une tâche s'ouvre pour le droit.

DROIT ET TEMPS

Face aux NTC et à la dématérialisation des faits, le droit peut certes chercher à « régulariser » les flux. La régularisation est le nom que prend le droit lorsqu'il a affaire à la dématérialisation. Ce changement de nom, son affadissement, son technocratie, signifient assez la perte d'identité du droit face à ce type de processus. Sous les aspects de la régularisation, ce n'est pas le droit qui contient et organise la dématérialisation des flux, mais au contraire la dématérialisation des flux qui utilise et manipule le savoir et les techniques du droit en les insérant dans ses propres dispositifs pratico-discursifs étrangers au génie juridique.

Chaque art, chaque discipline a son propre sens de la durée et son propre rythme de renouvellement tantôt plus lent tantôt plus rapide que la marche commune du temps. Le mouvement d'une société n'est en réalité que l'accord souvent discordant des différents rythmes de ses pratiques et de ses savoirs. Il existe des formes brèves sensibles au mouvement de la mode et d'autres qui puisent leur sens du temps à des mouvements de l'histoire plus lents et souterrains. Le droit fait partie de ces derniers. Le droit a besoin du temps. C'est le temps et la durée de sa mise en vigueur qui lui donnent force de loi autant que ses moyens administratifs et coercitifs. Parfois la société s'impatiente vis-à-vis de son droit, se sentant par son intermédiaire trop liée au passé, pas assez tournée vers l'avenir. Certains constituants révolutionnaires voulaient que la durée de validité des constitutions ne dépassât jamais trente ans afin que la nouvelle génération ne fût pas liée par la décision de la précédente. Mais faute de patience, ce furent plusieurs constitutions que connut la même génération. Il n'est pas de juste milieu en matière de temps : la durée ne se mesure ni se découpe à volonté. La dématérialisation en témoigne qui ne laisse aucun temps au droit, censé réagir sur-le-champ et se plier aux variations infinies et immédiates des flux et des réseaux.

Si le droit a besoin de temps et de durée pour acquérir force de loi, il sait aussi transmettre le temps aux choses sur lesquelles il statue. Le droit ne peut certes prétendre

² v. *Exode*, I, 14.

³ Nietzsche, *Aurore*, § 307 Facta ! oui, Facta ficta.

recréer le monde aristotélicien des formes substantielles, – même si ce monde reste encore présent dans notre sens commun –, pour fonder sa démarche et pour légitimer ses processus de découpe et d'analyse. Mais la tâche du droit, malgré une condition métaphysique du monde modifiée, reste la même qu'au temps d'Aristote, plus âpre et décisive encore : tenir et maintenir l'ordre du monde et sa rythmicité. Cependant le droit n'a plus l'Être pour horizon ; il doit affronter les fantômes que laisse sur son passage la transience affolée des flux et de leur énergie déchaînés par la dématérialisation. Ce qui est fantomatique rentre en errance et en déshérence. Le monde devient selon les termes de Nietzsche « une mascarade », « un carnaval », « un mardi-gras de l'esprit ». Le droit ne peut certes redonner une consistance ontologique ni une signification symbolique au monde. Il ne saurait réenchanter le monde. Une telle tâche requiert une dimension théologique, voire eschatologique, qui lui est étrangère. Mais il peut aider à conjurer l'errance et la déshérence spectrales des choses soumises à la dématérialisation. Car le droit possède le savoir inimitable de la transmission et de la succession, du legs et de l'héritage. Le droit assure la continuité des choses, ainsi que leur passage de génération en génération. Par cette continuité et ce passage, les choses regagnent la durée que la dématérialisation leur refuse. C'est ainsi qu'elles retrouvent, par le moyen du passage, du temps et de la durée retrouvés, un poids et une consistance que le devenir technico-métaphysique de l'Être n'est plus en mesure de leur donner.

Notre tâche ne fait que commencer. Il nous faudrait encore méditer les questions principales et fondamentales, auxquelles nous fait accéder cette introduction sur l'horizon métaphysique de l'Être, défini comme « dématérialisation », où s'inscrit le droit aujourd'hui. Ces questions principales et fondamentales sont au nombre de quatre : Que signifie donner le temps ? En quoi le fait de donner le temps assure solidité et consistance à qui le reçoit ? En quoi le droit est, comme le prouve suffisamment son histoire, donation privilégiée du temps ? Et de quelle manière enfin le droit donne-t-il le temps ? Questions qui débordent l'ambition de notre réflexion d'aujourd'hui, mais qui aiguillonnent sans relâche notre méditation sur la place et le destin du droit à l'épreuve du nihilisme contemporain.

6 place Saint-Germain
75006 Paris