

## Henri Motulsky et la philosophie du droit \*

Bruno OPPETIT

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

RÉSUMÉ.— Henri Motulsky, auteur d'une œuvre centrée sur l'étude des modes de réalisation du droit, a dépassé l'approche purement technique de la méthodologie juridique dans une recherche constante des fins du droit, ce qui l'a conduit à se placer sur le terrain de la philosophie du droit et à poursuivre un compromis entre le formalisme et l'idéalisme.

On ne saurait évoquer la mémoire de l'auteur d'une œuvre considérable par son volume et l'ampleur de ses vues sans s'arrêter quelques instants à la philosophie qui l'imprègne ; en effet, cet homme, conjuguant en sa personne plusieurs cultures juridiques, a, dès sa thèse de doctorat <sup>1</sup>, fixé pour le quart de siècle sur lequel allait se développer sa réflexion le sens de la démarche qui devait guider celle-ci : l'étude des *modes de réalisation du droit* ; aussi devait-il tout naturellement orienter son activité scientifique vers les grandes disciplines méthodologiques que sont le droit processuel, la procédure civile, l'arbitrage et le droit international privé, qu'il a illustrés par des travaux majeurs <sup>2</sup> ; mais il ne s'est pas enfermé dans une approche purement technique de la méthodologie juridique, à laquelle se limite trop souvent un positivisme à courte vue : il l'a dépassée dans une recherche constante des *fins du droit*, et il a été alors conduit à prolonger et vivifier ses analyses sur le terrain de la philosophie du droit, qu'il a enrichie de contributions à des congrès <sup>3</sup> ainsi que d'une collaboration régulière, sous forme de

\* Conférence prononcée lors d'une journée organisée à la Cour de cassation le 20 décembre 1991 pour la commémoration du vingtième anniversaire de la disparition d'Henri Motulsky.

<sup>1</sup> *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé* (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs), Sirey, 1948, Préf. P. Roubier.

<sup>2</sup> Ces travaux sont rassemblés in *Écrits*, T. I, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, Préf. J. Foyer et G. Cornu ; T. II, *Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974, Préf. B. Goldman et Ph. Fouchard ; T. III, *Études et notes de droit international privé*, Dalloz, 1978, Préf. H. Batiffol et Ph. Francescakis.

<sup>3</sup> V. par ex. « L'état actuel de la philosophie et de la science du droit en France », Rapport au IIIe Congrès international de Droit comparé, in *Études de droit contemporain* (Trav. et Rech. Inst. Dr. Comp. de Paris, T. XV, Paris, 1959), p. 199 et s.

communications ou de comptes-rendus, aux *Archives de Philosophie du Droit*, dont il fut un fidèle artisan <sup>4</sup>.

*Moyens du droit, fins du droit* : tels sont les deux axes d'une pensée qui n'en a jamais dévié et s'est toujours voulue au service d'une *pratique*.

\* \*  
\*

1) Ses *Principes*, premier jalon important dans l'expression des conceptions de Henri Motulsky, entendent, au départ, se situer exclusivement sur le plan de la *Théorie générale du droit*, comprise comme la branche de la science juridique qui s'assigne comme objet d'étude l'ensemble des moyens de réalisation et des concepts du droit (méthodologie, systématique, interprétation, application), et non sur celui de la *philosophie du droit*, c'est-à-dire de la recherche de la définition et du fondement du Droit.

Cette entreprise est née d'une double réaction :

— d'abord contre l'*empirisme* sous le poids duquel le Droit demeure courbé: Henri Motulsky s'insurge contre les termes (*tact, habitude, expérience, tour de main, pratique*) qui décrivent l'activité juridique dans le langage habituel et qui paraissent interdire l'accès de cette science des sciences qu'est la méthodologie à la *jurisprudencia*, téléologique par nature, raisonnante par nécessité <sup>5</sup> ;

— ensuite contre le désintérêt manifesté par les plus grands savants à l'égard de la réalisation concrète du droit, même lorsqu'ils proclament le contraire, tels Ihéring et Gény, lequel a limité ses réflexions au seul travail d'élaboration et d'interprétation du droit.

