

LE "SYNCRÉTISME" DANS LA RÉALISATION DU DROIT D'APRÈS HENRI MOTULSKY (*)

Par

Emmanuel PUTMAN
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III

Les praticiens du Palais expriment parfois une certaine déception devant les livres de l'École sur cette réalisation du Droit dont ils sont les acteurs. Ces livres, il est vrai ne montrent guère ce que l'École n'apprend pas : le "savoir faire", le "doigté" du praticien, son "flair" dans la poursuite de l'argument, ce "sens", si intuitif, acquis et développé par l'expérience, de la règle de Droit adéquate au cas du plaideur, de la règle qui lui donne droit à son droit. Sans doute y-a-t-il, dans le tact et l'habitude du praticien, quelque chose, d'essentiel pour la réalisation du Droit, qui échappe à la pénétration du penseur (Gény, *Science et technique I*, p. 192, cité au n° 2). Le sens du Droit est le désespoir des systèmes ; à son égard la méthodologie juridique est comme la plus belle fille du monde : elle ne peut donner que ce qu'elle a. Pourtant, l'un des inspireurs de cette discipline, Henri Motulsky, s'est efforcé d'attirer l'attention sur l'une des plus impalpables composantes de ce "sens du Droit" : la "réaction de l'esprit juridique devant l'amas de faits à lui soumis en vue de la réalisation du Droit : son "flair" lui fait pressentir, avant tout examen approfondi, une solution que le raisonnement doit venir vérifier et, le cas échéant, rectifier (n° 52). "L'intuition du juriste est comparable au "sentiment" du savant, à "l'instinct" du médecin, à "la vue spontanée d'ensemble qui caractérise, dans tous les domaines, la réaction première du professionnel averti en face des problèmes dont il se trouve saisi" (id.). Cette "première vue générale, compréhensive mais obscure", c'est "ce que Renan appelait le "syncrétisme", qui s'apparente, sans s'identifier avec elle à l'intuition" (ibid.). Motulsky nous invite donc à retourner au passage de "L'Avenir de la science" où Renan définit son acception personnelle du "syncrétisme" : "de même que le fait le plus simple de la connaissance humaine, s'appliquant à un objet complexe, se compose de trois actes :
1°) vue générale et confuse du tout ;

(*) Certains éléments de cette communication sont empruntés à un compte rendu de la réédition de la thèse de Motulsky à paraître à la Revue trimestrielle de droit civil. Les citations de cette thèse ("Principes d'une réalisation méthodique du droit privé") sont référencées par les numéros de paragraphes du texte aux éditions Dalloz, sans autre indication.

2°) vue distincte et analytique des parties ;
 3°) reconstitution synthétique du tout avec la connaissance qu'on a de ses parties ; - de même, l'esprit humain dans sa marche traverse trois états qu'on peut désigner sous les trois noms de syncrétisme, d'analyse, de synthèse" (cité in Lalande, Vocabulaire de la philosophie, V° Syncrétisme). Caractérisant à son tour l'intuition, le "syncrétisme" juridique, Motulsky écrit : "ce n'est qu'après cette "connaissance immédiate" que l'esprit tente d'arriver à la "connaissance discursive", en passant d'un jugement à l'autre, de la synthèse première à l'analyse, pour aboutir à une nouvelle synthèse rectifiée et enrichie : en sorte que tout travail de l'esprit est une analyse entre deux synthèses" (eod loc.). Choisissons d'être celui des animaux de la crèche auquel un poète promet le paradis : faisons de la thèse de Motulsky notre "guide-âne". Dans sa représentation de la réalisation du Droit l'intuition du juriste joue un rôle, non exclusif mais non négligeable : espérons, de l'étude de ce rôle, quelques lumières sur la nature du "syncrétisme juridique".

I - RÔLE DU SYNCRÉTISME JURIDIQUE

Toute méthode -et celle de Motulsky n'est pas des moindres- tend à l'abstraction. Mais, avant de voir le syncrétisme juridique en formules, tâchons de le voir en actes.

