

Remarques sur l'impartialité du tribunal

Charles Goyet, Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

L'essentiel

Dans un arrêt « *Morel* » du 6 juin 2000, la Cour européenne des droits de l'homme décide qu'un juge qui a déjà *traité des questions analogues* à celles qu'examinera ensuite la formation de jugement ne peut y participer sans entacher le tribunal d'un soupçon légitime de partialité. Cette expression récente de la doctrine de l'impartialité objective ou apparente est rapprochée de l'un des arrêts rendus par l'Assemblée plénière le 6 novembre 1998. Le juge des référés qui alloue une provision appréhende indiscutablement le fond. Mais le juge-t-il pour autant ? En d'autres termes, que signifie exactement, pour un juge, *traiter une question* ? Les lignes qui suivent veulent mettre en évidence cette interrogation et, avec elle, celles que peut susciter la notion d'impartialité apparente, subtilement déduite de l'exigence d'un tribunal impartial édictée par l'article 6, § 1, Conv. EDH.

1 - Saisie par son procureur général  (1), la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière a déduit de l'art. 6, § 1, Conv. EDH une solution remarquable. « Lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut statuer ensuite sur le fond du litige afférent à cette obligation »  (2). La décision cassée contenait le motif suivant : « (...) en se prononçant sur l'appel de référé la cour ne pouvait être considérée comme s'étant déjà prononcée sur le litige au fond (...) ». L'inexactitude était certaine : le référé-provision appréhende nécessairement le fond. En revanche, l'affirmation selon laquelle allouer une provision sur une créance évidente, indiscutable, non sérieusement contestable, c'est déjà juger - et, par conséquent, selon les cas, préjuger - nous paraît mériter une discussion. L'actualité en offrant l'occasion, nous la mènerons en nous appuyant sur l'expression la plus récente de la jurisprudence de la Cour européenne.

2 - Dans un arrêt *Morel c/ France*  (3), l'interprète authentique de la Convention européenne exprime à nouveau sa conception de l'impartialité dite objective. Cette terminologie oppose impartialité subjective et impartialité objective. L'impartialité subjective s'entend de tout ce qui peut affecter la neutralité personnelle de tel juge déterminé et doit le conduire, s'il est respectueux des devoirs de son état, à s'abstenir ou, selon le mot en usage, à se déporter. L'impartialité objective, au contraire, résulte de certaines circonstances propres à faire naître un doute légitime quant à l'impartialité d'un tribunal.

Pour limiter cette comparaison au plus court et au plus caractéristique, seront rapprochés seulement les principaux enseignements de l'arrêt *Morel*, d'une part (I), et, d'autre part, la décision précitée de l'Assemblée plénière (II).

I - Lumières récentes sur l'impartialité objective

3 - Le parti pris personnel d'un juge est sans doute difficile à établir. C'est, en revanche, une réalité qui se conçoit aisément. Inversement, l'impartialité objective ou apparente résulte de circonstances que chacun peut observer, mais cette notion paraît être une implication subtile et, en tout cas, assez lointaine de l'exigence d'un tribunal impartial au sens de l'art. 6, § 1, Conv. EDH. C'est dire que les enseignements généraux de l'arrêt *Morel* retiendront sans doute davantage l'attention que les éléments du litige et le rejet de la requête.

4 - M. Morel entendait faire juger que les décisions prises par un juge-commissaire pendant la période d'observation lui interdisaient de faire partie ultérieurement de la juridiction qui, refusant le plan de continuation présenté par le débiteur, devait ordonner la liquidation judiciaire. Sous cet aspect circonstanciel, la décision nous paraît appeler un commentaire principal  (4). Dans la partie qui nous occupe, le texte de l'art. 6, § 1, vise le « tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur [les] droits et obligations de caractère civil ». De prime abord, la formule semble ne pouvoir viser que les décisions contentieuses. C'est l'existence de prétentions antagonistes mettant en cause des droits et des obligations dès lors contestés qui oblige le juge saisi à trancher le litige. Or, il convient d'affirmer - avec d'autant plus de force que le point n'est peut-être pas assez souligné - que l'office principal du tribunal de la faillite n'est pas contentieux. Lorsqu'il s'agit d'ouvrir une procédure de concours en constatant la cessation des paiements, puis de décider ou bien de liquider l'entreprise ou bien d'arrêter à son profit un plan de cession ou de continuation, le tribunal prend une mesure dictée par l'état de l'entreprise (la cessation de ses paiements), l'opportunité économique (les chances de redressement) ou les circonstances (l'existence d'au moins un repreneur sérieux). Il ne tranche aucune contestation. Il agit comme un administrateur de l'entreprise placée, en raison de sa défaillance, sous la haute main de la justice. Ni contentieux ni gracieux, l'office du juge de la faillite évoque, toutes choses égales d'ailleurs, celui du juge des tutelles. Pour autant, on ne peut que se réjouir que la Cour européenne étende l'exigence d'impartialité à tout tribunal, sans égard à la nature de son activité. Il est des principes qui doivent s'appliquer à tous les juges, peu importe leur rôle. Indépendance et impartialité, respect de la publicité, du délai raisonnable et du contradictoire, c'est ou ce doit être pour un juge - quel qu'il soit - une seconde nature. Dès lors, choisir de confier à un magistrat une tâche extra-contentieuse, c'est précisément choisir de la confier à une autorité offrant la garantie de se trouver soumise à ces principes ou à ces exigences.

