

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REFERE-LIBERTE

(CJA, art. L. 521-2)

- POUR :**
- 1° Le Conseil National des Barreaux**, dont le siège est 180, boulevard Haussmann à Paris (75008), pris en la personne de sa Présidente, Me Christiane Féral-Schuhl, domiciliée en cette qualité audit siège
 - 2° La Conférence des Bâtonniers**, dont le siège est 12, place Dauphine à Paris (75001), prise en la personne de sa Présidente, Me Fontaine, domiciliée en cette qualité audit siège
 - 3° L'Ordre des avocats au Barreau de Paris**, dont le siège est 11, place Dauphine à Paris (75001), pris en la personne de son Bâtonnier, Me Olivier Cousi, domicilié en cette qualité audit siège
 - 4° L'association des Avocats Conseils d'Entreprises**, dont le siège est 23, rue Lavoisier à Paris (75008), prise en la personne de sa Présidente nationale, Me Delphine Gallin, et de Me Emmanuel Raskin, Vice-Président national, domiciliés en cette qualité audit siège
 - 5° La Confédération Nationale des Avocats**, dont le siège est 15, rue Soufflot à Paris (75005), représentée par son Président, Me Benoît Chabert, domicilié en cette qualité audit siège

6° La Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats, dont le siège est 4, boulevard du Palais à Paris (75001), représentée par son Président, Me Jean-Baptiste Blanc, domicilié en cette qualité audit siège

CONTRE : L'article 9 et les articles 13 à 19 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale (**prod.**).

PRESENTATION

L'incontestable situation de crise sanitaire nécessitait, les requérants ont été parmi les premiers à le dire dans leur domaine d'activité, la mise en place de mesures d'urgence, en particulier pour adapter les modalités habituelles d'exercice du contradictoire, des procédures orales et de l'indispensable audition de l'enfant mineur, dans l'assistance éducative, à la nécessité de bannir les contacts physiques.

Telle était, pouvait-on penser, l'ambition de la loi sur l'état d'urgence sanitaire, qui annonçait l'adoption, notamment, d'une ordonnance affectant les procédures civiles.

Cette ambition a malheureusement été largement dévoyée par l'ordonnance n° 2020-304 « portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale », laquelle a instauré des dispositifs **sans rapport avec les légitimes considérations liées à l'état d'urgence sanitaire** qui étaient portées par la loi d'habilitation.

L'on se concentrera ici sur deux aspects de ladite ordonnance.

1) Le premier concerne le **référé**.

L'on sait que le référé, en matière judiciaire, n'est pas toujours conditionné par l'urgence. Il existe « des » référés, dont certains affectent en réalité d'emblée, concrètement et, parfois, durablement, la situation des justiciables. L'on sait, également, que le débat en référé peut donner lieu à des discussions substantielles portant à la fois sur le fond du droit et sur les faits de la cause. L'on sait, enfin, que le référé est une procédure orale.

L'ordonnance discutée a pourtant prévu la faculté pour le juge des référés d'écarter **sans audience, sans contradictoire et sans motif** les assignations en référé dans **deux cas qui recouvrent en réalité pratiquement tous les cas de rejet du référé** : l'existence d'une fin de non-recevoir (défaut de qualité ou d'intérêt à agir, prescription, autorité de chose jugée) ou l'hypothèse dans laquelle il « n'y a lieu à référé » (laquelle recouvre en réalité toutes les conditions de fond du référé : l'absence d'urgence, lorsqu'elle est requise, mais aussi l'existence d'une contestation sérieuse, quand elle constitue un obstacle dirimant à l'accueil du référé, ou encore le caractère non litigieux de la situation à laquelle il est demandé de remédier).

2) Le second aspect de l'ordonnance qui s'avère particulièrement attentatoire aux libertés fondamentales concerne les mesures **d'assistance éducative**.

L'on sait que tout ce pan du droit est dominé par le principe cardinal de l'intérêt supérieur de l'enfant, et que ce principe s'incarne dans l'enfant lui-même, dont la parole doit être entendue.

Or, précisément, l'ordonnance sous examen prévoit de se dispenser de l'écoute de la parole de l'enfant.

Si tous les pays de l'Union européenne affectés par le Covid-19 ont aménagé leurs procédures pour tenir compte de l'urgence sanitaire, ni l'Italie ni l'Espagne, pourtant plus durement touchés que la France, n'ont eu l'idée de supprimer, à cette occasion, le contradictoire.

Ce « faux-pas », de mauvaise inspiration et évidemment dépourvu de rapport avec la situation sanitaire, appelle une mise au point des plus fermes. Tant d'autres modalités concrètes d'aménagement du contradictoire auraient pu être mises en œuvre.

*

FAITS ET PROCEDURE

I - Le Conseil National des Barreaux, premier exposant, représente la profession d'avocat auprès des pouvoirs publics et veille scrupuleusement au respect des droits des justiciables et à leur renforcement, tout comme l'association des Avocats Conseils d'Entreprises et la Confédération Nationale des avocats.