A - LE SYNCRÉTISME EN ACTES

Motulsky nous donne, pour comprendre le rôle de l'intuition du juriste, le fil d'Ariane d'un cas pratique qui met aux prises un employeur et un ouvrier de son usine, intoxiqué par des émanations gazeuses, source pour lui d'une incapacité de travail dont il demande réparation au juge, quoiqu'il reconnaisse que l'employeur avait pris toutes les précautions, sans pouvoir éviter ces émanations liées à l'activité de l'usine.

D'emblée, Motulsky met l'ouvrier intoxiqué en présence du juge : dans l'opéra qu'il compose, le juriste "prima donna assoluta", est toujours le juge, expressément ou implicitement. Motulsky ne caractérise pas beaucoup ce personnage. Son juriste est, dirions-nous, très stylisé : par une entorse méthodologique à la réalité, ce n'est pas "un juge". C'est "le juge", sorte d'archétype. Ici commence le "jeu" motulskien : "le juge saisi de ce cas particulier se demande quelle est la règle de Droit applicable. Le syncrétisme, aussitôt, fait son œuvre de suggestion : il lui inspirera, peut-être, l'idée que cette règle pourrait être contenue à l'article premier de l'ordonnance du 19 octobre 1945, relative aux accidents du travail" (loc. cit.).

Il faut accepter de "jouer" avec Motulsky et d'imaginer que c'est là l'intuition initiale du juge, et non toute autre intuition plausible. Pour l'instant, peu importe : ce que le "maître de jeu" nous invite à comprendre, c'est que le juge formule tout d'abord une "hypothèse" songe à une "règle possible", dont il faudra bien que, se livrant à "vérification", il éprouve si c'est vraiment la "règle applicable", celle qui donne à l'ouvrier son droit, celle dont l'effet correspond précisément à celui que réclame le demandeur dans le cas particulier. C'est cela la réalisation du Droit, selon Motulsky : une opération intellectuelle du juge, un enchaînement d'hypothèses et de vérifications, "la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de Droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche" (n° 45). Et c'est cela le syncrétisme juridique : sinon un garant pour la constatation, au moins un moteur pour la tentative : la suggestion d'une "règle possible", avant la découverte de la "règle applicable". Pour le juge, ce diseur de droit, le syncrétisme est un donneur d'hypothèses.

Il faut alors continuer le jeu. Motulsky va supposer que l'intuition initiale du juge s'avère erronée, parce que l'intoxication de l'ouvrier ne figure pas sur la liste des maladies professionnelles prises en considération par la législation sur les accidents du travail. Mais le jeu ne s'arrête pas, puisque le joueur est le juge, tenu de jouer -et de juger- sous peine de déni de justice. Échaudé par son erreur d'intuition, le joueur se livre maintenant à une série de vérifications raisonnées, à l'issue desquelles il conclut que l'article 1384 alinéa 1 du Code civil s'applique (l'employeur étant considéré comme "gardien" des émanations gazeuses) à l'exclusion de la responsabilité contractuelle (le chef d'entreprise n'ayant pas d'obligation conventionnelle de sécurité) et de l'article 1382 (le patron, qui avait pris toutes les précautions, n'a commis aucune faute). Peu importe qu'une évolution du droit positif (Motulsky écrit en 1948) puisse changer la solution du cas : la liste des maladies professionnelles peut être allongée, une obligation de sécurité peut être créée... L'essentiel est d'en venir à ce que Motulsky voulait démontrer : la vérification de l'hypothèse suppose une décomposition des faits de l'espèce, une confrontation avec les conditions d'application de chaque règle possible, auxquelles le syncrétisme est impuissant. Le "maître de jeu", on s'en rend compte n'est pas tout à fait impartial : sous couvert de reconnaissance de la démarche intuitive du juriste, il suscite notre défiance à son endroit, et nous invite en fin de compte à "tuer le syncrétisme". Mais ce qu'il nous en dit ne le fait-il pas, tout aussitôt, renaître de ses cendres ?