Or, pour Henri Motulsky, « la réalisation du Droit, comme toute activité de l'esprit, comporte un mécanisme qui fonctionne d'après certains principes, et dont il doit être possible de mettre à nu les rouages »... : « elle exige, en tant qu'elle est œuvre consciente, d'être systématisée » <sup>6</sup> ; et, pour Henri Motulsky, les bases mêmes de la méthode de réalisation du droit résident dans la *règle de Droit*, le *droit subjectif* et les *éléments générateurs* de ce dernier. C'est à travers l'observation de la vie judiciaire que Henri Motulsky se propose de découvrir ces principes : si la démonstration devait se révéler concluante, ceux-ci devraient alors être introduits dans la pratique judiciaire et l'enseignement du droit – ce qui traduit ce souci constant qui animera Henri Motulsky

<sup>4</sup> V. « Mission pratique de la philosophie du Droit », in *Archives de Philosophie du Droit*, Nouvelle série, Sirey, 1952, p. 175 et s. V. aussi « Le droit subjectif et l'action en justice », in *Archives de Philosophie du Droit*, T. IX, Sirey, 1964, p. 215 et s. [repris dans *Écrits*, T. I, p. 85 et s.].

<sup>5</sup> *Principes*, n. 1, p. 1.

<sup>6</sup> *Principes*, n. 2, p. 3.

dans toute son œuvre de répondre aux besoins de la *pratique* et de ne pas se cantonner dans l'expression de théories fumeuses et stériles.

La méthode de réalisation, toutefois, « ne donne de directives que quant à l'*utilisation* de la matière juridique : elle ne crée pas celle-ci et même se désintéresse aussi bien de la façon dont s'est faite cette création que de son résultat. Elle enseigne l'art de se servir des moules dans lesquels est coulée la matière : elle ne les fournit pas ; et encore moins est-elle responsable de leur contenu... Elle ne fait subir aucune altération à la matière vivante ; elle se borne à la manier telle qu'elle la trouve »<sup>7</sup>.

2) Il s'ensuit que le *Droit* dont Henri Motulsky étudie la réalisation est le *Droit positif*, c'est-à-dire celui qui à un moment donné gouverne un peuple donné ; dès lors, faut-il ranger Henri Motulsky parmi les positivistes ?

Question fort délicate dès lors qu'elle intéresse un juriste de formation et d'expression française, toujours soucieux, quelles que soient ses convictions profondes, de ne pas être suspecté d'attenter à la souveraineté de la loi<sup>8</sup> et s'appliquant toujours à centrer ses analyses sur le droit positif, ce qui le conduit la plupart du temps, à travers force circonlocutions et oscillations autour de la morale et du droit naturel, à verser dans un syncrétisme à forte dominante positiviste : les plus célèbres juristes français de ce siècle, tels Gény, Ripert, Batiffol, ont été manifestement écartelés toute leur vie entre ces divers courants et ont fini, chacun à sa manière, par sacrifier à une telle démarche.

Henri Motulsky n'a lui-même pas échappé, semble-t-il, à ces contraintes intellectuelles du milieu juridique national, et son œuvre porte témoignage de ces difficultés qu'éprouve un juriste français, peu porté en général au dogmatisme, à concilier son adhésion à un positivisme, même non idéologique, avec des aspirations extérieures à l'ordre normatif ; qu'on en juge par ce bref recensement des prises de position de Henri Motulsky et de leurs implications philosophiques :

— le *positivisme* de Henri Motulsky paraît *a priori* relever d'un positivisme *méthodologique*, c'est-à-dire d'un mode d'approche du droit, et non d'un positivisme *théorique*, correspondant à une conception étatiste du droit, ou *idéologique*, attribuant au droit tel qu'il est, par le seul fait de son existence, une valeur positive<sup>9</sup> ;

<sup>7</sup> *Principes*, n. 4, p. 5.