A ce titre, il est particulièrement vigilant sur les réformes de la procédure civile, qui se sont succédées ces dernières années sans souci de cohérence, si ce n'est celle de poursuivre des économies budgétaires par un abaissement, d'une part, de l'équilibre d'un code de procédure civile savamment construit et, d'autre part, des garanties fondamentales de bonne justice reconnues aux justiciables.

Ces choix conduisent à un affaiblissement de l'Etat de droit.

Le présupposé est systématiquement le même : décalquer les règles du procès administratif bien que, fondamentalement, les règles de procès civil s'en distinguent par la nature du contentieux qu'elles régulent.

II - Voilà que prétexte pris d'une crise sanitaire sans précédent, le Gouvernement a de nouveau saisi l'occasion d'affaiblir tant les spécificités que les garanties de la procédure civile.

Le CNB ne sous-estime pas la gravité de l'épidémie de Covid-19 et la prise de mesures exceptionnelles qu'elle implique.

En revanche, cette nécessité est à l'évidence détournée, pour suspendre « provisoirement » l'application du principe du contradictoire dans le cadre des procédures de référé civil et des procédures concernant les mesures d'assistance éducative.

III - Sur le fondement de la loi d'habilitation du 23 mars 2020 d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de Covid-19, le Gouvernement a ainsi pris une ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale.

L'article 9 de cette ordonnance dispose que :

« En cas d'assignation en référé, la juridiction statuant en référé peut rejeter la demande avant l'audience, par ordonnance non contradictoire, si la demande est irrecevable ou s'il n'y a pas lieu à référé ».

Les articles 13 à 19 de ce texte prévoient par ailleurs que les mesures d'assistance éducative sont prises par « décisions motivées et sans audition des parties ».

IV - Ces mesures dérogatoires n'étant manifestement pas justifiées par l'objectif de lutte contre la propagation du virus, qui ne nécessite pas de renoncer - même provisoirement - à des principes aussi essentiels que celui du contradictoire, le CNB demande au juge des référés du Conseil d'Etat de bien vouloir en prononcer la suspension sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

*

DISCUSSION

A titre préliminaire : sur le contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence

V - Les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence - qu'il soit sécuritaire ou sanitaire - présentent par définition un caractère exceptionnel.

Exceptionnelles par les circonstances qui justifient leur édicton - terrorisme ou pandémie -, ces mesures doivent être limitées dans le temps.

Exceptionnelles par leurs effets qui conduisent à remettre en cause les libertés individuelles - par exemple celle d'aller et de venir en cas d'assignation à résidence ou de confinement -, elles doivent être strictement encadrées.

VI - C'est pourquoi elles font l'objet d'un contrôle juridictionnel resserré, afin de s'assurer qu'elles sont en rapport avec l'objectif poursuivi et que leur maintien est justifié au regard de l'évolution des circonstances dans le temps.

Le juge des référés exerce son entier contrôle de proportionnalité sur ces mesures éminemment dérogatoire :

« il appartient au Conseil d'Etat statuant en référé de s'assurer, en l'état de l'instruction devant lui, que l'autorité administrative, opérant la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale »¹.

VII - De ce point de vue, le contrôle de l'ordonnance attaquée s'avère d'autant plus nécessaire que la loi du 23 mars 2020, sur le fondement duquel l'ordonnance a été prise, n'a pas été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel et que les mesures dérogatoires instituées, qui permettent au juge de statuer sans avoir à respecter le principe du contradictoire, peuvent avoir de graves conséquences sur le respect des droits des justiciables.

¹ V. pour les mesures d'assignation à résidence prises dans le cadre de l'état d'urgence : Sect. 11 décembre 2015, *Domenjoud*, n° 395009, Rec. 438, concl. X. Domino.

A titre liminaire : sur le principe du contradictoire en matière civile

VIII - Le principe du contradictoire n'est pas qu'une simple règle de procédure ; il est la garantie du respect des droits substantiels et le pivot autour duquel sont bâties les règles de procédure civile.

On a suffisamment répété la fundamentalité du contradictoire. Non content d'être un principe essentiel d'un système judiciaire et une garantie de bonne justice pour les justiciables, le contradictoire présente aussi une utilité manifeste pour le juge et pour l'institution judiciaire puisque c'est du débat entre les parties que doit surgir la vérité. Sans lui, les risques d'erreur judiciaire se multiplient et une justice de qualité ne peut être considérée comme rendue sans l'avoir observé.

La décision n'est évidemment pas la même selon qu'elle est rendue sans ou avec débat contradictoire : son sens peut être modifié par la discussion (un moyen dont les chances de succès apparaissent faibles à la seule lecture de la requête peut se révéler fondé à la lumière de l'instruction) et la motivation de la décision s'en trouve toujours renforcée.

On comprendra donc que, fût-ce pour des motifs exceptionnels et dans le cadre de l'état d'urgence, le contradictoire ne puisse être ainsi foulé aux pieds.

