

Itzhak BRAND. — "יש מאין": עסקאות בנכסים מופשטים במשפט התלמודי («Out of Nothing» – Transactions in Incorporeal Estate in Talmudic Law), Jérusalem, The Hebrew University Magnes Press, 2017, 484 pages.

Le titre de l'ouvrage d'Itzhak Brand, professeur de droit à l'université de Bar-Ilan, pourrait être traduit: «*Ex nihilo*: Transactions sur les biens abstraits dans le droit talmudique». Y est analysé le traitement par le droit talmudique des transactions portant sur des biens s'apparentant à ce que l'on appellerait aujourd'hui des biens immatériels. Outre l'érudition dont témoigne l'ouvrage, du point de vue des sources du droit talmudique¹ comme des autres sources juridiques et des différentes approches méthodologiques, il présente plusieurs intérêts originaux. La tâche à laquelle l'auteur s'est attelé n'est pas des moindres. En effet, les questions qu'il traite relèvent davantage des problèmes contemporains que de ceux qui se posaient à l'époque des principales sources du droit talmudique utilisées, l'antiquité tardive (nous détaillerons ces sources par la suite). La notion de bien immatériel s'est considérablement développée avec les échanges dématérialisés du fait de l'informatisation progressive et de la monnaie scripturaire, ainsi que des marchés financiers et des valeurs mobilières titrisées. L'ouvrage témoigne ainsi de ce que le droit talmudique est un droit vivant, s'adaptant sans cesse aux évolutions de la société. À l'époque des sources utilisées, la valeur de la monnaie est liée à son poids en

1. Pour une introduction, v. F.-X. LICARI, *Le droit talmudique*, Paris, 2015.

cuivre, en argent ou en or, sans lien direct avec un marché monétaire. Les biens principaux échangés sont agricoles et la question des biens immatériels est donc peu posée. Pourtant, ces textes restent les sources principales du droit talmudique, à la fois pour les juristes comparatistes et pour les tribunaux rabbiniques, qui se réfèrent à eux pour régler des litiges qui leur sont soumis.

Cet ouvrage intéressera donc d'abord les juges rabbiniques, parfois dépourvus de moyens par rapport aux problèmes très contemporains auxquels ils sont confrontés. D'autre part, pour l'historien du droit, l'étude que mène l'auteur est passionnante, dans la mesure où elle montre comment des problèmes que l'on penserait nouveaux peuvent se retrouver dans des questions relevant de l'économie agricole et familiale d'époque talmudique. C'est finalement l'exercice d'actualisation auquel se prête constamment le talmudiste que nous fait découvrir l'auteur. Il va construire sa thèse à travers trois sujets. Il s'agit des «biens à venir», du «bénéfice du profit» (nous détaillerons ces concepts un peu plus tard) ainsi que des «transactions portant sur des contrats». À travers eux, l'auteur va développer une thèse que l'on pourrait qualifier d'historique, selon laquelle les sources plus anciennes porteraient plus de considération à ces biens immatériels que les sources plus tardives. Nous préciserons d'abord les sources utilisées, puis nous décrirons le cheminement suivi pour traiter les questions posées, et enfin nous émettrons quelques critiques.

Les sources principales auxquelles se réfère l'auteur sont talmudiques. En premier lieu la Mishnah, écrite par les Tannaïm, recueil de lois originaires de transmission orale, dont la rédaction très succincte fut semble-t-il achevée par Rabbi Juda Hanassi vers l'an 200. En second lieu, il y a les deux Talmuds, de Babylone et de Jérusalem, commentaires oraux et dialectiques de la Mishnah par les Amoraïm, rédigés entre la fin du IV^e et le début du V^e siècle. Les discussions talmudiques font souvent appel à des Baraïtot, enseignements des Tannaïm n'ayant pas été canonisés par Rabbi Juda Hanassi. De façon générale, les textes talmudiques sont l'écho de nombreuses voix sur plusieurs siècles. L'auteur ne manque donc pas d'analyser les différences de points de vue entre les Sages de telle ou telle génération.