Pour s'en convaincre, il faut avec Motulsky, formaliser les diverses étapes du travail du juge, dont l'histoire de l'ouvrier intoxiqué a été le révélateur.

B - LE SYNCRÉTISME EN FORMULES

Le fait que, malgré la généralité et l'abstraction de ses termes, la méthode de Motulsky soit en vérité celle d'une réalisation judiciaire du Droit, n'est sans doute pas étranger à l'importance qu'il prête au syllogisme, au point d'écrire que "c'est, à tout prendre, la découverte des termes du syllogisme juridique qui constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du Droit" (n° 51). La motivation des décisions des juges judiciaires -singulièrement, des arrêts de cassation- peut généralement être ramenée à des séries de syllogismes. Mais, cette reconstitution déductive n'est-elle pas l'expression "a posteriori" du résultat auquel a conduit la vérification de l'hypothèse ? Le syllogisme, c'est le bulletin de victoire après la bataille. "Ceux qui y étaient" reconnaissent rarement la bataille qu'ils ont livrée. C'est que les bulletins de victoire (comme les Bulletins de la Cour de cassation) sont écrits pour la postérité : ils taisent, de préférence, ce que certains ordres de marche ont dû à l'intuition du général, au coup de dé, en somme.

Mais, nous qui avons joué avec Motulsky, nous savons bien que les choses ne se sont pas passées ainsi. Nous connaissons la part que "l'intuition", le "sentiment", l'"instinct", le "flair", en un mot le syncrétisme, même passé au crible de l'analyse raisonnée, a prise dans la découverte du syllogisme. Pour nous qui ne pouvons ignorer le déroulement réel des opérations, Motulsky va donc le formaliser à son tour. Afin de le suivre, il faut se rappeler qu'il a la même conception de la règle de Droit que Stammler : il y voit une structure de type "Si - Alors", qui fait découler d'une "présupposition" un "effet juridique" ("Si", un fait de l'homme cause, par sa faute, un dommage à autrui, "Alors" le fauteur de dommage sera obligé de le réparer). D'où l'énoncé-type du syllogisme juridique qu'il propose (n° 50) :

"Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle. Or, le cas particulier est contenu dans cette présupposition. Donc l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier".

Motulsky laisse lui-même entendre que ce syllogisme ne décrit nullement le processus de la réalisation du Droit, car celle-ci "procédera (...), tout naturellement, de la conclusion à laquelle il faudra aboutir (...) il faut se demander, en premier lieu, ce que veut obtenir, pratiquement, la personne qui déclenche le mécanisme de réalisation du Droit" (l'ouvrier dans l'exemple choisi); "il faut ensuite traduire juridiquement cette prétention de fait; et il faut rechercher, enfin, une règle (...) dont "l'effet" corresponde à la réclamation ainsi exprimée" (n° 57).

De manière effective, la réalisation du Droit passe donc, à ses yeux, par les étapes suivantes :

- Tel effet juridique (indemnisation) est réclamé par le demandeur (ouvrier).
- Cet effet juridique pourrait découler des présuppositions A (accidents du travail) B (contrat) C (1382) ou D (1384).
- Le cas particulier est contenu dans la présupposition D.
- Donc pour obtenir l'indemnisation, il faut s'appuyer sur l'article 1384 alinéa 1 du Code civil.

Ainsi le syncrétisme intervient-il dans la deuxième étape : "c'est lui (...) qui suggère au juriste, avec plus ou moins de précision, l'hypothèse dont il devra partir ou, à tout le moins, le cadre dans lequel il faudra la rechercher" (n° 55). Un tableau figurant la réalisation du Droit se présenterait donc à peu près comme ceci.