Par ailleurs, le CNB ajoutera que la stratégie constante du Gouvernement depuis une vingtaine d'années est aujourd'hui trop connue pour lui laisser le bénéfice du doute : cette mesure n'a évidemment pas vocation à rester cantonnée à l'état d'urgence sanitaire.

Quoi qu'en dise l'ordonnance attaquée, il s'agit bien d'introduire dans ce texte un mécanisme qui a vocation à être instauré dans le droit commun.

IX - Le principe du contradictoire n'a pas tout à fait la même portée devant le juge judiciaire que devant le juge administratif.

En procédure civile, le procès est la chose des parties : ce sont les parties qui prennent les initiatives ; le juge intervient peu dans le cadre de l'instruction, il a un rôle passif ; il veille au bon déroulement des débats et les cas dans lesquels il peut relever d'office un moyen d'ordre public sont beaucoup plus limités qu'en contentieux administratif.

Les articles 2 et 3 du code de procédure civile disposent ainsi que :

« Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis ».

et que :

« Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

Le juge s'assure de la loyauté des débats entre les parties, dans le respect absolu du principe du contradictoire.

L'article 16 du code de procédure civile dispose ainsi que :

« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

Le principe du contradictoire est donc au cœur de la justice civile ; c'est lui qui la fait vivre.

Si l'on met de côté le cas très particulier des ordonnances sur requête - inconnues du contentieux administratif et dont l'objet est strictement limité aux contentieux qui nécessitent qu'une mesure soit prise à l'insu d'une partie et qu'il soit dérogé au principe du contradictoire (pour l'obtention d'un élément de preuve dont on craint qu'il ne soit détruit par exemple) ou les affaires dans lesquelles il n'y a pas d'adversaire et qui relèvent du domaine gracieux (contentieux de la nationalité par exemple) - ou des ordonnances d'injonction de payer qui concernent seulement le recouvrement de petites créances, il n'y a pas aujourd'hui de décisions des juridictions judiciaires qui soient rendues - même en référé - sans débat contradictoire entre les parties.

En matière de procédures sur requête, la Cour de cassation est très vigilante au strict respect de la condition de circonstances précises justifiant qu'il soit dérogé au principe du contradictoire, faute de quoi l'ordonnance rendue sur requête encourt la rétractation (articles 493 et 497 du code de procédure civile – en ce sens Cass. civ. 2^{ème} 19 mars 2015 : Procédures 2015, n°152 : « *Une requête ne peut rester muette sur les circonstances susceptibles de justifier qu'il soit procédé non contradictoirement et se contenter d'énoncer que, pour être efficace et éviter tout risque de dépérissement des preuves, la mesure de constat ne pouvait être sollicitée contradictoirement, ce qui constituait que la reprise des termes de l'article 493 sans démonstration ni prise en compte d'éléments propres au cas d'espèce.* »).

La Cour de cassation veille donc scrupuleusement à l'application de ce principe par de nombreux arrêts rendus en la matière. Malgré les errements de certains juges du fond à cet égard, elle ne s'est jamais écartée du principe du contradictoire.

Elle a au contraire veillé à le préserver, intact, sans jamais le passer par pertes et profits. Pourtant, si l'on raisonne en termes d'économie de la justice, le principe de contradictoire est la cause de très nombreuses cassations en matière civile. Preuve que l'empiètement du principe, qui représente la justice et la justice de qualité, ne peut être toléré même s'il a un « coût procédural ».

X - Bien entendu, la justice judiciaire n'a pas le monopole de ce principe, au respect duquel veille également et scrupuleusement la justice administrative², mais son rôle est différent.

L'autorité judiciaire est la gardienne des libertés individuelles en vertu de l'article 66 de la Constitution.

Les contentieux dont elle a à connaître sont particulièrement sensibles, comme c'est le cas par exemple des mesures d'assistance éducative.

Dans une décision du 28 mars 2018 (*Cass. 1re civ., 28 mars 2018, n° 16-28010*), **la Cour de cassation rappelle le nécessaire respect du principe du contradictoire dans la procédure d'assistance éducative**. À l'aune de ce principe, l'accès des père et mère au dossier les concernant et donc la possibilité qui leur est ainsi donnée d'en consulter les différents éléments apparaissent comme autant de droits fondamentaux, droits dont la violation par les juges du fond mérite d'être sanctionnée.

La culture de l'institution judiciaire est, de ce fait et pour des raisons historiques, profondément différente de celle de la juridiction administrative de sorte qu'il est parfaitement inconcevable, pour un magistrat judiciaire ou un avocat « privatiste », d'imaginer qu'une décision de justice puisse être rendue sans débat contradictoire entre les parties, alors même que l'état d'urgence sanitaire ne le justifie absolument pas, le COVID 19 n'empêchant pas d'adapter le principe du contradictoire à des procédés permettant de débattre sans présence physique des parties concernées.

² C. Vigouroux, « La contradiction : principe et pratique du juge administratif » in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 571.