L'auteur peut citer parfois des passages de la Torah et de ses commentateurs, mais il ne s'agit pas de son objet d'étude principal, le Talmud étant l'autorité suprême dans le droit talmudique. On trouvera également des citations d'exégètes du Talmud, principalement des *Ge'onim* (auteurs de la période qui suit immédiatement la clôture du Talmud) puis, dans les notes, des auteurs en tout genre et de toute époque (commentateurs rabbiniques classiques, universitaires). Enfin, à travers quelques parenthèses comparatistes, l'auteur met en relief des ressemblances ou des différences avec des sources romanistes, ou avec des concepts généraux de la doctrine juridique (par exemple sur les notions d'histoire du droit ou de propriété).

Afin d'illustrer le cheminement de l'auteur, nous allons présenter les trois thèmes abordés successivement dans cet ouvrage. Le premier est celui des «biens à venir». Il s'agit de la vente de biens n'existant pas au moment de la conclusion du contrat. Par exemple, la vente des produits agricoles d'un champ, non pas en tant que démembrement de la propriété à travers un usufruit, mais de la récolte d'un terrain sur une année donnée. Il peut s'agir également de la vente de ce que produira un employé, de la laine à venir des moutons ou d'autres produits d'origine animale. Ici, les biens sont à venir dans le sens qu'ils n'existent matériellement pas au moment

de la conclusion du contrat. Les sources primaires, en l'espèce la Mishnah, ne traitent pas directement de la question, mais le Talmud semble déduire de certains cas décrits dans ces textes des positions sur la notion divergentes entre les Sages: quelle est la valeur des actes juridiques portant sur eux? Certains défendront leur nullité, alors que Rabbi Me'ir² semble leur accorder une pleine validité.

Il convient de souligner ici la spécificité du travail du talmudiste. Le texte de base, la Mishnah, ne raisonne pas en termes de concepts juridiques, mais de façon essentiellement casuistique. Le Talmud tente parfois de ramener les débats de la Mishnah à des concepts plus larges, mais le même problème se pose à nouveau par la suite pour les assertions du Talmud lui-même. C'est donc pour cela que l'on pourra prêter à Rabbi Me'ir, sur la base de sa jurisprudence, l'opinion qu'il considère comme valides les actes portant sur les biens à venir, mais que cela pourra être contesté par la suite car, finalement, rien n'est moins sûr que la motivation de ses décisions.

De fait, les Sages du Talmud réduiront par la suite à des cas très particuliers la position de Rabbi Me'ir. Par exemple, on appellera «biens à venir» des biens existants, mais dont la disponibilité est provisoirement suspendue au paiement préalable de certains prélèvements ou taxes. Dans cette acception, le bien n'est pas à venir matériellement, car il est déjà bel et bien présent, mais juridiquement. Ainsi, la possibilité de transaction sur des biens futurs se trouve fortement diminuée. Selon l'auteur, ce passage du «physique» au «mental» traduit un durcissement de la règle juridique quant aux transactions portant sur des biens abstraits. Ce durcissement daterait des générations postérieures du Talmud et concernerait spécifiquement les talmudistes de Babylone (à l'exclusion de ceux de Jérusalem, qui ne mentionnent que la première acception des «biens à venir»). Certains commentateurs postérieurs assoupliront cette position stricte, en établissant des distinctions. Ils distingueront notamment la vente des fruits à venir d'un arbre, juridiquement impossible, de la vente de la capacité productive de l'arbre, laquelle existe déjà. La distinction aura pour conséquence de déterminer également la charge de l'aléa dans la production. En effet, si la capacité productive est vendue, l'aléa de la production est à la charge de l'acquéreur. En revanche, si ce sont les fruits à venir qui sont vendus, le vendeur aura la responsabilité de fournir la quantité déterminée.

Enfin, l'auteur tente de montrer qu'une évolution semblable apparaît dans le droit romain entre Caton l'Ancien et Sextus Pomponius (p. 85-86). Tout en soulignant ce parallélisme, il refuse de se prononcer sur toute influence ou relation entre les deux droits.

La seconde notion étudiée est le «bénéfice du profit» (*tobhat hana'a*), une dénomination juridique particulière au mélange de droit et de religion qu'est le droit talmudique. Selon la Torah, des prélèvements sur toutes les productions agricoles doivent être donnés au *kohen*³ (prêtre), au lévite⁴ et parfois aux pauvres⁵. Leur but est que ceux qui n'ont pas le temps de se consacrer au service religieux du fait de leur travail fournissent par ce biais une sorte de bourse et de soutien à ceux qui s'y

2. Rabbi Me'ir est l'un des principaux représentants de la quatrième génération des Tannaïm.

3. Nb 18, 8-20; 25-32.

4. Nb 18, 21-24.

5. Dt 14, 22-27; 26, 12-15.

consacrent entièrement. Comme exemples, on peut citer le dixième de la récolte qui doit être donné au lévite, la cuisse, les joues et l'estomac de certaines bêtes sacrifiées qui reviennent au *kohen*, etc. Bien que ces prélèvements soient obligatoires et leur quotité déterminée au préalable dans de nombreux cas, la Torah précise que chaque homme a un pouvoir sur eux⁶. Ainsi, un *kohen* ou un lévite ne pourra pas venir lui arracher des mains le prélèvement, car le producteur a toujours le choix du *kohen* ou du lévite à qui il voudra le donner. C'est ce droit qui est appelé «bénéfice du profit», ce qui signifie le bénéfice de pouvoir décider qui aura le profit de ces prélèvements obligatoires. Le producteur ne possède pas le prélèvement, mais possède un droit sur celui-ci. La question est de savoir si ce droit a une valeur juridique dans le cadre du Talmud.

Les conséquences peuvent être étendues. Premièrement, peut-on vendre ce droit de choisir le bénéficiaire? Deuxièmement, certaines transactions comme les transactions immobilières peuvent être conclues en droit talmudique par le transfert d'une valeur pécuniaire de l'acquéreur au vendeur. Il s'agit notamment de l'acquisition d'un bien immobilier qui peut se faire par différents moyens, comme la remise de monnaie par l'acquéreur au vendeur, et par extension toute valeur pécuniaire. Le transfert du «bénéfice du profit» est-il fonctionnel dans ces situations? L'auteur conduit une large recherche pour montrer la même évolution que dans le premier thème abordé: alors que la question est peu conceptualisée dans la Mishnah, les premières générations du Talmud semblent considérer le «bénéfice du profit» comme un véritable bien pouvant faire l'objet d'une cession. Enfin, les dernières générations tenteront de le reléguer dans différentes sous-catégories plus difficilement cessibles et transmissibles. Cependant dans ce cas précis, comme le montre l'auteur, l'argument historique est plus faible car il est possible que la valeur de ce droit ait été réduite volontairement, pour des raisons extérieures. Il semblerait en effet que la valeur de ce droit allait grandissant, les propriétaires vendant leur «bénéfice du profit» à un *kohen*, ce dernier acquérant ainsi pour un bas prix l'assurance de recevoir lui-même le prélèvement. Les producteurs, se rendant compte de l'opportunité qui s'offrait à eux, finirent par augmenter la valeur de ce droit et les prélèvements étaient donc vendus à leurs bénéficiaires de droit (le *kohen*, par exemple). Ils perdaient alors tout leur sens. Il est probable que ce phénomène ait grandement joué dans les considérations juridiques relatives à ce droit.

Le troisième thème abordé par l'auteur est la cession de contrat. Le phénomène est assez répandu dans la littérature talmudique. L'exemple le plus classique est celui de la vente de la *kethubba*. La *kethubba* est le contrat de mariage où sont inscrits les engagements réciproques des époux en matière pécuniaire pour la vie conjugale et en cas de rupture de celle-ci. En l'absence de stipulations particulières, l'engagement principal de ce document est la somme revenant de droit à l'épouse en cas de divorce ou de décès du mari, censée lui permettre de vivre environ un an. Ainsi, alors que la somme prévue était par défaut deux cents *zuz* (monnaie de l'époque du Talmud), il était fréquent que l'épouse vende son droit pour une somme inférieure, afin d'obtenir des liquidités immédiates. L'acquéreur de la *kethubba* prenait ainsi le risque de ne jamais rien recevoir, dans le cas où l'épouse serait décédée en premier. C'est une sorte de mécanisme de titrisation.