CAS PARTICULIER

| | | |
|----------------------------|----------------------------------|-------------|
| PRÉSUPPOSITION | "RÈGLE POSSIBLE" (hypothèse) | SYNCRÉTISME |
| COMPARAISON AVEC LE CAS | (vérification) | ANALYSE |
| EFFET JURIDIQUE | "RÈGLE APPLICABLE" (résultat) | SYNTHÈSE |

L'enseignement qu'on en retire sur ce phénomène "a priori" impossible à systématiser, l'intuition du juriste, n'est pas mince. Reste à se demander ce qui déclenche ce mécanisme intellectuel, en quoi consiste cette suggestion de l'hypothèse de départ, de quelle nature est le syncrétisme : la lecture des "Principes" motulskiens peut nous mettre sur cette voie.

II - NATURE DU SYNCRÉTISME JURIDIQUE

Aux yeux de Motulsky, le "premier travail analytique" ayant pour objet la recherche de la règle possible, s'opère "sous l'égide du syncrétisme" mais avec le concours de la "classification des règles de Droit" (n° 56) qui doit permettre de rattacher la prétention de fait du demandeur à des catégories juridiques. C'est dire que le syncrétisme participe à la qualification des faits : n'est-il pas, au fond, l'intuition d'un rattachement ? Pourtant, écrit Motulsky, si le syncrétisme s'apparente à l'intuition, il ne s'identifie pas avec elle. Est-ce à dire que, contrairement à l'impression première, il y ait dans le syncrétisme, autre chose que "divination et pressentiment", qu'il puisse, après tout, receler une certaine part de raisonnement ?

A - L'INTUITION D'UN RATTACHEMENT

Il faut recommencer le jeu. Mais, révérence gardée, le "maître de jeu" Motulsky nous a proposé une partie un peu trop désincarnée, un peu trop "cérébrale". Nous savons déjà que son joueur, son juge, a de l'intuition. Nous éprouvons l'envie de lui donner un visage. Imaginons un juge jeune, frais émoulu de l'École, où il aura fait quelques "impasses", dont, peut-être, le droit social; imaginons notre jeune juge, face à son dossier, pour une fois en panne d'intuition. Il est décidé à tirer au clair le cas étrange de l'ouvrier intoxiqué. Mais comment ?

Le "maître de jeu" Motulsky vient à son aide : il faut passer en revue tous les groupes de règles qui paraissent de nature à pouvoir contenir la "règle applicable" ; et cette recherche doit s'opérer par cercles concentriques, qu'il faut resserrer, de plus en plus, en ayant soin d'avoir toujours égard au "cas particulier", auquel la règle à choisir doit correspondre (n° 56). "Une opération de "qualification" -facilitée (...) par l'existence des groupes de règles de Droit rationnellement constitués- fournira la solution" (n° 57). C'est, pour notre jeune juge, une perspective plutôt effrayante : Motulsky ne lui dit-il pas que "ce premier travail analytique doit (...) s'étendre sur le système juridique tout entier" ? Il va cette fois, demander conseil à un aîné. À peine entendue l'histoire de l'ouvrier intoxiqué, ce magistrat expérimenté a le sens immédiat de la qualification plausible, de l'habit juridique qui paraît coupé pour aller au fait, pour rattacher la prétention à une règle : il pense à la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles. Ou bien, peut-être a-t-il l'intuition, moins précise, d'une gerbe de rattachements possibles, des accidents du travail à la responsabilité civile de l'employeur, "gardien" des émanations gazeuses. En tout cas, son "syncrétisme" a l'immense avantage de lui permettre d'économiser des raisonnements : "normalement le syncrétisme suffira à éviter un examen portant sur l'ensemble de l'ordre juridique : il indiquera toujours, pratiquement, un cadre circonscrit à l'intérieur duquel se dérouleront les recherches" (n° 56). Certes, le risque d'intuition fautive existe, la "connaissance immédiate" doit impérieusement être mise à l'épreuve de la "connaissance discursive". Mais une méfiance exagérée à l'égard du syncrétisme ne paraît pas de mise. Le mérite des "pistes", des "cadres" qu'il suggère, c'est-à-dire des classifications et catégories juridiques, est leur relative stabilité à travers les vicissitudes du droit positif. Leur contenu (textes sur les maladies professionnelles, jurisprudence sur l'obligation de sécurité, la faute ou la garde...) peut évoluer très vite, mais les catégories juridiques elles-mêmes ne se réinventent que lentement. À la limite du paradoxe, on peut soutenir que l'objet du syncrétisme est plus sûr que celui de l'analyse : même si la "règle applicable" proposée par Motulsky était fautive, son intuition des "règles possibles" demeurerait valable. Supposons d'ailleurs -il n'est pas interdit de supposer !- que la maladie du salarié ait bien été inscrite sur la liste des maladies professionnelles. Le juge n'aurait pas eu besoin d'aller plus loin : "il peut se faire (...) -et là réside (...) l'utilité immédiate du mécanisme mental à mettre en mouvement- que cette première réflexion suffise à imposer une solution et que toute investigation ultérieure apparaisse sans intérêt" (n° 58).

