

## AVANT-PROPOS

---

La thèse de Henri Motulsky ne ressemble pas aux autres travaux du genre.

Cela apparaît sous deux rapports. Tout d'abord, elle est plus ambitieuse que les travaux que nous nous autorisons d'ordinaire à entreprendre et à proposer : le premier travail universitaire de Henri Motulsky porte sur la façon dont le droit peut et doit se fabriquer. Rien de moins. Il est vrai que l'auteur entamait ainsi une seconde vie, à un âge déjà mûr et après avoir réussi une carrière d'avocat en Allemagne, le nazisme l'ayant contraint à tout laisser. Ces expériences invitent à aller à l'essentiel. Sans doute les circonstances dans lesquelles la thèse fut préparée, en pleine Seconde Guerre mondiale, expliquent aussi le peu de place que l'ouvrage laisse à l'érudition et à l'exposé des techniques juridiques précises. Mais par la suite les écrits de Henri Motulsky conservèrent cette pureté. Sa pensée ne fut jamais engluée dans le savoir. Voilà une première leçon.

Des autres travaux, la thèse de Henri Motulsky se distingue encore en ce qu'elle est plus simple et déliée. Cela aussi, c'est une voie vers le cœur de la matière. L'ambition et la simplicité vont bien ensemble, elles menèrent plus tard Henri Motulsky vers le droit processuel. Le tracé de la thèse est simple et droit : l'exposé part de la nécessité que les règles de droit soient effectives et que les personnes puissent ainsi être protégées contre le pouvoir arbitraire. Au départ, il y a donc la loi. Si le bénéficiaire qu'une personne est en droit d'attendre est contrarié, notamment parce qu'un tiers entrave ou conteste cet effet, le système juridique lui offre l'accès au juge. Le juge va concrétiser la règle de droit générale : l'application qu'il en fait à la personne en cause permet à celle-ci de tirer le profit particulier attendu. Pour Motulsky, c'est cette réalisation du droit objectif qui donne à chacun des prérogatives effectives : les droits subjectifs sont ainsi engendrés. On ne peut faire plus légaliste.

Une fois ce processus de « réalisation du droit » décrit, encore faut-il expliciter comment cela doit se passer, en trouver les « Principes ». Selon quelle méthode ? Henri Motulsky propose

alors une réalisation « méthodique » du droit. Il repart de la structure de la règle de droit, dans une description proche de celle opérée par Kelsen. La loi vise dans une première partie des faits sous une forme abstraite, par exemple l'hypothèse qu'une personne cause par sa faute un dommage à une autre ; dans une seconde partie, le législateur associe un effet juridique qu'il a jugé souverainement adéquat d'imposer, par exemple l'obligation de réparation. Kelsen parle d'imputation.

Le juge a la charge de transformer cette généralité en jugement concret, de donner vie au dispositif. C'est l'identité de structure entre la situation visée abstraitement par la loi et la situation particulière et concrète qui lui est soumise qui va permettre l'opération : il faut mais il suffit qu'une correspondance soit opérée entre chacun des éléments abstraitement visés par le texte et les éléments du cas examiné pour que le juge puisse et doive déclencher l'effet juridique prévu par le texte, en le concrétisant lui aussi, par exemple en fixant le montant adéquat de l'indemnisation pécuniaire que le responsable devra verser à la victime. Le jeu technique de cette correspondance engendre le droit de la preuve.

La difficulté commence lorsque cette simple correspondance ne peut plus s'opérer, lorsque les faits particuliers et concrets ne peuvent plus être subsumés sous les faits abstraits formulés par la loi. La nature de la règle peut contraindre le juge à en conclure l'impossibilité de déclencher à l'égard de la personne l'effet juridique contenu dans la règle. C'est le cas du droit pénal et de toute disposition de nature exceptionnelle. Dans les autres cas, le juge devra établir des analogies de sorte que l'identité, la correspondance, resurgisse sous la différence et la rupture. La thèse de Henri Motulsky est donc avant tout une thèse de logique juridique. L'élégance de sa pensée le mène à reprendre toujours un exemple simple pour développer ses observations.

À le lire, la maîtrise du droit de la preuve et du raisonnement juridique suffirait à rendre le juriste compétent pour exercer son office. Si l'on en convient, on mesure alors l'hiatus entre l'apprentissage du droit à la française, dans lequel ces deux matières sont quasiment absentes du *cursus* et les formations dans les universités anglaises et nord-américaines où elles constituent des piliers de l'enseignement.

Cette merveille d'élégance, de pureté, de pragmatisme aussi car c'est toujours d'application concrète qu'il s'agit, doit-on en

goûter la lecture plus de cinquante ans après pour d'autres choses que la beauté de l'exercice ? Quel écho la pensée de Henri Motulsky trouve-t-elle encore de nos jours ?