Sur l'urgence

XI - L'article 9 de l'ordonnance attaquée a pour objet de transposer en procédure civile le mécanisme de l'ordonnance de tri prévu par l'article L. 522-3 du code de justice administrative afin de permettre au juge de rejeter la demande de référé par ordonnance non-contradictoire.

Les articles 13 et suivants du même texte ont également pour objet de permettre au juge des enfants de proroger, renouveler et prononcer des mesures d'assistance éducative, assorties le cas échéant d'une interdiction de sortie du territoire, par décision motivée et sans audition des parties. Il peut également suspendre ou modifier le droit de visite et d'hébergement dans les mêmes conditions.

XII - Dans ces hypothèses, qui ne sont pas anodines et ne concernent pas que des situations d'urgence, le juge statue donc sans l'éclairage d'un débat contradictoire entre les parties, en ayant simplement pris connaissance de la requête ou du rapport éducatif.

Il va sans dire que, compte tenu des domaines et des conditions difficiles dans lesquelles le juge judiciaire intervient, le risque d'erreur est grand et les conséquences potentiellement catastrophiques pour les justiciables.

Les garanties d'une bonne justice ne sont pas assurées : comment être sûr qu'il ne sera pas fait un usage abusif des ordonnances de tri alors que l'article 9 ne précise même pas que l'ordonnance de rejet doit être motivée et que cet article vise, sans distinction, toutes les procédures de référé, lesquelles pour certaines ne sont pas assujetties à la condition d'urgence ? Comment peut-on se prononcer sur une mesure d'assistance éducative sur la base d'un rapport éducatif lacunaire et sans avoir entendu le mineur et son avocat ? Le rapport doit pouvoir être discuté, voire contesté. Ne pas le permettre pourrait aboutir à de graves situations et viole manifestement le droit fondamental de discuter contradictoirement de points extrêmement sensibles qui concernent l'enfant.

On ne sera que d'autant plus inquieté que l'article 9 de l'ordonnance attaquée précise simplement que l'ordonnance non contradictoire peut être rendue au seul motif que la demande est irrecevable. Autrement dit, aucune condition supplémentaire n'est prévue par le texte (telle que « manifestement irrecevable »).

Or, l'irrecevabilité répond de la sanction d'un cas de fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile.

Les exemples de fins de non-recevoir donnés par cet article ne sont pas limitatifs et la jurisprudence a, en effet, vu des fins de non-recevoir dans bien d'autres situations procédurales, telle l'obligation légale ou conventionnelle d'un préalable de conciliation avant la saisine d'une juridiction (Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull n°1 ; Civ1, 30 octobre 2007, Bull. I n°329, pourvoi n° 06-13.366), l'obligation de saisine préalable de la commission de recours amiable en matière de sécurité sociale (Civ 2, 3 février 2011, Bull I n°27, pourvoi n° 10-10.357), l'invocation de l'immunité de juridiction (Civ1, 27 avril 2004, Bull I n° 114, pourvoi n° 01-12.442) ou l'absence de bonne foi du demandeur en matière de traitement du surendettement (Civ1, 31 mars 1992, Bull I n° 104, pourvoi n° 91-04.051). De même, à des fins de "police processuelle" (expression utilisée par Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, dans leur ouvrage de Droit judiciaire privé, Litec, 6ème édition, § 480), la jurisprudence a sanctionné par une fin de non-recevoir le comportement procédural incohérent, ou contradictoire au détriment d'autrui, avec la théorie de « l'estoppel ». La chambre commerciale de la Cour de cassation a même retenu qu'une partie n'était pas recevable à se prévaloir de son défaut de personnalité juridique alors qu'elle avait elle-même formé et instruit une instance sous cette même dénomination (Com. 20 septembre 2011, pourvoi n° 10-22.888, à paraître, Dalloz 2011, p. 2345, commentaire X. Delpech).

L'article 9 attaqué dispose que tout contradictoire est supprimé pour tous les cas d'irrecevabilité alors que ces mêmes cas peuvent souffrir de discussions extrêmement techniques.

L'article 126 du code de procédure civile offre aux parties concernées, en l'occurrence le demandeur souffrant d'un cas d'irrecevabilité même soulevé d'office par le juge, la possibilité de régulariser la procédure avant que le juge ne statue.

Il convient de rappeler que l'irrecevabilité d'une action peut avoir de graves conséquences car elle n'est pas interruptive de prescription, n'entrant pas dans les cas d'interruption prévus par les articles 2240 et suivants du code civil. Ainsi priver une partie de la possibilité qu'elle a de régulariser avant que le juge ne statue peut la priver définitivement de toute action, donc de tout accès au juge par l'effet extinctif de la prescription.

L'article 125 ne prévoit la possibilité pour le juge de relever d'office un cas de fin de non-recevoir que pour les cas relevant un caractère d'ordre public et ceux qu'il vise dans son alinéa 2 : défaut d'intérêt, défaut de qualité, ou chose jugée.