5 - L'intérêt principal de l'arrêt *Morel* tient cependant non pas à l'espèce ou à la solution, mais à la manière. Débordant de toute part les limites de la question qui lui était posée, la Cour de Strasbourg s'empare de cette occasion pour fixer une fois encore sa conception de l'impartialité objective. Un tel choix se comprend aisément. Le grief de partialité subjective ne stigmatise que des comportements individuels. Au contraire, la partialité objective intéresse le fonctionnement même de l'appareil judiciaire et présente une portée tout autre, non plus disciplinaire mais organique. Cette notion conduit alors à passer au crible les hypothèses très nombreuses dans lesquelles un juge peut être amené à statuer d'abord seul dans une phase préparatoire ou préliminaire (à titre interlocutoire, avant dire droit, comme juge des référés ou de la mise en état, etc.) pour ensuite juger le fond et, en principe, au sein d'une formation collégiale.

6 - Dans sa partie centrale, l'arrêt *Morel* (§ 40 à 47) développe un raisonnement méthodique. Après avoir défini l'impartialité objective apparente (A), il utilise cette définition pour séparer ce qui relève de cette notion et ce qui n'en relève pas. Négativement, il indique très clairement quelles sont les circonstances qui ne sauraient donner prise à cette forme de soupçon. Positivement - mais de façon plus discrète ou plus elliptique et, en tout cas, plus succincte - il suggère celles qui sont de nature à justifier un tel doute. Il est ainsi possible d'assigner à la notion d'impartialité objective ses limites (B) en même temps que d'en rechercher le critère (C).

#### A - Définition

7 - Par opposition à l'impartialité subjective (§ 41), l'impartialité objective s'entend d'une « démarche (qui) conduit à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci » (§ 42). En d'autres termes, il s'agit de s'assurer qu'un juge ou un tribunal « (offre) des garanties suffisantes pour exclure (...) tout doute légitime (quant à son impartialité) » (*ibid.*). Il faut dès lors observer les circonstances, relever des faits objectivement vérifiables pour savoir s'ils sont ou non de nature à justifier un tel doute. Cette démarche conduit ainsi à scruter les apparences et non pas à chercher à découvrir la réalité des motifs qui ont pu inspirer la conduite du magistrat.

## B - Limites

8 - Abandonnée à sa pente naturelle, l'exigence d'une impartialité objective apparente pourrait gripper, de proche en proche, de nombreux rouages de la machine judiciaire. Ce principe, d'autant plus insidieusement corrosif qu'il emprunte son inspiration aux vertus les plus angéliques, risque, par une application indifférenciée, de désorganiser les tribunaux. Sans doute soucieuse de contenir ce danger, la Cour de Strasbourg prend le soin de lui assigner de strictes limites. Elles résultent de trois formules convergentes d'une portée générale (5).

1°) « Le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité ».

2°) « La connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond ».

3°) « L'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugeant l'appréciation finale » (§ 45).