6. Nb 5, 9-10.

Le Talmud parle également de cession de créance. Si la possibilité d'une telle transaction y est attestée, il existe en revanche de nombreux débats sur sa valeur juridique, son origine et les formalités nécessaires à sa réalisation. Ainsi, certains semblent penser qu'il est naturellement possible de transmettre une créance, quand d'autres diront qu'il ne s'agit que d'une sorte d'institution rabbinique mettant en place une convention entre l'acquéreur du droit et le créancier originaire, permettant au premier d'ester auprès du débiteur à la place du second.

D'autres sujets sont également abordés comme la possibilité de représentation d'une personne par une autre ou l'annulation par le créancier originaire d'une créance qu'il a vendue. C'est à travers ces débats que l'auteur tente de réaffirmer sa thèse en montrant l'évolution de la considération des contrats comme biens autonomes ou non.

Nous formulerons quelques remarques sur la thèse, la méthode et la forme de l'ouvrage. Tout d'abord la thèse elle-même, défendant une évolution historique du droit talmudique allant vers une déconsidération juridique et pécuniaire des biens abstraits, manque quelque peu d'explication. En effet, il semble que la tendance générale du droit soit à l'abstraction⁷ et que la juridicisation ait pris le pas dans de nombreux domaines sur les réalités matérielles. L'auteur s'explique peu sur la logique de cette évolution, qu'il démontre certes à travers sa lecture des textes, mais sans en montrer le sens ou l'intérêt.

Par ailleurs, quant à la forme de l'ouvrage, celui-ci débute par des réflexions générales sur la propriété, ses fondements, et ses conséquences sur la considération que l'on porte aux objets. Elles sont quelque peu reprises dans la conclusion de l'ouvrage. On peut cependant regretter qu'elles ne prennent pas une place plus importante dans l'ensemble du livre, qui reste par conséquent cantonné à l'aspect technique et juridique du problème. Une explicitation plus fréquente au cours de la démonstration des enjeux développés dans l'introduction et la conclusion aurait donné un peu plus de vie au sujet. Dans le même sens, l'auteur est très bref et rapide dans sa conclusion sur les conséquences pratiques actuelles du traitement halakhique des biens abstraits. Même si l'on comprend la nécessité de ne pas rendre l'ouvrage trop volumineux, ce dernier aurait bénéficié d'une portée plus large, s'il s'était plus attardé sur les enjeux liés à l'économie actuelle, par exemple la propriété intellectuelle ou les titres sur les marchés financiers.

Enfin, quant à la méthode, la perception historicisante du débat talmudique qu'utilise l'auteur peut être remise en question. Quand bien même on peut avoir une lecture critique et historique du Talmud, il est nécessaire, nous semble-t-il, de prêter également attention à la façon dont le texte se présente. En d'autres termes, s'il est pertinent de montrer l'évolution des conceptions entre la Mishnah et une première génération d'Amoraïm, lorsque l'un de ces derniers prétend donner une interprétation de ses prédécesseurs, la tendance critique à vouloir en faire des opinions divergentes est, d'une part, douteuse et, d'autre part, réductrice eu égard à la richesse des débats. Douteuse, car si un auteur se présente comme interprète, au nom de quoi ne pas prendre au sérieux son interprétation? Au nom de l'interprétation de la Mishnah qui paraît préférable à l'auteur du livre? Réductrice, car traiter systématiquement

7. P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, Paris, 1989.

les opinions comme divergentes, alors que celles-ci prétendent communiquer et s'interpréter, fait forcément perdre la richesse des débats en présence.

Enfin, la question des concepts juridiques modernes utilisés par l'auteur requiert d'être posée. En effet, lorsque les textes étudiés sont si anciens, on peut parfois douter de la pertinence des termes utilisés. Par exemple, le terme de «droit» pour parler de certaines capacités d'une personnalité juridique est lié à une certaine conception romaniste de la personnalité juridique⁸. Il en est de même pour le terme «obligation» que l'auteur utilise très fréquemment. Par conséquent, l'utilisation de ce lexique doit être prise avec précaution, car l'anachronisme peut porter à confusion.