Là encore, ces cas peuvent susciter des débats techniques dont on ne saurait priver la partie à qui on les oppose de les discuter contradictoirement.

L'article 16 du code de procédure civile pose cette protection absolue du principe du contradictoire s'agissant du pouvoir d'office du juge.

Le COVID 19 ne justifie absolument pas qu'il soit dérogé à cela, fût-ce pour un cas de fin de non-recevoir.

Il y a donc une extrême urgence à suspendre ces mesures qui ne sont pas justifiées par la lutte contre la propagation du covid-19, avant que la machine judiciaire ne s'en empare pour commettre des dégâts irréparables et laisse perdurer par la suite cette règle dans le seul souci budgétaire de la justice (et non dans le seul souci de la justice), que l'on connaît malheureusement des pouvoirs publics.

Le référé, en matière judiciaire, est une voie de recours mobilisable dans de nombreux cas de figure ; notamment des cas urgents ou des cas dans lesquels un péril est imminent.

Sur l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

XIII - En droit, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution doivent se conformer aux termes des lois d'habilitation en vertu desquelles elles interviennent et respecter les principes constitutionnels et les principes généraux du droit³.

Parmi ces principes figure naturellement le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

Y figure également le principe du contradictoire dont l'importance de la valeur normative n'est plus à démontrer. Il constitue tout à la fois un principe constitutionnel⁴, un principe constitutionnel à valeur fondamentale⁵, un principe fondamental du droit de l'Union européenne⁶ et un principe général du droit⁷.

Y figure enfin le principe d'égalité des citoyens devant la justice qui dispose d'une valeur constitutionnelle.

³ V. par ex. : CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'outre-mer*, n° 52262, Rec. 658

⁴ v. par ex. : Cons. const. 29 décembre 1989, n° 89-268 DC.

⁵ Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* n° 3.

⁶ CJCE, 3 mars 1993.

⁷ Ass. 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, n° 01875, Rec. 370, concl. M. Franc ; 12 mai 1961, *Société La Huta*, Rec. 313.

Et ces principes constituent, tout aussi naturellement, des libertés fondamentales au sens et pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁸.

XIV - En l'espèce, il va être démontré que les dispositions incriminées de l'ordonnance attaquée du 25 mars 2020 méconnaissent à la fois **(i)** les termes de la loi d'habilitation du 23 mars 2020, **(ii)** le principe du contradictoire et de l'égalité des citoyens devant la justice, et **(iii)** le droit à un recours effectif.

➤ *Sur la méconnaissance des termes de la loi d'habilitation*

XV - L'ordonnance attaquée a été prise en application de l'article 11 de la loi d'habilitation n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, aux termes duquel :

« I. - Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances, dans un délai de trois mois à compter de la publication de la présente loi, toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi et, le cas échéant, à les étendre et à les adapter aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution : (...)

2° Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : (...)

c) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions ; (...) ».

Le Législateur a donc habilité le Gouvernement à « adapter les modalités d'organisation du contradictoire aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de covid-19 ».

⁸ Ord. 13 mars 2006, *Bayrou et Assoc. de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, n° 291118, Tab. 1017 ; ord. 3 avril 2002, *Ministre de l'Intérieur c/ Kurtarici*, n° 244686, Tab. 871

Cette double limite en ce qui concerne l'objectif poursuivi et les moyens d'y parvenir n'a pas été respectée par l'ordonnance attaquée.

XVI - En premier lieu, l'organisation d'un débat contradictoire, qui permet aux parties de faire valoir leurs arguments et d'exprimer leurs points de vue, **ne contribue en aucune manière à la propagation du Covid-19.**

On comprend que les conditions de déroulement des audiences aient été aménagées - notamment par le recours à la visioconférence - pour éviter les déplacements et contacts physiques entre les personnes ; en revanche, on ne comprend pas comment l'état d'urgence sanitaire pourrait raisonnablement justifier la mise en place du mécanisme des ordonnances de tri en matière civile ou la remise en cause de la parole de l'enfant et des droits de la défense dans le cadre du prononcé de mesures d'assistance éducative.

D'une part, il n'y a aucun rapport entre ces mesures et le risque de propagation du Covid-19 : **les échanges entre les parties peuvent évidemment se faire par écrit et à distance** - sans gêner à aucun moment le travail des juridictions car, contrairement à ce qui se passe devant les juridictions administratives, ce sont les parties qui accomplissent les actes de procédure (le requérant signifie son assignation au défendeur) ; rien ne fait obstacle à ce que les observations du mineur ou de son avocat soient recueillies lors d'une audition en visioconférence ou, tout le moins, par écrit avant que le juge statue.

D'autre part et en tout état de cause, à supposer même que le juge des référés du Conseil d'Etat parvienne à identifier un tel rapport, ces mesures ne sont pas proportionnées à l'objectif à atteindre : la conciliation nécessaire entre le respect des principes juridiques les mieux établis et les nécessités liées à la lutte contre la pandémie apparaît manifestement déséquilibrée ; d'autres mesures moins attentatoires aux libertés et aux règles essentielles de la procédure civile pouvaient être envisagées pour adapter les modalités d'organisation du contradictoire devant les juridictions civiles sans sacrifier les échanges entre les parties et les droits du mineur faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative.