9 - Ces formules contiennent un enseignement immédiat. Connaître et juger ne sont pas des activités incompatibles. On ne peut que s'en réjouir. Il y aurait quelque paradoxe à oser affirmer que le seul juge digne de ce nom est celui qui connaît le moins le dossier. L'affirmation selon laquelle « l'impartialité, qu'elle soit objective dans l'organisation de la juridiction ou subjective, dans le comportement du juge particulier, consiste (...) à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer au juge » (6) ne paraît pas compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne. Un juge qui a déjà pu prendre *une connaissance approfondie du dossier* parce qu'il a procédé à une *appréciation préliminaire des données disponibles* cessera de pouvoir être convaincu par un fait, un argument ou une interprétation contredits par les éléments du dossier. Son impartialité ne peut être suspectée pour autant. Il est particulièrement heureux qu'il en soit ainsi. Le meilleur magistrat serait-il le plus influençable et faudrait-il que, pour préserver la naïveté ou l'ignorance attendues de lui, il s'abstienne d'étudier les pièces ? De telles conceptions ressuscitent une image du procès que l'on croyait révolue. Celle d'un juge passif, arbitre d'un match dont il se borne à compter les points, parce que le procès serait la chose des parties, que la vérité judiciaire serait relative et non pas absolue et qu'il n'entrerait pas dans la mission du juge de rechercher lui-même le droit pour l'appliquer au besoin d'office au litige.

10 - Ainsi décider, connaître, apprécier... ce n'est pas toujours préjuger. Le préjugé ou le parti pris (apparent, ou objectif...) n'existent que lorsque le juge a déjà touché au fond du litige sur lequel le tribunal est appelé à statuer. Ces précisions constituent sans doute le propre de l'apport de l'arrêt *Morel*. Elles laissent entendre que le juge est apparemment de parti pris lorsqu'il s'est déjà prononcé sur le fond.

## C - Critère

11 - La formation de jugement est objectivement partielle si et seulement si l'un de ses membres a été amené, préalablement et dans la même affaire, à *traiter des questions analogues* à celles sur lesquelles le tribunal doit prononcer (§ 47). Cette formulation en elle-même indéfinie est en outre étroitement liée à l'espèce, comme s'il convenait de lui dénier toute solennité. Il faut par conséquent tenter de dégager de l'arrêt *Morel* un critère général de l'impartialité objective apparente.

12 - En ce qui concerne le peu de solennité avec laquelle est affirmé ce critère, il suffit de comparer la rédaction du § 47 avec celle du § 45 où se trouvent fixées les limites destinées à contenir le soupçon de partialité objective (7). L'interprète en est réduit à inférer de la phrase finale du § 47 la formule générale de la partialité objective. Cette opération d'induction semble permettre de proposer le critère suivant. Le juge peut être soupçonné légitimement de partialité objective lorsque, avant de participer à la formation de jugement, il a déjà été

amené à *traiter* seul de *questions analogues* à celles soumises au tribunal. La formule présente un aspect délibérément indéterminé.

13 - *Traiter des cas analogues*... L'adjectif *analogue* constitue en lui-même un signe d'approximation. Pourtant, c'est surtout le verbe *traiter* qui appelle l'interprétation. On peut facilement comprendre que la Cour de Strasbourg n'ait pas voulu enfermer la partialité apparente dans un carcan trop étroit. Aucune question ne se présente jamais de façon identique. Les formes du débat et son intensité ne sont pas les mêmes devant un juge unique ou devant un tribunal... Toute question se modifie nécessairement selon le moment où elle se trouve appréciée, ne fût-ce qu'en raison des *appréciations préliminaires* successives des *données disponibles* auxquelles elle a pu donner lieu chemin faisant... Bref, même s'il désigne une relation un peu lâche entre deux termes, le mot *analogue* est en lui-même exempt d'ambiguïté. Il signifie non pas identique, mais comparable ; non pas semblable, mais similaire... Il nous semble au demeurant heureusement choisi pour éviter les vaines discussions que n'aurait pas manqué de provoquer l'exigence d'une identité d'objet entre la décision du juge unique et celle du tribunal.

En revanche, le verbe *traiter* présente quelque chose d'étrange en raison de son aspect non juridique. Il ne relève pas des catégories de la procédure. Un magistrat peut connaître, administrer, contrôler ou homologuer. Il décide toujours et, le plus souvent, il juge, il tranche. Chacun de ces mots peut avoir un sens précis pour décrire les différents offices du juge. *Traiter* les englobe tous dans un terme dès lors remarquable par son aspect compréhensif et non pas discriminant.

14 - Pour autant, le contexte paraît autoriser deux certitudes. Les *questions analogues* pertinentes doivent s'entendre uniquement de celles qui relèvent du fond du litige ; quant à *traiter*, il signifie ici *juger le fond*. Ces éléments tirés du contexte sont de trois ordres. En premier lieu, le § 45 oppose l'activité du juge unique à celle du tribunal, ce dernier étant toujours celui qui est appelé à prononcer sur le fond. Ensuite, le § 47, de l'arrêt *Morel*, se réfère expressément à l'arrêt *Saraiva de Carvalho* (8) et, précisément, au § 38 de cette décision rendue en 1994. Pour rejeter la requête, la Cour européenne y indiquait que le magistrat dont l'impartialité était mise en doute avait sans doute une « connaissance approfondie du dossier » mais que celle-ci, en l'occurrence, « n'impliquait pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment *du jugement sur le fond* » (9). Enfin, de façon générale, dans tous les passages examinés, ce qui empêche un juge unique de participer ensuite à la formation collégiale, c'est le *préjugé*, le *parti pris*. Ces mots ordonnent le raisonnement de la Cour européenne par une sorte de symétrie. Aussi longtemps qu'il n'a pas préjugé, un magistrat peut encore juger. Inversement toutes les tâches qu'il a pu accomplir avant que ne se réunisse la formation collégiale laissent intacte son impartialité objective (ou apparente) dès lors que ces tâches ne sont pas de l'ordre du jugement. Bref, toutes ces raisons semblent autoriser une lecture des termes du § 47 de l'arrêt *Morel* qui, sans en trahir l'esprit, permette de dégager le critère général de la partialité objective ou apparente. Est partial ou de parti pris (apparent) le magistrat qui a déjà jugé (ou préjugé), en quelque mesure, le fond. Le critère paraît net. Est-il suffisant pour résoudre toutes les difficultés ? A défaut d'une réponse certaine, cette question trouve dans le référé-provision une illustration topique.

II - Le référé-provision, apparences et réalités

15 - Lorsqu'il alloue une provision parce que l'obligation ne lui paraît pas sérieusement contestable (NCPC, art. 809, al. 2), le juge des référés se prononce indiscutablement sur le fond (10). Mais le juge-t-il ? A moins d'envisager sereinement l'effondrement de la distinction du référé et du principal, il paraît indispensable de soutenir que constater l'évidence, ce n'est pas juger.

On ne saurait mieux faire que de citer Motulsky. « La jurisprudence, écrivait-il avant que le nouveau code de procédure civile ne lui apporte sur ce point comme sur tant d'autres une consécration éclatante, *permet au juge des référés de se prononcer sur le fond, à la seule condition de ne point trancher des difficultés sérieuses* » (11). Les constatations du juge des

référés, poursuivait-il, ne diffèrent de l'examen effectué par le juge du principal que par la seule notion d'*évidence* (12). Reste à définir l'évidence. C'est cette « qualité dont est paré le fait ou le raisonnement qui, portant en lui révélation de son existence ou de son bien-fondé, vaut preuve de lui-même et dispense d'autre preuve ou d'autre démonstration » (13). Malgré leur allure philosophique, ces mots doivent être pris au pied de la lettre. L'évidence, c'est ce qui s'impose à tous sans démonstration, sans élaboration intellectuelle, sans raisonnement. La constatation de l'évidence ne procède d'aucun jugement. Pourquoi la loi autorise-t-elle le juge des référés à toucher le fond ? Comment le référé-provision peut-il ne pas se confondre avec le principal ? La loi autorise le juge des référés à allouer une provision parce qu'elle a consacré l'idée de Motulsky : constater l'évidence ce n'est pas juger. Le référé-provision *traite* le fond, selon les mots de la Cour européenne, mais il ne le juge pas. Juger n'est pas seulement un pouvoir, c'est aussi une opération de l'esprit dont la nécessité apparaît chaque fois qu'il faut choisir entre deux thèses pour arrêter une décision.