<sup>8</sup> Gény (*Science et technique en droit privé positif*, T. IV, Sirey, 1924, p. 93) avait justement expliqué cette attitude, largement partagée par juges et universitaires, par « le sentiment instinctif et vague, mais profondément ancré dans les esprits français, qu'en énervant, voire par de simples décisions concrètes et d'autorité relative, certaines dispositions légales, nos magistrats arriveraient en fait à tenir en échec la puissance suprême du législateur, et qu'ainsi le pouvoir judiciaire se trouverait, même remplissant strictement sa mission, supérieur au législatif, en qui les modernes veulent exclusivement maintenir la souveraineté ».

<sup>9</sup> Sur cette distinction, V. N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Mélanges Roubier*, 1961, T. II, p. 53-73.

— Henri Motulsky n'est sans doute pas guidé par une orientation entièrement formaliste, réduisant le droit à l'apparence de formules et de mécanismes logiques ; mais c'est essentiellement au stade de l'élaboration et de l'interprétation de la règle qu'il récuse les méthodes purement formalistes : s'agissant seulement de mettre en œuvre la règle, il applique celle-ci telle qu'elle est ;

— dans sa définition de la *juridicité*, Henri Motulsky mêle des critères de forme à des critères de fond : d'une part, à l'instar du courant de pensée normativiste, il énonce que « la règle de droit a un caractère nécessairement coercitif : elle implique une sanction au moins virtuelle et, par sa nature sociale, une sanction externe » et que « la source formelle doit conserver son rôle prédominant »<sup>10</sup> ; toutefois il n'est pas non plus éloigné du courant sociologique qui, à la suite de Kantorowicz, introduit dans la juridicité la *justiciabilité* (= seules les règles pouvant donner lieu à un jugement étant ou pouvant être juridiques) lorsqu'il affirme que le droit n'atteint sa plénitude qu'en se réalisant et que c'est principalement la réalisation judiciaire du droit qui retient son attention ; mais, à l'inverse, Henri Motulsky ne suit pas le positivisme jusqu'au point extrême où celui-ci évacue les finalités, voire les fonctions du droit, et sa pensée reste empreinte d'idéalisme : il juge indispensable de faire précéder un travail de technique juridique d'une « profession de foi » et d'appeler au « seul combat sacré qui existe aujourd'hui : la lutte pour le Droit » ; « nous croyons, écrit-il, à la mission et à la force du Droit : nous croyons que le salut du monde est lié à son action... C'est le règne du Droit qu'appellent les aspirations humaines »<sup>11</sup> ; plus tard, il témoignera de sa sensibilité au contenu du droit et aux valeurs qu'il exprime (et au premier rang d'entre elles celle de justice) et du « caractère contingent du concept de légalité »<sup>12</sup>. En définitive, pour Henri Motulsky, le Droit est à la fois *reflet* et *règle* : « la vie sociale tout entière est son champ de rayonnement ; et, dans ce brassage d'aspirations et de forces étroitement entremêlées, le concept de norme apporte un élément organisateur sous la double pression de la structure immanente aux choses et de la transcendance » ; ce que doit avoir à cœur le juriste en accomplissant son travail de réalisation du droit, « c'est, d'une part, de vivifier et d'enrichir sans cesse les concepts par l'observation des données de la réalité mouvante, d'adapter, d'autre part, tant le contenu de ces concepts que le mode même de l'interprétation à la finalité éthique et sociale de l'activité ou de l'institution en cause, et de contrôler, enfin, les solutions à l'aide de la double “soupape” de l'intuition préalable et de la confrontation, après coup, avec l'idée de Justice »<sup>13</sup>. Henri Motulsky plaide pour le rôle militant de la doctrine : celle-ci ne doit pas se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudence, elle doit « servir de guide aux praticiens et, s'il le faut, combattre les entraînements et erreurs auxquels ils peuvent se laisser aller » ; « si elle se met, purement et simplement, à la remorque de la pratique, la science trahit sa mission »<sup>14</sup> ;

<sup>10</sup> *Principes*, n. 11 et 13, p. 14.

<sup>11</sup> *Principes*, n. 5, p. 5.