On pourrait estimer que la pensée de Henri Motulsky a vieilli et qu'il faut être réactionnaire – ce qui n'est pas un défaut en soi – pour en apprécier encore la trame. En effet, cet auteur est farouchement un légaliste. Cela est perceptible de trois façons. Tout d'abord, la loi est première, c'est le socle du système juridique, et c'est dans son dévidage concret et particulier que les personnes trouvent leurs droits subjectifs. Dans cette conception très objective du droit, les droits de l'homme ne peuvent guère trouver leur place, parce qu'ils postulent leur antériorité par rapport à la loi positive. La loi n'est alors que la mise en forme contrainte de ces prérogatives naturelles. Les deux perspectives sont inverses l'une de l'autre.

Le légalisme de Henri Motulsky s'exprime encore nettement dans sa conception du pouvoir du juge. Pour lui, le juge ne crée pas, il réalise c'est différent. Bien sûr, le juge est central, le personnage juridique par excellence, et c'est grâce à lui que le droit ne reste pas lettre morte, qu'il engendre les droits subjectifs. Mais le juge demeure un agent du système en ce sens qu'il ne s'évade pas de la règle de droit, qu'il ne la contredit pas et qu'il ne crée pas à côté d'elle. C'est ainsi que l'ordre juridique est préservé. On mesure la distance qui sépare Motulsky de la théorie de Chaïm Perelman, puisque celui-ci non seulement met le juge au cœur du droit mais encore le charge d'exprimer et de défendre les valeurs morales, au besoin contre la loi lorsque celle-ci n'est plus que le mode pur de la puissance. Pas de semblable rébellion contre la loi chez Motulsky.

Enfin, le classicisme de Henri Motulsky le conduit à poser que le droit n'existe que par la contrainte. « Le but *social* du Droit ne peut, en l'état actuel de l'évolution humaine, être atteint que par la force. La règle de Droit a donc un caractère nécessairement *coercitif*; elle implique une *sanction* au moins virtuelle, et, par sa nature sociale, une sanction *externe* », dit-il. Qu'est-ce que Motulsky aurait pensé du *Soft Law* ? Sans doute du mal. La pensée de Henri Motulsky repose sur l'alliance d'une pensée mécaniste et d'un certain formalisme légaliste, pour que prenne vie la contrainte légitime du droit. L'évolution du droit nous a accoutumés à un droit moins linéaire, moins prévisible aussi, dans la danse générale d'une rhétorique où chaque intérêt est exprimé,

## PRINCIPES D'UNE RÉALISATION MÉTHODIQUE DU DROIT PRIVÉ

est pris en compte, d'où il résulte un ajustement par compromis, respecté par chacun car chacun y trouve en partie intérêt.

Ces observations doivent-elles virer à la critique ? Certainement pas. Tout d'abord peut-être Henri Motulsky a-t-il raison et le droit serait tombé en capilotade. Même si l'on ne le pense pas, l'on retrouve dans cette thèse des idées très fortes, dont la pertinence demeure.

L'idée de départ tout d'abord : le droit n'existe que s'il est positif, il n'est positif que s'il est appliqué. L'esprit de Henri Motulsky était fondamentalement pragmatique, c'est le meilleur point de départ pour construire des théories. Ses travaux cherchent les moyens efficaces pour éviter les violations du droit et les lacunes, qui sont deux défaillances du système. Le juge, en luttant contre les unes et les autres, sera donc l'agent de perfectionnement du droit, le comblant par la réalisation et par l'interprétation. C'est ce souci d'une loi trouvant à s'appliquer qui conduisit Motulsky vers le droit international privé et la volonté de son application effective par un juge qui veille à la preuve efficace et loyale des faits qui l'amena vers la procédure civile.

Ensuite la thèse exprime une hantise politique, celle du devoir de protéger les personnes du faux-semblant et de l'arbitraire. Le droit doit lutter contre « l'abus pur » et les théories qui cautionnent un droit devenant la forme de cet abus pur sont « odieuses ». Ici, Motulsky se rapproche de Perelman. Mais là où Perelman, par défiance pour la loi, se jette tout entier dans le pouvoir du juge, qui n'est contrebalancé que par l'opinion publique, Motulsky ne fait pas même confiance au juge. Pourquoi se fier à l'un davantage qu'à un autre ? La logique juridique, qui sert le pouvoir de création prétorienne chez Perelman, va être ce qui va enchâsser et contrôler le juge pour Motulsky. En cela, il reste fondamentalement un juriste de *Civil Law* et s'il a su conjuguer tradition allemande et tradition française du droit, il n'a guère été sensible à la conception anglo-américaine du droit.

Nous vivons chaque jour ce débat. Les réflexions de Henri Motulsky conservent toute leur actualité, celles de sa thèse et celles de ses travaux ultérieurs. C'est lui qui posa que les droits de la défense relèvent à la fois de la pratique et du droit naturel, que l'action en justice constitue un droit subjectif processuel, que les droits fondamentaux forment un droit processuel fournissant des principes directeurs communs à tous les types

## AVANT-PROPOS

de procédure. En cela, il préfigurait toute l'évolution du droit, notamment à travers ce que fit la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de l'article 6 de la Convention.