Ce qui nous emmène à l'autre limite posée par la loi d'habilitation.

XVII - En second lieu, le Législateur a habilité le Gouvernement à « adapter les modalités d'organisation du contradictoire » **et non à les supprimer totalement.**

Adaptation ne veut pas dire suppression et l'administration a clairement outrepassé les limites de l'habilitation qui lui a été donnée en transposant à la procédure civile le mécanisme des ordonnances de tri prévu par l'article L. 522-3 du code de justice administrative et en foulant aux pieds l'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de la défense dans la mise en œuvre des mesures d'assistance éducative, sous couvert de la lutte contre la propagation du Covid-19.

Il y a lieu de relever, à cet égard, que parmi les pays européens les plus touchés par le virus, comme l'Espagne ou l'Italie, **aucun n'a pris de mesures aussi radicales en matière juridictionnelle (prod. 2).**

XVIII - Le principe du contradictoire et des droits de la défense, qui conditionnent le droit à un recours juridictionnel effectif, participent des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » au sens de l'article 34 de la Constitution. Ils permettent d'assurer le respect de droits substantiels et la protection de libertés fondamentales.

C'est pourquoi une habilitation législative était nécessaire au Gouvernement pour pouvoir aménager leurs modalités d'application. Mais à aucun moment, il n'a été question de les suspendre, même provisoirement.

L'administration n'ayant pas respecté les termes de l'habilitation qui lui avait été donnée par le Législateur, elle a porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

➤ *Sur la méconnaissance du principe du contradictoire et des droits de la défense et de l'égalité des citoyens devant la justice*

XIX - Comme on l'a vu, le principe du contradictoire n'a pas exactement la même portée en procédure civile et en contentieux administratif.

Il présente le caractère le plus absolu et ne supporte aucune exception⁹.

⁹ P. Raynaud, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16 » in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 715.

Il implique, notamment, le droit pour les parties, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, de débattre librement et de manière loyale, sans que le juge ne puisse les en empêcher. Il bénéficie ainsi au demandeur comme au défendeur qui peuvent étalonner leurs arguments pour mieux les étayer dans le cadre de l'instruction.

Vainement objecterait-on que le principe du contradictoire ne bénéficie qu'au défendeur puisqu'en procédure civile, c'est le demandeur qui prend l'initiative d'engager la discussion par la signification de l'assignation au défendeur. Le demandeur doit être en mesure de répondre aux moyens de fin de non-recevoir que le juge ou le défendeur peut lui opposer ou aux moyens que les mêmes peuvent lui opposer au titre du « mal fondé » de telle procédure de référé. Le droit de la défense vaut pour les deux parties dès lors qu'il permet de défendre à l'argument, au moyen ou à la demande de l'autre partie ainsi qu'au moyen relevé d'office par le juge (article 16 du code de procédure civile).

XX - C'est pourquoi le mécanisme de l'ordonnance de tri est étranger à la procédure civile.

Il s'y prête d'ailleurs assez mal comme en témoigne la rédaction maladroite de l'article 9 de l'ordonnance attaquée qui prévoit que la demande peut être rejetée sans autre forme de procès lorsqu'elle est simplement irrecevable ou s'il n'y a pas lieu à référé.

D'emblée, on relève que, contrairement à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, le texte ne prévoit pas que l'ordonnance doit être motivée et n'indique pas avec suffisamment de précision les cas dans lesquels le juge peut mettre en œuvre cette procédure expéditive¹⁰.

Cela pose plusieurs difficultés.

XXI - D'abord, le juge qui prononce un référé irrecevable le fait par le biais d'une fin de non-recevoir, seule sanction qui, en procédure civile, permet de prononcer l'irrecevabilité d'une demande.

D'entrée de jeu, il faut souligner et rappeler qu'une fin de non-recevoir n'est pas dirimante en elle-même puisqu'elle peut être régularisée si sa cause disparaît au moment où le juge statue¹¹.

¹⁰ Comp. 13 novembre 2013, *association « Sauvegarde de la faune sauvage » et autres*, n° 371321, LPA, 5 mars 2014, n° 46, p. 4, note A. Sayede.

¹¹ Article 126 du code de procédure civile.

Par ailleurs, la fin de non-recevoir (absence de qualité ou d'intérêt à agir, chose jugée, prescription) est un moyen hybride, qui suppose dans bien des cas une appréciation de la situation litigieuse sur le fond pour pouvoir être tranchée. Que l'on pense, par exemple, aux questions de prescription, qui sont toujours extrêmement délicates en matière civile.

On ne saurait admettre que cette question de fond soit ainsi tranchée.