16 - C'est donc ce « concept décisif de l'*évidence* » (14) qui fonde la distinction du référé-provision et du principal. Le *concept*, disait Motulsky, l'idée... Il se peut que, dans la pratique judiciaire, la distinction de l'évident et du sérieusement contestable soit délicate. Il se peut que des juges des référés outrepassent leurs pouvoirs (15). Ces faits, à les supposer certains et significatifs, n'ébranlent en rien le soubassement logique de la distinction du référé et du principal. Si l'on veut cependant considérer l'application pratique de cette distinction, deux observations s'imposent. D'une part, l'ordonnance qui aurait alloué une provision sur une créance discutable peut être attaquée en appel (16). D'autre part, la Cour de cassation contrôle l'application de la notion d'obligation non sérieusement contestable (17). Ces remarques devraient conduire à une solution conciliant la spécialité du référé-provision et la généralité de l'art. 6, § 1, CEDH. Pourquoi ne pas réserver la possibilité de faire état d'un doute sur l'impartialité du juge des référés au seul plaideur qui a interjeté appel contre l'ordonnance ayant alloué une provision à son adversaire ? Comment accepter que celui qui a acquiescé à cette décision (NCPC, art. 409) puisse mettre en cause l'impartialité du juge des référés alors que, en admettant - fût-ce implicitement (NCPC, art. 410) - que l'ordonnance était dictée par l'évidence, il reconnaissait par là même que, n'ayant rien jugé, son signataire n'a pas pu préjuger ? La solution inverse, qui pose en principe que tout juge des référés ayant octroyé une provision est devenu pour cette seule raison inapte à juger le principal, ne semble guère compatible avec les analyses de la Cour européenne. Un doute sur l'impartialité du magistrat ne saurait, selon elle, être justifié par cela seul qu'il a précédemment connu de la même affaire. Il faut établir encore que le juge a déjà, en quelque manière, jugé le fond. Or, constater l'évidence pour en tirer les conséquences, ce n'est pas juger. Le jugement est l'élaboration intellectuelle qui permet d'apprécier la valeur d'une thèse et de choisir parmi les solutions que celle-ci commande. Mais il est inutile de prolonger ces observations. Le propre de la théorie de l'impartialité objective est de reposer non pas sur une démonstration, mais sur des conjectures. Le *seen to be done*, qui fait tout le sel du fameux *Justice must not only be done, it must also be seen to be done*, n'examine pas la partialité réelle, mais la partialité apparente.

17 - Une telle conception postule en effet que, dans l'esprit de tout un chacun, et d'abord dans celui du requérant, celui qui a jugé aujourd'hui répugnera à se déjuger demain. C'est entrer dans le domaine de l'indécidable. Celui de la *doxa*, celui des représentations, où n'existent ni le vrai ni le faux, mais seulement le vraisemblable. Certes, il est bon que la justice prenne en considération l'opinion commune. Certes, tout ce qui peut contribuer à renforcer sa crédibilité doit être encouragé (18). Certes, rien de ce qui peut favoriser l'acceptation de ses décisions ne doit être négligé. Mais comment connaître l'opinion, autrement que par des sondages ? Qui peut se targuer d'être son fidèle porte-parole, sinon celui qui a le dernier mot ? Que la justice doive se conformer aux exigences fondamentales d'une société démocratique, c'est un objectif qui, souhaitons-le, ne devrait pas manquer de recueillir le plus large accord. Il est permis cependant de douter qu'une formule aussi générale puisse servir de base à une casuistique jurisprudentielle dont les *distinguo* deviendront nécessairement de plus en plus ténus. Faudra-t-il interdire au juge des référés qui a condamné un promoteur à verser une provision réparant les dommages non discutés couverts par la garantie décennale de siéger dans chacune des audiences où seront examinés la cascade d'appels en garantie provoqués par cette condamnation ? Comment fonctionneront

les chambres de la famille alors que toute leur organisation tend à confier au même magistrat les évolutions successives de la même affaire, de l'ordonnance de non-conciliation à la décision sur le divorce en passant par les contentieux sur la garde ou les compensations pécuniaires ? Il nous semble que la crédibilité de la justice réclame d'abord des procédures rapides et efficaces chaque fois que la nature de l'affaire le justifie. Les systèmes juridiques ont toujours eu recours aux catégories de l'évident, du manifeste, du flagrant, du *prima facie* pour fonder sur elles de nombreuses institutions ou de nombreuses solutions. De nombreuses lois ont pour objectif d'éviter autant que possible le contentieux. A défaut d'y parvenir entièrement, elles offrent au référé-provision un terrain d'élection. La garantie décennale vient d'être évoquée, on peut encore penser à la loi sur les accidents de la circulation et, en général, aux dispositions de toute nature qui tendent à favoriser une certaine automaticité dans la réalisation du droit... A lire l'arrêt *Morel*, il semble que la Cour européenne soit sur le point d'achever la construction de sa doctrine de l'impartialité objective. Un point déterminant reste pour nous en suspens : que signifie, pour elle, juger ?

**Mots clés :**

DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX \* Procès équitable \* Tribunal impartial et indépendant \* Impartialité objective \* Impartialité subjective \* Juge des référés

(1) Le procureur général près la Cour de cassation avait choisi de saisir l'Assemblée plénière pour obtenir des arrêts de principe. « La réponse qui sera apportée à la principale question posée ici, celle de la possibilité pour un juge des référés de participer ensuite à la juridiction collégiale qui statue sur le fond, sera déterminante pour des situations similaires où un juge intervient successivement dans une procédure, à un titre ou à un autre, dans un premier temps antérieurement au jugement puis lors de la décision définitive » (J.-F. Burgelin, concl. sur Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, 2 arrêts, D. 1999, Jur. p. 1,  ; V. aussi, à propos des mêmes décisions : rapport P. Sargos, JCP 1998, II, n° 10198).

(2) Cass. ass. plén., 6 nov. 1998, n° 94-17.709, *Sté Bord Na Mona* ; à vrai dire, la question posée par l'espèce était légèrement différente. Un juge des référés avait alloué une provision en vertu de l'art. 873, al. 2, NCPC. Cette ordonnance avait été confirmée en appel. Parallèlement, le principal poursuivant son chemin, les magistrats qui avaient siégé en appel de référé furent amenés à examiner ensuite l'appel contre le jugement du tribunal de commerce. Ce qui sépare ces faits et l'attendu de principe cité au texte illustre de façon éclatante la portée générale que l'Assemblée plénière a entendu donner aux arrêts du 6 nov. 1998.

(3) N° 34130-96 du 6 juin 2000. Les § 40 à 49 de cette décision sont reproduits *infra*, Jur. p. 339.

(4) V. à propos d'autres aspects de l'office du juge de la faillite au regard de la notion européenne de tribunal impartial : Cass. com., 3 nov. 1992 et 16 mars 1993, D. 1993, Jur. p. 538, note J.-L. Vallens .

(5) La Cour européenne regarde, selon ses propres termes, ces affirmations comme des « principes » (§ 46, *in principio*).

(6) M.-A. Frison-Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, Chron. p. 53 , spéc. n° 9.

(7) Le § 45 contient des énoncés valables en eux-mêmes, totalement détachés de l'espèce. Le § 47 se borne au contraire à décrire les circonstances dans lesquelles le juge-commissaire avait été ultérieurement appelé à statuer sur la solution du redressement judiciaire ouvert contre les sociétés contrôlées par M. Morel.

(8) CEDH, 22 avr. 1994.

(9) *Ibid.*, § 38, souligné par nous.

(10) En ce sens Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1993, p. 591.

(11) *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, préf. de G. Cornu et J. Foyer, p. 379 ; les italiques sont de Motulsky.

(12) *Ibid.* ; le texte utilise seulement la substance de la phrase de Motulsky, dans laquelle les italiques sont de Motulsky.

(13) Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, par G. Cornu, PUF, 8e éd., 2000, v° *Evidence*. Les autres formules de ce passage sont non moins remarquables. L'évidence, c'est ce qui ressort comme manifestement vrai ; ce qui se fait reconnaître comme tel par tout esprit raisonnable. C'est « la vérité indice d'elle-même (*veritas index sui*) », la « vertu persuasive autonome de cette vérité ».

(14) Motulsky, *op. cit.*, p. 380. Les italiques sont de Motulsky.

(15) L'idée selon laquelle les juges des référés franchiraient à chaque instant cette limite par nature indiscernable que constitue l'évidence parce que celle-ci serait une catégorie abstraite, sans rapport avec la pratique du référé ne tient pas compte de quelques constatations simples. Une ordonnance de référé est, de droit, exécutoire par provision (et, au surplus, sur minute). Le premier président de la cour d'appel ne peut donc pas en arrêter l'exécution. C'est faire très peu de crédit aux titulaires de la juridiction présidentielle de penser que l'observation de cette conséquence ne suffit pas à les rendre particulièrement attentifs au bon usage de leurs pouvoirs. En raison de l'importance de ces conséquences, le moindre doute, la plus légère incertitude les inclinent au contraire à admettre le plus souvent le sérieux de la contestation et à refuser la provision demandée.

(16) L'existence de voies de recours permettant le contrôle du caractère non sérieusement contestable de l'obligation est l'un des arguments développés par les conclusions du procureur général (V. concl. J.-F. Burgelin, préc., spéc. p. 5) au soutien de la thèse que devait rejeter l'Assemblée plénière.

(17) *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 1998, n° 1076, p. 241.

(18) Comp. J.-F. Burgelin, *L'Etat et sa justice, communication devant l'Académie des sciences morales et politiques* (*Le Monde*, 10 oct. 2000, p. 1), où il est beaucoup question de la base démocratique et de la crédibilité de l'activité judiciaire (spéc. p. 21).