Cela conduit à insister sur ce qui fait aussi la grandeur de l'œuvre de Henri Motulsky : son souffle humaniste. L'introduction explique que le droit est fait pour la vie, qu'il doit lui-même être plein de vie. Ce souci est à distinguer du constat fait sur un « droit vivant », c'est-à-dire d'un droit qui bouge et rompt sans cesse avec le passé mais qui conserve toujours celui-ci dans le présent. Motulsky évoque plutôt le soin que le droit doit avoir de la vie. On peut y voir là aussi un souvenir du droit utilisé comme instrument de mort. Cela nous renvoie à la conception fondamentale que nous pouvons avoir de l'ordre juridique : pour que le droit constitue un ordre, pour qu'il produise de l'ordre social, doit-il agir par restriction, par contrainte nécessaire sur les mouvements de vie, ou peut-on lui assigner une tâche plus ambitieuse, à savoir être ce par quoi la vie de chacun peut se déployer au mieux, dans le respect du déploiement d'autrui ?

Ce goût et cette défense de la vie s'articulent avec un fort esprit de système. En cela, l'on peut tout d'abord rapprocher Motulsky de Kelsen. Comme lui, il ambitionne qu'un droit puisse s'organiser et produire des nouvelles solutions grâce à l'intervention d'un agent neutre qu'est le juge. Mais, comme on le sait, Kelsen a pris comme principe du système la hiérarchie des normes, c'est-à-dire le rapport d'un texte par rapport à un autre texte, en établissant une hiérarchie et une dépendance effectives entre les deux. Le juge est ce qui assure le juste lien entre les textes. À l'opposé, Motulsky a pris comme principe du système le rapport du texte avec l'attente particulière de la personne. Le juge est ce qui assure le juste lien entre le texte et les prérogatives concrètes des personnes. C'est dans ce sens aussi qu'on perçoit dans le système de Motulsky un souci des vies particulières, celles pour la protection desquelles le droit prend sa force.

Il demeure que Motulsky concevait le droit comme une machine, dans la tradition romaniste, où chaque acte et chaque personne assurent une fonction pour que le système se concrétise et se développe. En cela, Motulsky est proche des théories ultérieures de Niklas Luhmann. Il n'aurait certes pas été chercher d'aussi beaux termes que l'*autopoïese* ou l'autoréférentiel,

mais l'idée est commune d'un système juridique ouvert sur la vie et sur le jeu social, dont le déploiement s'opère sans que des agents extérieurs doivent injecter des solutions hétérogènes.

Le souci de la vie au milieu du système explique que Motulsky soit resté dans l'entre-deux. Ainsi, si l'on reprend la façon dont il aborde la question de la source de la règle de droit, la première partie est constituée par l'assèchement de faits sociaux multiples dont l'observation répétée permet au législateur de les exprimer abstraitement, tandis que la seconde partie résulte de la volonté pure du législateur d'y attacher telle ou telle conséquence juridique. Le juge peut transformer la règle en jugement, sans créer arbitrairement du droit pour autant, parce qu'il peut reconnaître dans les faits abstraits de la règle les faits concrets dont il est saisi, tandis que son obéissance à la loi implique qu'il déclenche par automatisme l'effet juridique. Ainsi, la première partie de la règle est induite et la seconde partie de la règle est déduite : Motulsky se situe entre le pur normativisme allemand, où tout est déduit, et le pragmatisme anglo-américain, où tout est induit. Motulsky part d'une conception sociologique du droit, rappelant que « Pour pouvoir vivre, la loi doit plonger ses racines dans le milieu social d'où elle émerge et dans les traditions qui ont concouru à la former », et lui associe et une conception dogmatique et mécaniste de sa mise en œuvre. En cela, Henri Motulsky montrait l'exemple d'une réconciliation conceptuelle des systèmes de droit, cette réconciliation que le droit communautaire puis le droit des affaires internationales sont en train de réaliser.

Mais peut-être demeure-t-il un point sur lequel Henri Motulsky a manqué d'audace. Reprenons pour cela le titre de la thèse. Nous avons explicité ce que signifient les « principes de réalisation méthodique du droit » mais pourquoi l'auteur a-t-il restreint cela au « droit privé » ? Il s'en justifie peu, évoque la « commodité ». Pourtant, l'ambition théorique de la thèse vise toute règle et tout juge. Y aurait-il eu des motifs pour exclure le droit public du modèle ?

Sans doute, à l'époque, aurait-on pu relever que les droits subjectifs, ceux pour la génération desquels le juge exerce son office, s'inséraient mal dans le droit public. Cela aurait supposé que le droit public ait pour visée la réalisation des droits subjectifs des administrés, ce à quoi le droit public traditionnel était hostile. L'évolution du droit public, l'emprise des droits de

#### AVANT-PROPOS

l'homme qui, conçus contre l'État, ont particulièrement vocation à être concrétisés par les juges administratifs, a écarté l'objection. C'est donc la seule adaptation que mériterait aujourd'hui ce travail extraordinairement ambitieux, simple et moderne : s'appeler simplement *Principes de réalisation du droit*.

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE