

Le contrôle par la Cour de cassation du trouble manifestement illicite

Jean-François Weber

Conclusions de M. Jean-François WEBER, *avocat général* :

Le pourvoi de M<sup>me</sup> Daverio contre l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 15 févr. 1994 avait été initialement distribué à la troisième Chambre de notre Cour. Mais, en application des dispositions de l'art. L. 131-3 c. org. jud., M. le procureur général près la Cour de cassation en a requis le renvoi en Assemblée plénière.

Cette initiative, assez peu fréquente, tient à l'existence de jurisprudences divergentes des diverses chambres de la Cour sur la question suivante implicitement posée par ce pourvoi : l'appréciation « du trouble manifestement illicite » par le juge des référés selon l'art. 809 NCPC est-elle souveraine ou doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation ?

L'appréciation par le juge du fond de l'existence du « trouble manifestement illicite » doit-elle être contrôlée par la Cour de cassation ?

L'art. 809 NCPC dispose que : Le président peut toujours (Décr. n° 87-434 du 17 juin 1987) « même en présence d'une contestation sérieuse », prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Si toutes les chambres de la Cour admettent le pouvoir souverain du juge des référés pour apprécier l'existence d'un dommage imminent qui est à l'évidence une question de fait, il n'en est pas de même pour l'appréciation du « trouble manifestement illicite » qui, pourtant, semble en être le pendant : le trouble manifestement illicite est nécessairement antérieur à l'intervention du juge qui interviendra pour le faire cesser, alors que le juge agira préventivement dans le cadre du dommage imminent.

1. - *Le contrôle exercé actuellement par la Cour de cassation.* - Même si l'analyse des arrêts est un exercice difficile et que certaines espèces ou la formulation de certains moyens peuvent conduire à des réponses non uniformes, il semble résulter de l'analyse de la jurisprudence récente les tendances suivantes :

La deuxième Chambre spécialisée en matière de procédure a, dès le 6 déc. 1978 (*Bull. civ. II*, n° 266), nettement affirmé que l'existence du trouble manifestement illicite relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Cette position a ensuite été celle de l'Assemblée plénière du 4 juill. 1986 (*Bull. civ. ass. plén.*, n° 11) qui a statué ainsi : « Mais attendu que si la grève est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, il appartient au juge des référés d'apprécier *souverainement* si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite ».

Mais contrairement au rôle unificateur de la jurisprudence qui est la principale justification des assemblées plénières, il ne semble pas que cet arrêt ait été suivi par toutes les chambres de la Cour.

La deuxième Chambre a maintenu sa position conforme à la doctrine de l'Assemblée plénière

par de nombreux arrêts (par exemple 11 oct. 1989, *Bull. civ. II*, n° 174 ; 22 avr. 1992, *Bull. civ. II*, n° 136 ; 25 oct. 1995, *Bull. civ. II*, n° 255).

La première Chambre semble avoir une position plus nuancée : si certains arrêts ont affirmé le caractère souverain des juges du fond (23 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 200 ou 22 nov. 1994, *Pasquet c/ Coopérative Tempe-Lait, Lexilaser*, n° 1535), d'autres semblent maintenir un certain contrôle (4 janv. 1995, *Harrabi c/ SARL Gyros, Lexilaser*, n° 36 ; 21 nov. 1995, *Recours c/ Clinique La Lauranne*, inédit).

La troisième Chambre exerce un contrôle léger caractérisé par l'usage fréquent de la formule « la cour d'appel a pu en déduire que... » (par exemple, récemment : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 juill. 1995, *Nicolo c/ Veuve Commin, Lexilaser* n° 1648 ; 10 janv. 1996, *Aquabogan c/ SEMATA*, inédit).

La Chambre sociale a parfois exercé un contrôle lourd comme dans un arrêt du 20 févr. 1991 (*Bull. civ. V*, n° 83), dans lequel elle a estimé « que le juge des référés a décidé à bon droit que la retenue pratiquée sur les salaires... constituait une sanction pécuniaire interdite... et qu'il convenait de faire cesser le trouble illicite qui en résultait pour les agents concernés » ou un arrêt du 22 févr. 1995 (*Bull. civ. V*, n° 68). Mais elle semble plutôt s'orienter actuellement vers un contrôle léger analogue à celui exercé par la troisième Chambre (Cass. soc., 22 févr. 1995, *Polyclinique Le Languedoc c/ Guilmoto*, inédit ; 23 nov. 1995, *Bull. civ. V*, n° 310 ; 31 janv. 1996, *Syndicat des patrons boulangers de l'Aveyron c/ Sté Lacan-Galzin*, inédit).

La Chambre commerciale, pour sa part, semble maintenir un incontestable contrôle assez strict sur la caractérisation du trouble manifestement illicite : par exemple, Cass. com., 12 déc. 1995, *ONIP c/ Sté Hoffmann Caustier*, inédit : « qu'en l'état de ces constatations, caractérisant l'existence d'un trouble manifestement illicite au sens de l'art. 873 NCPC, l'arrêt n'encourt pas les griefs du pourvoi ». Dans le même sens d'un contrôle : 23 mai 1995, *SA France c/ SARL Maison Clara*, inédit, ou 13 juin 1995, *BPRD c/ Sté Duc, Lexilaser*, n° 1197.

Les chambres civiles de la Cour de cassation sont donc partagées sur la question de savoir si le trouble manifestement illicite est une notion de fait, et par là même souveraine, ou une notion juridique impliquant son contrôle.

La résistance de plusieurs chambres à suivre cet arrêt d'Assemblée plénière peut avoir plusieurs explications : la crainte des débordements de certains juges des référés qui s'affranchissent parfois des règles de droit, l'importance des conséquences de certaines décisions de référé sur le plan économique ou social, le souci de sécurité juridique pour assurer dans toute la République une appréciation constante de cette notion de trouble manifestement illicite qui mélange le fait et le droit.

2. - *L'analyse doctrinale.* - Les auteurs sont également partagés sur les limites de l'appréciation souveraine des juges du fond, car la notion même de « trouble manifestement illicite » fait l'objet d'interprétations divergentes en raison de la juxtaposition, apparemment contradictoire, du mot « illicite » qui est une notion de droit, avec celle de « trouble » qui est une notion de fait.

Le doyen Perdriau estime (*JCP* 1988, I, n° 3365) que « La Cour de cassation ayant mission de censurer la non-conformité des jugements aux règles de droit (art. 604 NCPC), nous ne pensons pas qu'elle puisse abandonner à la juridiction des référés le soin de déterminer ce qui est licite ou ce qui ne l'est pas, c'est-à-dire ce qui est ou non permis par la loi... On ne saurait toutefois séparer l'adjectif « illicite » de l'adverbe « manifestement » qui l'assortit et c'est ce dernier mot qui, à notre avis, pose un problème en prêtant à confusion ; en effet, il suppose une appréciation, un sentiment d'ordre subjectif, qui ressort davantage du fait que du droit... Il est certain, en tout cas, qu'il entre dans le rôle de la Cour de cassation de vérifier si le trouble retenu est bien celui visé à l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC ou aux articles correspondants ». Mais dans un article postérieur intitulé *Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile* (*JCP* 1991, I, n° 3538), cet auteur admet que « s'il est de principe que les énonciations ayant un contenu, une coloration ou une résonance juridique sont

contrôlées, il n'en va pas toujours uniformément ainsi. On trouve en effet des notions qui échappent au contrôle, alors que des notions très voisines y sont soumises... en matière de référé, l'existence d'une contestation sérieuse, et non celle d'un trouble manifestement illicite ». Me Martin (*Le référé, théâtre d'apparence, D. 1979, Chron. p. 158*), le président Bertin (*Gaz. Pal. 1983, 2, Doctr. p. 419*) et M. Strickler (*Le juge des référés, juge du provisoire, thèse dactyl., Strasbourg, 1993, p. 214*) privilégient également le mot « illicite ».

A l'inverse, la plupart des praticiens du référé ont tendance à mettre en avant la notion de « trouble » plutôt que celle « d'illicite ». Le président Coulon (note sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1993, *D. 1993, Jur. p. 590*) soutient que « Le pouvoir souverain du juge des référés porte essentiellement sur des conditions de fait. Il serait paradoxal de vouloir traiter différemment chaque condition d'application de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>. Au dommage imminent, notion de fait, correspondrait une absence de contrôle ; au trouble manifestement illicite, notion de droit, correspondrait un contrôle. Il est clair qu'inéluctablement celui-ci s'étendrait à chacune des deux conditions. La confusion en réalité résulte des deux termes « manifestement » et « illicite ». Le premier est une notion de fait, le second une notion de droit... Pourquoi l'adjectif « illicite » absorberait-il l'adverbe « manifestement » ? Pourquoi envisager un traitement différent des deux mots et permettre le contrôle de l'illicéité ? Il nous apparaît, au contraire, que le terme « manifestement » l'emporte et donne au texte toutes ses caractéristiques de référé. « Manifestement » a un sens voisin de « apparemment » ou de « incontestablement ». Le juge des référés n'est-il pas le juge de l'apparence ou de l'incontestable ? La prédominance de cet adverbe permet enfin d'éliminer tout doute sur une application différente du contrôle des deux conditions d'ouverture de l'art. 809, al. 1<sup>er</sup> ».

3. - *Proposition de solution.* - Devant ces analyses contradictoires, comment prendre parti ?

La modification de l'art. 809 résultant du décret du 17 juin 1987 qui a entériné la pratique des juges des référés parisiens, approuvée par la Cour de cassation (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 avr. 1982, *Bull. civ. II, n° 61*), a supprimé l'obstacle mis à la compétence du juge des référés en cas de contestation sérieuse portant notamment sur le caractère « illicite » du trouble. Comme l'observait un commentateur particulièrement autorisé de ce texte, « par un rappel aux devoirs et obligations du juge, la solution du texte nouveau, reprise d'une jurisprudence bien affirmée, veut être ce « signal » ou ce « voyant » par lequel le juge est, encore et toujours, invité à se prononcer et à décider » (P. Draï, *Pour un juge qui toujours décide, Gaz. Pal. 1987, 2, Doctr. p. 512*).

Mais pour certains auteurs, cette modification ne permet pas d'évacuer complètement le problème de la contestation sérieuse lorsque le juge est en présence d'une demande fondée sur « un trouble manifestement illicite ». Ainsi MM. Solus et Perrot (*Droit judiciaire privé, n° 1291*) considèrent que « Toute contestation réellement sérieuse sur l'existence même du trouble ou sur son caractère illicite peut, dans certains cas, lui ôter toute évidence et compromettre le pouvoir de juridiction du juge des référés dans son principe même. En d'autres termes, à moins de dénaturer le sens des mots, il est impossible d'évincer systématiquement la prise en considération d'une contestation sérieuse tout au moins dans l'appréciation du caractère illicite du trouble. Ou alors, c'est admettre qu'un simple trouble « apparemment » illicite suffit ; mais ce n'est pas ce que dit le texte qui persiste à exiger que son illicéité soit « manifeste ». Et dans le même sens, le professeur Giverdon (*J.-Cl. Procédure civile, v° Référés, Fasc. 233, n° 56*) retient que « dès lors que le trouble doit être manifestement illicite, il est impossible d'évincer complètement la prise en considération du caractère sérieux de la contestation lorsque celle-ci porte sur l'existence même du trouble ou son caractère illicite ».

Cette position n'est pas unanimement admise, notamment par les praticiens des référés. Ainsi, dès avant la modification du texte, un premier vice-président du Tribunal de Paris avait rendu une ordonnance, le 26 févr. 1981 (*Union des syndicats des personnels de la ville de Paris*), dans laquelle, après avoir constaté l'existence d'une contestation sérieuse, il estimait que « la décision unilatérale de modifier (la situation préexistante) porte un trouble qui, dans l'immédiat, ne saurait qu'être une forme de justice privée », et en déduisait la nécessité de «

remettre les choses dans leur état antérieur par application l'art. 809, al. 1<sup>er</sup>, NCPC, dans l'attente d'une décision régulière qui mettra un terme, s'il y a lieu, à la situation dont les défendeurs se plaignent, mais qu'il ne leur appartenait pas de modifier de façon forcée et unilatérale ». Et dans son commentaire (*RTD civ.* 1981, p. 439), le professeur Normand soulignait « qu'en annihilant de tels actes de justice privée, le juge des référés assure à leurs victimes une protection comparable à celle des actions possessoires. Comme le juge d'instance saisi d'une action en réintégration, il réprime, lui aussi, et sur le champ, la voie de fait ».

Et pour lever cette apparente contradiction interne au texte, ce même professeur était conduit à proposer (*RTD civ.* 1988, p. 169) la distinction suivante qui semble refléter l'état actuel de la pratique judiciaire : « 1) Le trouble dont se plaint le demandeur peut venir, d'abord, de ce qu'une atteinte aurait été portée à l'un de ses droits qu'il prétend incontestable... mais le juge ne peut contraindre au respect de ces divers droits qu'en l'absence de contestation sérieuse sur le fond... - 2) Le trouble peut encore trouver sa source, non plus dans une violation flagrante du fond du droit, mais dans le procédé auquel son auteur a eu recours pour régler le différend qui l'opposait à l'actuel demandeur en référé. Se faisant justice à lui-même, il s'est assuré, de sa propre autorité, en procédant par violence ou voie de fait, le bénéfice du droit auquel il prétendait... Peu importerait même que la plus grande vraisemblance, voire la certitude soit dans le camp adverse ; il est, de toute façon, indifférent qu'il y ait ou non contestation sérieuse sur le fond, car il n'y en a pas sur l'illicéité du procédé employé ».

Notre affaire se situe incontestablement dans le second cas évoqué dont la légitimité a été confortée par la réforme de 1987 ayant supprimé la contrainte de l'absence de contestation sérieuse. Le choix devant lequel se trouve la Cour de cassation revient donc à interpréter le sens du mot « illicite ».

Soit vous estimez que ce terme a été utilisé à dessein dans un sens technique de « contraire à la loi » (au sens large), il conviendra d'établir un contrôle, même léger, sur cette illicéité car le contrôle de cette qualification relève des missions de la Cour de cassation qui est de dire le droit et de veiller à l'unité de son application dans toutes les juridictions de la République. Même si, dans une affaire déterminée, son intervention n'a plus aucun effet pratique, la portée doctrinale de ses arrêts justifierait ce contrôle. Un tel contrôle permettrait également de mettre un frein à la tendance expansionniste des juges des référés qui, sous le prétexte de régler des situations de fait, ont tendance à s'affranchir des règles de droit. De plus, un tel contrôle correspondrait, semble-t-il, à l'intention des rédacteurs du texte qui avaient considéré que le caractère « manifestement illicite » du trouble était une condition de fond donnant sa compétence au juge des référés et par là même devait être contrôlée.

Soit vous admettez, comme la plupart des juges des référés actuels, que ce mot a perdu au fil du temps et notamment en raison de la réforme de 1987 sa signification originelle, et vous réaffirmez que l'existence du « trouble manifestement illicite » est une appréciation souveraine.

A l'appui de cette position, il peut être avancé qu'en supprimant en 1987 l'obstacle de la contestation sérieuse, le législateur a nécessairement admis l'effacement du terme « illicite » devant la réalité du trouble, puisque le juge des référés peut désormais intervenir même en cas de contestation sérieuse sur le caractère « illicite » du trouble. Les auteurs de la réforme de 1987 n'ont sans doute pas mesuré la contradiction qui naissait de cet ajout et qui aurait pu être facilement levée par la suppression pure et simple du mot illicite ou son remplacement par un terme plus neutre tel que « intolérable » correspondant mieux à certains coups de force ou actions de justice privée auxquels il convient de mettre fin même en présence d'une contestation juridique sérieuse.

Selon cette interprétation réaliste que je vous propose, le texte de l'art. 809 devient parfaitement cohérent puisque le président peut prescrire en référé, même en présence d'une contestation sérieuse sur le fond du droit, des mesures conservatoires ou de remise en état dans deux cas : 1) pour prévenir un dommage imminent, 2) pour faire cesser un trouble manifestement « intolérable ». Dans les deux cas, il s'agit de notions de fait qui n'ont aucune

raison d'être contrôlées par la Cour de cassation.

Or, l'absence de contrôle présente de nombreux avantages :

Elle permet d'abord de ne pas revenir sur la position de l'Assemblée plénière de 1986 qui n'a pas été défavorablement accueillie.

Elle tire toutes les conséquences logiques de la réforme de l'art. 809 NCPC intervenue en 1987. Elle assure la cohérence dans l'interprétation de l'art. 809 puisque l'absence de contrôle est déjà admise pour le dommage imminent qui est prévu par le même article.

Elle contribue à la responsabilisation des juges des référés et les encourage à continuer de prendre des initiatives afin de faire face à des situations par hypothèse imprévisibles et souvent urgentes. Contrairement à ce que certains avancent, l'absence de contrôle ne présente que peu de risques pour les justiciables, puisque, en tout état de cause, ces ordonnances de référé sont provisoires, n'ayant pas d'autorité de la chose jugée et sont susceptibles d'appel. De plus, l'expérience montre que les magistrats qui se voient confier les référés sont de grande qualité : soit le président du tribunal lui-même (nommé sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature depuis la réforme constitutionnelle du 27 juill. 1993), soit un magistrat spécialement désigné par lui et choisi parmi les meilleurs.

Elle ne prive pas la Cour de cassation de tout contrôle sur les décisions des juges des référés, puisque le pouvoir souverain sur l'appréciation du trouble manifestement illicite n'a aucune incidence sur le contrôle de la motivation.

J'ajoute à ces raisons le caractère un peu dérisoire d'un contrôle de la Cour de cassation intervenant à une date à laquelle le jugement sur le fond est en général intervenu et où l'ordonnance est certainement déjà devenue sans portée. Et lorsque l'on connaît l'encombrement de notre Cour, est-il bien raisonnable, par un revirement, de susciter de nouveaux pourvois ?

Il m'apparaît donc que le maintien de l'absence de contrôle présente plus d'avantages que d'inconvénients.

Souhaitant par dessus tout qu'une solution unitaire et acceptée par toutes les chambres de notre Cour soit retenue par l'Assemblée plénière, je suis personnellement au rejet du pourvoi avec la réaffirmation du caractère souverain de l'appréciation par le juge des référés du trouble manifestement illicite et donc du principe posé par l'Assemblée plénière de 1986.

Mais au cas où l'Assemblée plénière envisagerait une solution différente, je me dois d'étudier les mérites au fond du pourvoi qui pose en réalité la question des limites des pouvoirs du juge des référés.

Les limites des pouvoirs du juge des référés en cas de trouble manifestement illicite. Le texte de l'art. 809 NCPC, qui est un des piliers de l'essor extraordinaire du référé moderne, est, comme nous venons de le voir, d'une rédaction moins limpide que son utilisation quotidienne par les juges des référés de France permettrait de le penser et le pourvoi entend faire affirmer par la Cour de cassation les conséquences qu'il convient d'en tirer pour limiter les débordements de ce juge.

1. - *Peut-il exister un trouble manifestement illicite alors qu'un droit n'est pas établi ?* - C'est la question expressément posée par le pourvoi qui va donc plus loin que celle de l'existence d'une contestation sérieuse sur un droit existant. Elle fait expressément référence à un arrêt de cassation de la troisième Chambre du 10 févr. 1988 (*Bull. civ. III*, n° 35) exigeant que le droit dont la violation est à l'origine du trouble manifestement illicite soit *établi*. Il faut noter que, dans cette affaire, la cour d'appel de renvoi s'étant rebellée, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait été saisie en 1993. Mais après le dépôt du rapport, le demandeur au pourvoi s'est désisté, ce qui n'a pas permis de clarifier cette question.

Mais la même troisième Chambre, dans un arrêt postérieur non publié du 4 janv. 1990 (*Payet c/ Teyssède*), dont le moyen soutenait « qu'aucun trouble manifestement illicite ne peut résulter du fait par un propriétaire d'empêcher un tiers de passer sur son fonds, en l'absence de toute servitude légale ou conventionnelle de passage le grevant », a néanmoins rejeté le pourvoi en ces termes : « Mais attendu qu'ayant relevé que M. Payet avait fait obstruer le chemin dont il n'était pas contesté que M. Teyssède avait l'usage depuis l'acquisition de son fonds le 30 déc. 1985, la cour d'appel, qui, sans modifier l'objet du litige, en a déduit que M. Payet avait causé un trouble manifestement illicite, a légalement justifié sa décision ordonnant la remise en état des lieux ». Or dans ce cas, comme dans l'affaire soumise aujourd'hui à l'Assemblée plénière, aucun droit de passage n'était établi au profit de M. Teyssède !

La position de la Cour de cassation paraît donc avoir évolué et la Cour semble admettre désormais la possibilité d'un trouble manifestement illicite même en cas de droit non établi.

Cette solution mérite d'être approuvée. En effet, il est traditionnel d'affirmer que le juge des référés, dont les décisions sont provisoires, est le juge de l'évidence, le juge de l'incontestable. Et l'art. 809 lui confère le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires pour mettre fin à un trouble manifestement illicite. Si l'on admet, comme j'ai essayé de le démontrer précédemment, que le mot « illicite » ne doit pas être pris dans un sens technique de « contraire à la loi ou au règlement », mais dans un sens plus ordinaire de contraire à la paix sociale car troublant violemment un état antérieur accepté jusque-là, la nécessité d'un droit pré-établi ne s'impose pas. J'observe d'ailleurs que cette analyse assez fréquente des juges des référés ne semble pas avoir généré de graves troubles à l'ordre social ni soulevé de tempêtes juridiques.

Or, dans l'espèce, l'intervention du juge des référés tendait à mettre fin au coup de force tenté par M<sup>me</sup> Daverio pour faire cesser un « droit de passage » qui avait juridiquement existé pendant quinze ans, mais qui s'était trouvé indirectement anéanti par la reconnaissance judiciaire de la propriété du sol sur lequel il s'exerçait au profit de M<sup>me</sup> Daverio. « L'illicéité » du procédé s'apparentait à un acte de justice privée consistant à mettre fin brutalement à une pratique initialement fondée sur un titre et ensuite tolérée, sans attendre la décision judiciaire sur l'état d'enclave et la reconnaissance d'un éventuel nouveau droit de passage. Il pouvait, me semble-t-il, constituer un trouble manifestement illicite justifiant l'intervention du juge des référés même en l'absence de droit établi.

2. - *Une action licite peut-elle causer un trouble manifestement illicite ?* - L'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est clairement prononcée sur ce point le 4 juill. 1986 (*Bull. civ. ass. plén.*, n° 11) en ces termes : « si la grève est licite dans son principe en cas de revendications professionnelles, il appartient au juge des référés d'apprécier souverainement si elle n'entraîne pas un trouble manifestement illicite ».

On ne voit aucune raison qui pourrait conduire à revenir sur cette analyse à partir du pourvoi tel qu'il est formulé. Même si le juge ne l'a pas dit expressément puisqu'il s'est contenté de retenir que « c'est de bonne foi que les hoirs Lasserre sont entrés en possession du passage litigieux en vertu d'une délibération de la commune », l'action de M<sup>me</sup> Daverio consistant à entraver le passage sur la route construite sur son fonds était incontestablement licite mais pouvait néanmoins causer un trouble manifestement illicite car elle s'apparentait en réalité à un abus du droit de propriété assez voisin de celui qui avait été retenu par le fameux arrêt de la Chambre des requêtes du 3 août 1915 (*D.* 1917, 1, *Jur.* p. 79) sanctionnant le fait de planter des piquets sur son terrain contigu à un terrain de ballons dirigeables.

Au terme de cette rapide analyse de la question de fond posée par le pourvoi, il apparaît que si l'Assemblée souhaitait exercer un certain contrôle sur l'appréciation du juge des référés, elle pourrait néanmoins rejeter ce pourvoi dès lors que le juge n'a pas excédé ses pouvoirs.

Depuis la création prétorienne du référé sous la Restauration par le Président Debelleyme, cette institution a connu un développement considérable grâce à des textes peu nombreux et tellement concis qu'ils lui ont permis de donner libre cours à son imagination. « Il est

recherché par le justiciable, on pourrait dire harcelé ; le législateur lui donne des pouvoirs toujours plus vastes ; la cour d'appel et la Cour de cassation, tout en canalisant son activité, n'ont jamais cherché à limiter son champ d'action » (H. Le Foyer de Costil, *Le vol d'aigle du juge des référés*, *Etudes Pierre Bellet*, Litec, 1991).

Déjà en 1981, le professeur Perrot relevait dans les *Mélanges Pierre Hébraud* (p. 663) : « le moins que l'on puisse dire est que la juridiction des référés est une juridiction envahissante. Elle l'est juridiquement du fait que les seules limites à son impérialisme reposent sur des notions extrêmement fluides, comme par exemple le dommage imminent, le trouble manifestement illicite ou encore l'obligation non sérieusement contestable. Mais elle l'est aussi et surtout psychologiquement : les contraintes procédurales sont si légères qu'elles attirent vers elle un bon nombre de fidèles séduits par la simplicité d'une procédure dont l'unique servitude se limite finalement au respect des droits de la défense ».

Et plus récemment, dans un article consacré au juge des référés au regard des principes procéduraux (*D. 1995, Chron. p. 67*), le Palais et l'Université se rejoignent pour souligner la particularité du juge des référés dans l'institution judiciaire : « on loue sa souplesse, on met en évidence sa fragilité. Certains avancent même l'idée qu'il est le messager d'une culture juridique rénovée, d'autres s'étonnent en revanche que certaines règles fondamentales, notamment de procédure, puissent être écartées... Colosse aux pieds d'argile, sans doute le juge des référés peut-il être appréhendé dans cette perspective contingente. Mais on peut aussi songer à l'observer comme modèle de ce que pourrait être l'organisation de l'institution judiciaire ».

La solution que vous donnerez à ce pourvoi sera un signal pour les juges des référés : réaffirmer, comme je le souhaite, après un premier arrêt d'Assemblée plénière datant maintenant de dix ans, que le trouble manifestement illicite relève de l'appréciation souveraine des juges des référés parce qu'il est le juge de l'évident et de l'incontestable, sera compris comme un encouragement au dynamisme et à l'imagination pour cette forme de justice efficace et rapide qui assure largement la crédibilité de la Justice d'aujourd'hui.

Revenir à un contrôle, même léger de la Cour de cassation, sur cette appréciation au motif que le mot « illicite » a été maintenu après la réforme de 1987 dans ce texte risquerait d'être interprété par nos collègues du fond comme un retour en arrière et d'entraver pour longtemps l'enthousiasme des juges des référés et l'espérance des plaideurs et de leurs conseils.

**Mots clés :**

REFERE \* Trouble manifestement illicite \* Cour de cassation \* Contrôle \* Abus de droit \* Droit de propriété

SERVITUDE \* Servitude de passage \* Droit de propriété \* Empêchement \* Trouble manifestement illicite \* Référé