D'une part, parce qu'il ne relève pas des pouvoirs du juge des référés de le faire. Celui-ci est interdit de trancher des questions de fond, même si elles présentent un caractère d'évidence. A cet égard, et pour comparaison, l'extension des pouvoirs du juge de la mise en état par le décret du 11 décembre 2019 est évocatrice : ce juge de l'instruction civile s'est vu octroyer le pouvoir de trancher les fins de non-recevoir, ce qui a justifié la création d'un mécanisme de renvoi à la juridiction de jugement pour les cas où il doit trancher une fin de non-recevoir touchant au fond (article 789 6° du code de procédure civile). Dans ces conditions, il est incompréhensible que le juge des référés puisse, lui qui est saisi au provisoire, le faire sans le moindre contradictoire.

D'autre part, comment admettre qu'une question soit tranchée sans aucune motivation ?

Il faut également relever que, lorsque le juge prononce l'irrecevabilité du référé, il relève d'office une fin de non-recevoir puisqu'aucune contradiction n'a été respectée. Elle ne provient donc pas de l'adversaire du demandeur.

Dès lors, le juge est tenu par le principe du contradictoire. La base légale est l'article 16 alinéa 3 du code de procédure civile qui dispose que le « le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

Si cette base textuelle est légale, son fondement est supra légal, ainsi que cela a été rappelé.

Cette logique de respect du principe du contradictoire avait justement conduit le Conseil d'Etat à annuler l'ancien alinéa 3 de l'article 12 du code de procédure en 1979¹² : cette disposition annulée – qui avait été déferée par le recours pour excès de pouvoir – permettait au juge de relever d'office un moyen de pur droit. Le motif de l'annulation était que le juge ne pouvait disposer de cette faculté sans être contraint de placer le moyen dans la contradiction. Le Conseil d'Etat y avait vu une atteinte au principe d'égalité des citoyens devant la justice.

On ne voit pas en quoi cette décision serait différente aujourd'hui puisqu'en l'espèce le prononcé de l'irrecevabilité du référé se ferait sans respect de la contradiction.

¹² CE, 12 octobre 1979, n^{os} 01875, 01905, 01948 à 01951, *Recueil Lebon*, 2012, concl. Franc.

XXII - Ensuite, l'ordonnance de référé possède une autorité provisoire de chose jugée (article 488 du code de procédure civile) dont il résulte qu'une partie ne peut saisir de nouveau le juge des référés si la situation factuelle ou le contenu de la demande n'a pas évolué.

Cela pose une question d'accès au juge et d'égalité des citoyens devant la justice car si une partie voit son recours déclaré irrecevable sans aucune motivation, elle sera dans l'incapacité de savoir objectivement dans quelles conditions elle pourra retourner devant le juge des référés.

L'effet mécanique qu'une telle mesure entraînera sera des appels presque systématiques sur les ordonnances d'irrecevabilité des référés présentés. On ne saurait être plus contreproductif.

Par ailleurs, en prononçant une irrecevabilité du recours par une ordonnance munie d'une autorité provisoire de chose jugée, le juge des référés va porter une incidence considérable sur la saisine ultérieure du juge du fond. Celui-ci sera bien plus enclin, si le référé avait été rejeté par une ordonnance de tri, à rechercher l'irrecevabilité du recours au fond.

Enfin, et de manière on ne peut plus logique, une décision d'irrecevabilité se justifie. Le minimum, lorsque l'on dénie au justiciable l'accès à son juge, est encore de lui expliquer pourquoi. Il en va de la bonne compréhension de ce dernier et du respect d'un principe de publicité.

XXIII - Enfin, ce mécanisme illustre une nouvelle fois la profonde méconnaissance du fonctionnement du système judiciaire.

Une partie qui saisit le juge des référés n'est pas systématiquement représentée, malgré l'obligation de constituer avocat pour les procédures de référé devant le tribunal judiciaire ajoutée par le décret du 11 décembre 2019, pour les cas qui ne rentrent pas dans l'exception de l'article 761 nouveau du code de procédure civile.

D'une part, obliger le justiciable à constituer avocat pour finalement s'exposer à une ordonnance de tri relève du paradoxe. Pourquoi obliger le justiciable à constituer s'il s'expose à ce risque ? C'est l'exposer à des frais de procédure inutiles et injustifiés.

C'est par ailleurs, en l'espace de trois mois – entre le décret du 11 décembre 2019 et l'ordonnance présentement attaquée – considérablement compliquer l'accès du justiciable à son juge alors même que l'objet essentiel du référé est de présenter des mesures extrêmement urgentes.

Et cela sans évoquer l'allongement du délai pour obtenir une ordonnance de référé provoquée par la constitution obligatoire pour le défendeur. Le décret du 11 décembre 2019, en prévoyant cette nouveauté pour certains référés, a impliqué que le demandeur patiente au moins deux semaines pour que son adversaire puisse constituer avocat avant de pouvoir accéder au juge. Il s'agit d'ailleurs d'un moyen présenté par le CNB à l'appui de son recours pour excès de pouvoir.

