

PRÉFACE À LA SECONDE ÉDITION

La réédition en 2010 des *Études et notes de procédure civile* d'Henri Motulsky, à l'initiative des éditions Dalloz, attire de nouveau l'attention sur une pensée toujours courtoise mais ferme, jamais résignée. Technique, à la fois concrète et théorique, elle est un puissant antidote aux poisons qui menacent la justice.

Ce sont les poisons de toujours. Comme Adam imputait sa propre faute à Ève qui l'imputait au serpent, le juge est tenté d'imputer aux parties les faiblesses de la justice et les parties de les imputer au juge.

Le balancier va et vient. Henri Motulsky bataillait pour que les parties laissent au juge son office plein et entier, d'aucuns voudraient aujourd'hui les domestiquer ou les réduire à la portion congrue. La tentation est toujours d'oublier que la « conception de l'office du juge », comme l'écrivaient Jean Foyer et Gérard Cornu en préface à la première édition du présent livre, doit être « élaborée en contemplation du rôle des parties ».

Henri Motulsky articulait l'un sur l'autre, le chapitre premier du Code de procédure civile le suit. Ils ont ensemble suscité des débats étonnamment féconds. Établie par Henri Motulsky¹ et fortement suggérée par l'article 17 du nouveau Code de procédure civile, la distinction du principe des droits de la défense et du principe de la contradiction, le premier comprenant le second, semble avoir acquis droit de cité. S'il est admis de tout temps que toute initiative d'une partie est soumise à l'appréciation adverse, désormais il est aussi de droit positif que le principe de la contradiction lie le juge autant que les parties, toute initiative du juge même dans l'applica-

1. « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *infra*, p. 60. L'idée était aussi suggérée par J. Robert, *Arbitrage civil et commercial en droit interne et international privé*, 4^e éd., Dalloz, 1967, n° 257. Sur la portée de la distinction, v. G. Wiederkehr, « Droits de la défense et procédure civile », D. 1978. Chron. 36 et s. et G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP 1993. I. 3693, nos 13 et s.

tion de la règle de droit ouvrant un débat contradictoire. L'initiative du juge s'inscrit encore dans la perspective tracée par le principe dispositif, les prérogatives des parties n'excluant ni la faculté du juge de relever le fait adventice ni son devoir d'appliquer, aux faits du débat, la règle de droit adéquate.

Les controverses persistantes renvoient très souvent, elles aussi, à Henri Motulsky. Ainsi de la signification accordée à l'article 12 CPC, qui énonce le devoir du juge de requalifier les faits mais n'empêche pas la Cour de cassation de louvoyer encore pour éluder l'office du juge¹. Notion et conditions de l'action en justice sont encore et toujours discutées, parfois niées : c'est l'analyse d'Henri Motulsky qui fait débat². Sur l'autorité de la chose jugée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a ouvert, le 7 juillet 2006, une controverse inéluctablement relative aux propositions d'Henri Motulsky³.

Pourtant Henri Motulsky n'a livré ni traité ni manuel de procédure civile. Tout au plus a-t-il ébauché un *Traité de l'arbitrage*⁴. C'est l'originalité de sa pensée qui sans doute explique qu'elle fascine. Sa fécondité tient à sa cohérence, à la fois pratique et théorique. Devenu professeur à cinquante-quatre ans⁵, Henri Motulsky a d'abord été un praticien du droit et n'a jamais cessé de l'être. Sa construction théorique est tirée de la pratique du droit, elle ne s'en détache pas. C'est pourquoi sans doute il n'a jamais

1. V. en dernier lieu, Ass. plén. 21 déc. 2007, malgré H. Motulsky, « Prolégomènes pour un futur CPC », *infra*, p. 275, not. n^{os} 36 et 37. Sur la controverse après l'arrêt du 21 déc. 2007, v. not. O. Deshayes, « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008. 1102; G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008 I.156. La Cour de cassation a aussi varié quant à l'application d'office de la loi étrangère, v. H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », *Écrits*, t. 3, Dalloz, 1978, p. 87; « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 125; A. Ponsard, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *Rev. crit. DIP* 1990. 607; G. Bolard, « Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français », *Mélanges A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 103.

2. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *infra*, p. 85. V. G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'art. 30 NCPC », *Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949; « Une notion controversée : l'action en justice », *Mélanges Ph. Simler*, Litec, Dalloz, 2007, p. 903; G. Bolard, « Notre belle action en justice », *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 17; « Qualité ou intérêt pour agir ? », *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, à paraître.

3. H. Motulsky, « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », v. *infra*, p. 201. L'Assemblée plénière avait retenu l'analyse d'H. Motulsky le 3 juin 1994. Elle l'écarte le 7 juillet 2006, au prix de graves incohérences. v. not. G. Wiederkehr, *JCP* 2007. II. 10070; R. Perrot, *RTD civ.* 2006. 825; G. Bolard, « L'office du juge et le rôle des parties », *op. cit.*

4. Deux chapitres en ont été publiés dans *Études et notes sur l'arbitrage* (*Écrits*, t. 2), Dalloz, 1974.

5. Au cours d'une vie mouvementée, parfois tragique, v. J. Foyer, « Éloge de Henri Motulsky », *Journée H. Motulsky*, 20 déc. 1991, fasc. Cour de cassation, p. 3.

PRÉFACE

céde aux analyses éthérées qui invitent si facilement à la condamnation des uns ou des autres, du juge, des auxiliaires de justice ou des plaideurs. La construction théorique d'Henri Motulsky est enracinée dans la réalité juridique.

Rééditée en 1991 et toujours disponible¹, sa thèse soutenue en 1947 avait ouvert la voie. Intitulée *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, portant en sous-titre *La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, elle est une construction théorique à la fois générale et cohérente. Mais elle livre aussi, immédiatement, une méthode pour l'application concrète du droit. Car elle plonge ses racines dans une pratique soutenue de la défense des plaideurs devant la Cour de cassation. Ainsi a-t-elle pu devenir la source originelle du nouveau Code de procédure civile².

Georges BOLARD

Professeur à la faculté de droit de Dijon

1. V. Réimpression, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002.

2. V. G. Bolard, « Le nouveau Code de procédure civile française », *Mélanges Joseph Skasphi*, Cracovie, Secesja, 1994, p. 9.