Dans le cas contraire, le passage du "syncrétisme" à l'analyse, de la première vue générale des règles possibles à la vue enfin distincte de la règle applicable, se fait progressivement par "battues" selon le mot de Motulsky (n° 57), par une série d'intuitions affinées et corrigées par "approches" successives de l'objectif de, moins en moins "syncrétiques" et de plus en plus analytiques. Les trois étapes définies par Renan -syncrétisme, analyse, synthèse- ne seraient nettement distinctes que si le juriste avait toujours d'un coup l'intuition globale des règles possibles pour les soumettre ensuite à une réfutation analytique. Le syncrétisme juridique n'opère pas

forcément de cette manière parce que le juriste n'a pas dans chaque cas particulier une vision d'ensemble du système juridique. Il y a, dans le grand meuble du Droit, beaucoup de " tiroirs ". D'instinct, le juriste en ouvre un, ou quelques uns : le syncrétisme fournit " un cadre circonscrit à l'intérieur duquel se dérouleront les recherches ". Si son instinct le trompe il en ouvrira d'autres, son choix se faisant de plus en plus raisonné. Mais la part exacte du syncrétisme et de l'analyse est difficile à faire. Comme a pu l'écrire Maurice Blondel : " la compétence acquise du "connaiseur" n'est-elle pas une intuition laborieusement et lentement obtenue ? L'intuition ne précède ou n'exclut pas toujours la réflexion discursive et la pensée analytique ; elle peut aussi la suivre et la récompenser " (obs. sous le V° Intuition, in "Vocabulaire de la philosophie" de Lalande). On pourrait donc renverser la proposition de Renan (et de Motulsky) : le syncrétisme, parfois, c'est "une synthèse entre deux analyses". En effet, Motulsky suppose que le syncrétisme est au commencement, lorsque "le juriste chargé de la réalisation du Droit se trouve devant un cas particulier, qui se présente à lui sous forme d'un "magma" de faits". Or, si l'on se rappelle que "le juriste chargé de la réalisation du Droit", c'est en réalité le juge, il serait exagéré de croire que le fait litigieux se présente à lui tel un "magma" et que l'intuition du juge n'est précédée d'aucune analyse du fait. Une certaine sélection des faits juridiquement pertinents a déjà été effectuée par les parties, puisque, selon l'article 6 du Nouveau Code de procédure civile, "à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder". Et le juge ne s'en tient pas strictement à l'adage "da mihi factum, dabo tibi jus", car il "peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige" (art. 8 du Nouveau Code de procédure civile), il "peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention" (art. 7 al. 2 du Nouveau Code de procédure civile ; sur les rapports de ces textes avec la pensée de Motulsky, v. son article, "Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits", Ecrits, études et notes de procédure civile, p. 38 et s.). Ce qui préside au syncrétisme, n'est-ce pas alors en réalité d'une certaine manière un raisonnement, un raisonnement rapide et presque inconscient, sur la base d'une analyse en raccourci ?

B - UN RACCOURCI DU RAISONNEMENT

On ne peut s'empêcher de penser que le "syncrétisme juridique", tel que Motulsky l'envisage, est beaucoup moins "intuitif" qu'il n'a bien voulu le dire tout d'abord, beaucoup moins "divinatoire" -que ce soi-disant "pressentiment" est en vérité, selon une expression qui vient sous la plume de l'auteur des "Principes", une "première réflexion". Il y a en effet une question à laquelle Motulsky se garde de répondre : pourquoi la toute première "intuition" de son juge le conduit-elle à envisager l'application de la législation des accidents du travail, et non, justement, de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. Ce serait faire injure à ce logicien d'une rigueur presque fanatique, que d'attribuer ce choix au seul effet du hasard ou de l'arbitraire ! Au contraire, il est facile de voir que cette supposée intuition est sous-tendue par une démarche, tout à fait, cohérente à partir de l'analyse des faits, et parfaitement "restituable". Ce qui provoque le rattachement, apparemment spontané, aux accidents du travail, c'est la combinaison d'un raisonnement par analogie (entre la maladie professionnelle et l'accident du travail) et de la maxime "specialia generalibus derogant" : le droit spécial des accidents du travail dérogeant au droit commun de la responsabilité, il faut d'abord examiner les conditions limitatives d'application du droit spécial, et ensuite celles du droit commun, résiduel par vocation. Non que l'intuition doive être nécessairement celle-là : le juriste spécialisé en droit social aura

tout naturellement tendance à penser d'abord le cas particulier comme susceptible de se rattacher à ses catégories familières, au contraire du "généraliste" de la responsabilité civile. Ce qui est clair en revanche, c'est que le "syncrétisme" chez l'un comme chez l'autre, n'est pas quelque chose de totalement "non-construit", une intuition au sens le plus ordinaire, de connaissance immédiate sans raisonnement. Le "flair" du juriste fait déjà partie d'un raisonnement, il est le résultat inconscient d'une analyse qui a pu faire jouer des règles de droit, des types d'arguments dont le juriste est familier tels que l'argument "a pari", l'argument "a contrario", des situations de fait que le juriste a déjà connues... Le "syncrétisme" fait fonds sur le "passé" du juriste, "son étendue dépend, d'une part, de la structure même de l'esprit qui exerce cette activité, des forces intuitives, éminemment variables, dont il dispose, et, d'autre part, de la préparation antérieure dont il a bénéficié, c'est-à-dire du fonds de connaissances et de l'expérience qui ont contribué à le former" (n° 52). Le syncrétisme est la restitution, "en un instant de raison", d'un ensemble de principes et de manières de relier entre eux des termes, que le juriste a si souvent pratiqués qu'ils ont acquis pour lui le caractère d'automatismes. Il est intimement nourri des choses du Droit et des rapports entre ces choses. Il n'est pas purement intuitif (si tant est que l'intuition elle-même le soit) : l'intuition de l'analogie, c'est déjà un raisonnement par analogie... L'expérience du syncrétisme fait irrésistiblement penser à cette bande dessinée canadienne qui a pour titre "la Tribu terrible". Au sorcier-stagiaire qui se présente devant lui, le grand sorcier demande une danse de la pluie. Voyant l'apprenti-sorcier se saisir d'un pot de peinture et dessiner par terre ses pas de danse, le grand sorcier (mais ce pourrait être le magistrat chevronné face au juge débutant de tout à l'heure) s'exclame : "je crois que vous avez appris par correspondance !". Le syncrétisme juridique, c'est ce qui permet au sorcier-juriste de danser, sans y penser, sa "danse pour le Droit". L'exemple n'est pas à dédaigner : pour bien réaliser le Droit, ne conviendrait-il pas d'avoir "les pieds légers" ?