<sup>12</sup> « L'état actuel de la philosophie du droit... », *loc. cit.*, p. 200.

<sup>13</sup> « Mission pratique de la philosophie du droit », *loc. cit.*, p. 175 et 179.

<sup>14</sup> *Principes*, n. 126, p. 141.

— pas moins complexe n'apparaît la relation de Henri Motulsky avec la notion de *droit naturel*. Henri Motulsky, dans une étude célèbre <sup>15</sup>, proclame la « *primauté de la justice sur la juridicité* », ce qui est, *a priori*, se placer sur une position jusnaturaliste voisine de celle de l'École du Droit de la Nature des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles prônant l'existence d'un corps de règles universelles et immuables : mais il en dénonce immédiatement les « exagérations » et dénie l'existence d'un droit idéal, supérieur au droit positif et à la pression sociale. De même avait-il auparavant conclu, après s'être interrogé sur l'opportunité de discuter de la valeur d'une règle en présence de la réglementation légale, que « la vigueur, la viabilité, l'intensité d'un principe de Droit sont fonction de son origine. S'il doit son existence à un acte arbitraire du législateur, il restera toujours précaire ; si, par contre, il repose sur une base rationnelle, s'il plonge ses racines dans le terrain même d'où est sorti le Droit, il s'impose à l'esprit juridique et ne peut, à la longue, être ignoré par le droit positif » <sup>16</sup>. Henri Motulsky voit dans le droit naturel « un phénomène essentiel à la vie du droit, à savoir l'influx que donnent au droit positif les exigences supérieures de l'idéal de justice » ; cet influx s'exprime d'une triple façon : le droit naturel, sous la forme de *principes généraux* « *philosophiques* », « inspire et vivifie les règles positives, complète celles-ci, et les combat à l'extrême limite » ; « une institution juridique s'étiolle si elle n'a pour infrastructure que le commandement du droit positif : elle se gonfle de sève et prolifère dès lors qu'elle doit son existence à l'impulsion du droit naturel » <sup>17</sup>. C'est le rôle du juge de démêler le juste de l'injuste : en somme, le droit naturel a pour rôle essentiel de donner « une impulsion à la pratique jurisprudentielle ». Sur ces bases, Henri Motulsky estime adhérer à une conception du droit naturel assez proche de celle d'Aristote et de saint Thomas, centrée autour de la recherche de la solution juste *in concreto*, et non de celle imposée par on ne sait trop quelle règle universelle et immuable. Pour autant, le jusnaturalisme de Henri Motulsky n'est pas celui des classiques, car, d'un côté, il admet la notion de principes généraux, que refusent les jusnaturalistes orthodoxes <sup>18</sup>, et considère, d'autre part, la jurisprudence comme une donnée positive ! En vérité, Henri Motulsky entremêle dans sa pensée des éléments de droit naturel relevant de diverses conceptions et s'efforce de les intégrer dans un positivisme modéré.

\* \*  
\*

Au fond, Henri Motulsky aura cherché durant toute sa vie – et c'est sans doute le ressort profond de sa démarche – à faire *œuvre utile* : il ne se voulait pas le pur théoricien qu'il aurait pu être, et il souhaitait restituer la philosophie du droit aux juristes pour mieux penser et rationaliser la réalisation du droit, mais sans faire pour autant du

<sup>15</sup> « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mélanges Roubier*, 1961, T. II, p. 175 et s. [repris dans *Écrits*, T. 1, p. 60 et s.].

<sup>16</sup> *Principes*, n. 86, p. 89.

<sup>17</sup> « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle... », *loc. cit.*, p. 63-65.

<sup>18</sup> V. M. Villey, « Abrégé du droit naturel classique », *Archives de Philosophie du Droit*, T. VI, Sirey, 1961, p. 25 et s.

droit une froide mécanique dépourvue d'âme ; cette œuvre restera dans la littérature juridique comme celle d'un grand technicien du droit poursuivant passionnément l'avènement d'un idéal de justice à l'échelle humaine : ce fut, en définitive, un *praticien de l'idéal*.