D'autre part, lorsqu'une partie n'est pas représentée en référé, elle peut se tromper sur la voie de droit à utiliser et ainsi choisir le référé plutôt qu'une autre des procédures ouvertes.

Faut-il y voir une justification du système de l'ordonnance de tri ?

A l'évidence non. Dans ce cas de figure, le code de procédure a prévu un mécanisme sophistiqué et issu de la pratique des juridictions : la passerelle. Ce système permet au juge des référés saisi mais qui ne dispose manifestement pas du pouvoir de trancher la demande, de réorienter le dossier vers la juridiction du fond sans, pour ce faire, prononcer l'irrecevabilité de la demande.

La passerelle permettait, comme un mécanisme correctif intelligent, de réorienter une demande qui n'avait manifestement pas été adressée au bon juge.

Le justiciable ne voyait donc pas son accès au juge nié mais simplement réorienté.

Cette mesure a été codifiée et progressivement étendue à toutes les juridictions civiles. Elle était de bonne justice, attentionnée pour le justiciable, et surtout économe en temps. Elle fonctionnait parfaitement.

Comment imaginer qu'elle persiste avec un mécanisme d'ordonnance de tri ? En réalité, le juge va être tenté de prononcer immédiatement l'irrecevabilité. La passerelle permettait pourtant un gain de temps considérable à l'échelle du service public de la justice.

En définitive, à quel résultat va aboutir ce décret ? Il se résume à l'alternative suivante : d'une part, à la diminution des garanties fondamentales de bonne justice qui sous-tendent l'Etat de droit ; d'autre part, à l'augmentation du nombre de recours formés contre les ordonnances de référé « de tri » (dont on peut supposer qu'elles seront nombreuses) et, ainsi, un résultat contraire à l'objectif rechercher pour le service public de la justice.

XXIV - De la même manière et plus encore, il n'est pas acceptable que le juge des enfants puisse proroger, renouveler ou prononcer une mesure d'assistance éducative sur la seule base d'un rapport administratif, sans avoir entendu ou recueilli les observations du mineur concerné ou celles de son avocat.

Il y a là une méconnaissance flagrante du principe du contradictoire et des droits de la défense.

Il n'est pas concevable de prendre une telle décision, qui engage l'avenir du mineur et peut contribuer à aggraver sa situation, en se fondant uniquement sur un rapport d'évaluation sommairement rédigé par des services sociaux complètement débordés.

D'une part, l'intérêt supérieur de l'enfant commande de lui donner la parole et de le laisser s'exprimer pour dire ce qu'il pense de la mesure que le juge envisage de prendre à son égard (ou à son encontre, selon le point de vue où l'on se place).

D'autre part, l'avocat du mineur a également un rôle important à jouer dans la procédure car il dispose d'informations complémentaires - qui bien souvent ne sont pas mentionnées dans le rapport éducatif - et qui vont permettre au juge de se prononcer de manière plus éclairée.

XXV - Là encore, force est de constater que nos voisins européens n'ont pas pris de mesures aussi radicales pour faire face à la pandémie du covid-19 mais ont su, au contraire, préserver l'essentiel des règles qui caractérisent un Etat de droit (**prod.2**).

XXVI - Dès lors, les dispositions de l'article 9 et des articles 13 à 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portent une atteinte grave et manifestement illégale au principe du contradictoire et aux droits de la défense.

➤ *Sur la méconnaissance du droit à un recours effectif*

XXVII - En premier lieu, l'ordonnance de tri prévue par l'article 9 de l'ordonnance n'ayant pas à être motivée, comme on l'a vu, elle ne permettra pas au requérant de s'assurer que ses moyens ont bien été examinés par le juge.

Il en va de même de la décision prorogant, renouvelant ou prononçant une mesure d'assistance éducative sans que le mineur ou son avocat aient pu présenter utilement leurs observations.

Il y a là une méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif.

XXVIII - En deuxième lieu, en matière de référé comme en ce qui concerne les mesures d'assistance éducative, on n'a jamais une seconde chance de faire une première bonne impression.

L'appel sera souvent illusoire pour le demandeur ou le mineur car il sera alors trop tard pour changer le cours de l'histoire : la censure ou la réformation d'une ordonnance de tri ou d'une mesure d'assistance éducative par le juge d'appel aura un effet platonique et ne permettra pas d'effacer le dommage causé par une décision juridictionnelle prise à la légère.

Là encore, les mesures dérogatoires prises par l'ordonnance attaquée portent une atteinte grave et manifestement illégale au droit à un recours juridictionnel effectif.

XXIX - Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, les conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative étant ici réunies, le juge des référés du Conseil d'Etat devra suspendre l'exécution de l'article 9 et des articles 13 à 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020.

*

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, déduire, ou suppléer, au besoin d'office, les requérants concluent à ce qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'État :

- **SUSPENDRE** l'exécution de l'article 9 et des articles 13 à 19 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire en matière non pénale ;

SCP NICOLAÏ – de LANOUELLE – HANNOTIN
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation