

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	88 (1969)
Artikel:	Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse
Autor:	Schaad, Peter / Ochsenbein, Denys / Leuba, Jean-Marc
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896154

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 02.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les grandes lignes d'un code de procédure civile suisse

Rapport de M. PETER SCHAAD

Docteur en droit
Juge cantonal, Berne

traduit par

MM. DENYS OCHSENBEIN

Docteur en droit
Greffier au Tribunal fédéral, Lausanne

et JEAN-MARC LEUBA

Secrétaire au Tribunal fédéral, Lausanne

I.

Introduction et mandat

1. En son assemblée annuelle de 1961, la Société suisse des juristes a pris connaissance des rapports de M. le Professeur GULDENER, à Zurich, et de M. VOYAME, greffier au Tribunal fédéral, à Lausanne, sur le sujet: «Droit privé fédéral et procédure civile cantonale». Puis elle a adopté, à une très nette majorité¹, à la suite d'une proposition de M. le Professeur MERZ, à Berne, une résolution ainsi conçue: «La Société suisse des juristes invite le comité à poursuivre et à favoriser l'étude de l'unification de la procédure civile en Suisse». Les travaux suivants furent notamment exécutés en accomplitissement de ce mandat:

a) un projet, élaboré par M. le Juge fédéral P. SCHWARTZ, à Lausanne, d'une «loi fédérale sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral» qui pourrait être promulguée sous l'empire du droit constitution-

¹ Procès-verbal de la 95^e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes, RDS 1961 II 448.

nel actuellement en vigueur (art. 64 Cst.), projet à l'appui duquel M. F. BALMER, ancien greffier au Tribunal fédéral, a rédigé un exposé des motifs;

b) les présentes lignes directrices pour un code de procédure civile suisse, qui supposent une révision de l'art. 64 Cst., c'est-à-dire une nouvelle répartition des attributions de la Confédération et des cantons.

Selon les explications que M. le Juge fédéral GRISEL, alors président de la Société suisse des juristes nous avait données, notre mandat consistait non pas à établir un projet de toutes pièces, dont l'entrée en vigueur ne saurait être envisagée dans un avenir rapproché, mais à indiquer uniquement les solutions qui conviendraient à un code de procédure civile suisse. Nous n'avions pas à entrer dans trop de détails. Il nous incombaît uniquement de tracer les grandes lignes d'un tel code, selon un plan qui fut laissé à notre appréciation et sur la base d'une ou de plusieurs lois de procédure que nous pouvions librement choisir. Notre travail devait être conçu dans l'idée qu'une modification constitutionnelle attribuerait à la Confédération une compétence nouvelle indispensable à une procédure unifiée.

2. Le projet d'une loi sur l'harmonisation des procédures civiles cantonales avec le droit civil fédéral (projet SCHWARTZ) vise un but qui lui est propre (cf. BALMER, Exposé des motifs, p. 295). Devenu loi, il réduirait la compétence des cantons aux domaines de la procédure civile qu'il ne régit pas et qui feront précisément l'objet de notre examen. Un code «complet» de procédure résulterait de l'union du projet SCHWARTZ et d'un texte rédigé sous forme d'articles, qui serait établi sur la base de cet exposé et réglerait aussi les points de détail.

Le projet SCHWARTZ traite
du for (art. 2 à 24),
des parties et des tiers intervenant au procès (art. 25 à 31),
des mandataires des parties (art. 32),
de la litispendance (art. 33 à 35),

de l'action en constatation de droit (art. 36),
de la preuve et des modes de preuve (art. 37 à 67),
de la force de chose jugée et de l'autorité de la chose jugée,
y compris la révision (art. 68 à 74),
des mesures provisionnelles (art. 75 à 80) et de
l'exécution (art. 81 à 87).

Dans une réglementation d'ensemble, qui représente le terme de l'unification de la procédure civile, ces matières prendraient la place que leur assigne l'économie ordinaire d'un code de procédure civile.

L'examen de questions particulières relatives à l'ordre des matières est prématuré.

Il est cependant nécessaire de signaler ici l'existence de certains problèmes.

a) Le projet SCHWARTZ se réfère parfois au droit de procédure qui demeure réservé aux cantons. Lors de l'unification, il faudra donc examiner si des raisons suffisantes justifient le maintien de ces renvois au droit cantonal. Tel serait le cas, semble-t-il, de l'art. 34 al. 1 du projet, selon lequel la litispendance est créée – lorsque le droit cantonal prescrit la citation en conciliation – du moment où l'action est portée à la connaissance du magistrat conciliateur. Le caractère obligatoire d'une tentative de conciliation peut en effet dépendre de la valeur litigieuse. Or il n'est pas indispensable que la valeur litigieuse soit réglée de façon uniforme dans une procédure qui serait unifiée.

b) En cas d'unification, les renvois au droit cantonal contenus aux alinéas 2 et 3 de l'article précité deviendraient caducs. Selon cet article, si la tentative de conciliation échoue, un acte de non-conciliation – dont les effets doivent être régis par le droit unifié – est délivré au demandeur et l'action doit être portée devant le juge compétent dans un délai de deux mois. Il serait absurde, en cas d'unification, que le droit cantonal pût fixer un délai plus court ou plus long, comme le projet le prévoit dans le cadre de son domaine d'application.

c) Les sanctions d'ordre contre le témoin défaillant, réservées au droit cantonal en vertu de l'art.46 du projet, doivent être réglées de façon uniforme.

d) Il faut admettre l'interrogatoire des parties sans la restriction apportée par l'art.67 al.2 du projet qui laisse les cantons libres de prévoir, dans les causes autres que celles du droit de famille, que ce mode de preuve peut être ordonné d'office ou uniquement à la requête d'une partie.

e) Généralement, la réglementation des voies de recours détermine dans quelle mesure la révision peut être demandée pour violation des règles de procédure. L'art.73 al.2 du projet, qui renvoie à ce propos au droit cantonal, n'aura plus d'objet si la procédure est unifiée.

3. Au sujet de l'art.35 du projet, qui traite de la restitution des délais légaux, M.BALMER relève qu'il se justifie en principe d'accorder la restitution des délais de droit fédéral, notamment de ceux qui s'appliquent aux actions, lorsque ce qui entraîne leur inobservation constitue une excuse suffisante. Ce bienfait voulu par la loi, comme d'ailleurs la transmission de cause, prévue par l'art.22 du projet en cas d'incompétence du tribunal saisi, s'alignerait, en une parfaite harmonie, sur la règle de l'art.139 CO qui octroie un délai supplémentaire, lorsque l'action a été mal introduite. Les dispositions du projet, que l'on vient de citer, rejoindraient la tendance libérale d'une procédure opposée à tout formalisme excessif (BALMER, Exposé des motifs p.353). Une procédure unifiée doit s'inspirer du même idéal.

II.

La souveraineté cantonale dans l'organisation des tribunaux et la jurisprudence

1. Le projet SCHWARTZ règle la compétence des tribunaux à raison du lieu. Il ne traite ni de la compétence à raison de la matière ni de l'organisation des tribunaux dans les cantons.

Une loi de procédure unifiée n'implique pas l'abandon

par les cantons de leurs attributions dans ce domaine. Il est même souhaitable qu'ils les conservent, étant bien entendu que l'art. 58 Cst. proscrit l'établissement de tribunaux extraordinaires.

2. La diversité de l'organisation judiciaire des cantons est considérable (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozeßrecht, p. 25; GAUTHIER, Rapport p. 537 ch. 1 et Tableau).

Il apparaît nécessaire de donner ici un bref aperçu de cette organisation.

3. Plusieurs cantons ont institué des juridictions spéciales, qui ne sont pas des tribunaux extraordinaires au sens de l'art. 58 Cst. (cf. BURCKHARDT, p. 535), tels les tribunaux de commerce appelés à connaître des affaires commerciales² et les tribunaux de prud'hommes qui jugent les conflits de travail³. Il existe encore à Zurich et Lucerne un «Landwirtschaftsgericht», à Engelberg un «Talgericht», à Glaris un «Augenscheingericht», à Bâle-Ville un «Rheinschiffahrtsgericht», à Appenzell Rhodes-Intérieures un «Spangericht», à Saint-Gall un «Stickereifachgericht», en Argovie une «Flurkommission»⁴.

4. Dans les cantons autres que ceux du Tessin et de Genève, les contestations relatives au droit des personnes et de la famille sont jugées en première instance par un tribunal collégial: tribunal de district, tribunal d'arrondissement, «Landsgericht», «Kantonsgericht» (par opposition à «Obergericht»). En Valais, elles sont instruites par l'un des juges – instructeurs et jugées en instance unique par le tribunal cantonal (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozeßrecht, p. 19).

5. Dans la plupart des cantons, la juridiction cantonale suprême (Obergericht, Kantonsgericht, Appellationsgericht, tribunal cantonal, tribunale di appello, cour de justice) fonc-

² Ces tribunaux existent dans les cantons de Zurich, Berne, Saint-Gall et Argovie.

³ Dans 12 cantons, cf. GAUTHIER, Rapport p. 532.

⁴ Cf. GAUTHIER, Rapport p. 521/522 et Tableau.

tionne exclusivement comme autorité de recours. Dans le canton de Berne, la Cour d'appel – nonobstant sa dénomination – connaît en instance unique de presque toutes les contestations d'intérêt matériel susceptibles d'un recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 7 CPC bernois). Ses chambres civiles consacrent beaucoup plus de temps à cette activité qu'à la liquidation des recours en appel.

6. Quatre cantons, dont celui de Zurich, ont une cour de cassation (Kassationsgericht) distincte du tribunal cantonal (Obergericht), qui statue sur les recours en nullité formés contre les arrêts du tribunal cantonal.

Plusieurs législations cantonales ouvrent la voie d'une demande ou d'un recours en nullité contre les arrêts du tribunal cantonal, lequel en connaît par l'une de ses sections ou en séance plénière (comme à Lucerne, par exemple).

7. La fonction de magistrat de l'ordre judiciaire est réglée de façon souvent bien différente d'un canton à l'autre. Les personnes appelées à l'assumer ne bénéficient pas nécessairement d'une formation juridique. Elles n'occupent pas toujours leur charge à plein temps ou pratiquent simultanément le barreau. Dans plusieurs cantons, même dans ceux qui ne lui reconnaissent pas le droit de vote en matière cantonale, ou pas encore, la femme est éligible à certaines fonctions judiciaires. Elle a parfois accès à tous les degrés de la magistrature. C'est le cas notamment dans le canton de Berne.

8. Les affaires civiles et pénales ressortissent fréquemment au même tribunal. Une atteinte à l'organisation judiciaire cantonale pourrait donc avoir des répercussions sur l'aménagement du procès pénal.

9. L'unification de la procédure ne constitue pas un but absolu. Il suffit que, grâce à elle, les tribunaux civils soient en mesure de remplir leur tâche qui est l'application uniforme du droit civil à des cas d'espèce. La procédure est adaptée à son objectif, si elle assure au juge une voie lui permettant de rendre son jugement le mieux possible. Que l'unification de la procédure soit limitée à certains domaines, ce

qui est le cas du projet SCHWARTZ, ou, comme ici, envisagée dans son ensemble, elle paraît à tout le moins désirable. Du point de vue de la recherche d'une jurisprudence uniforme, il serait en revanche erroné d'attribuer un rôle majeur au fait que le jugement émane d'un juge unique, d'un tribunal collégial, d'un juriste ou d'un laïc. Les voies de recours, y compris celles qui mènent au Tribunal fédéral, sont à la disposition du plaideur, si le jugement rendu n'est pas «juste».

Il n'y a pas de raison que l'organisation judiciaire soit du ressort de la Confédération. Familiarisés avec les problèmes procéduraux, les tribunaux actuellement en place seront mieux à même de maîtriser une loi de procédure dont l'application ne serait pas plus délicate que celle des codes de procédure de la plupart des cantons. Une tâche nouvelle ne leur sera pas dévolue : ils continueront à statuer selon le droit civil fédéral en suivant une procédure «nouvelle» qui ne doit être ni plus compliquée ni plus «subtile» que l'«ancienne».

On ne saurait dire que les cantons doivent posséder chacun un code de procédure, parce que leur territoire a une dimension différente. La procédure est sans rapport avec la grandeur du territoire auquel elle s'applique. Cet élément géographique peut jouer un rôle dans l'organisation judiciaire. Ainsi deux tribunaux, dont l'un statue en première instance et l'autre sur recours, suffisent à rendre la justice sur l'ensemble du territoire exigu d'un canton (Nidwald).

L'organisation judiciaire et la loi de procédure des «grands» cantons (Zurich et Berne, par exemple) démontrent que la même procédure peut s'appliquer à l'échelon des districts, bien que l'organisation judiciaire exige que les juges des cantons urbains, où la densité de la population est forte, se spécialisent de plus en plus et n'exercent qu'une partie des fonctions que leurs collègues assument dans les districts de moindre importance.

Selon le recensement de 1960, la population de résidence du district de Berne s'élève à 230 000 personnes. Les électeurs de ce district nomment quinze présidents de tribunal. Quatre d'entre eux s'occupent actuellement des affaires ci-

viles. Les autres exercent en matière pénale la fonction de juge d'instruction, de juge unique ou de président du tribunal de district. Les quatre juges civils sont présidents du tribunal civil de district, juges en la procédure sommaire, laquelle comprend notamment les affaires de mainlevée, et juges uniques dans la procédure civile orale et écrite. Le district de la Neuveville nomme un président de tribunal qui est en même temps préfet. Dans ces deux districts d'importance inégale, la procédure civile est la même.

La situation est semblable dans le canton de Zurich. Selon le rapport du Tribunal supérieur de ce canton sur l'administration de la justice pendant l'année 1967, le district de Zurich a reçu 2448 affaires, celui d'Andelfingen 42.

S'il fallait différencier la procédure d'après la grandeur des districts, on aurait ressenti (dans le canton de Berne par exemple) depuis longtemps la nécessité de modifier leur étendue ou d'introduire une procédure distincte pour chacun d'eux. Encore que de telles différences puissent ébranler, le cas échéant, la conscience du statisticien, l'idée de les réduire se heurterait à de multiples raisons d'ordre historique ou sentimental. La présence d'un tribunal ne confère-t-elle pas une certaine distinction au chef-lieu d'un district ? Dans les limites que leur assigne l'art. 6 de la Constitution fédérale, les cantons ont la faculté de régler de façon autonome l'exercice de leurs droits souverains, dont le pouvoir judiciaire fait partie. Ils sont aussi souverains sur le plan de l'administration. Il n'y aurait donc pas de motif de les soumettre, s'agissant de l'organisation judiciaire, à une réglementation générale.

Aussi l'organisation judiciaire doit-elle demeurer aux cantons. Il en va de même, sans conteste, de l'administration de la justice. Seule la procédure proprement dite mérite d'être unifiée : de par sa nature, le droit privé unifié réclame une procédure qui le soit aussi.

10. Les lois cantonales d'organisation judiciaire traitent parfois de questions qui relèvent de la procédure et sont étrangères à l'organisation des tribunaux.

Ces lois, comme certaines dispositions des constitutions cantonales, ne règlent pas seulement l'organisation des jurisdictions civiles, mais aussi celle des tribunaux de répression, des greffes, du ministère public, etc. Elles contiennent souvent des «dispositions mixtes» (*übergreifende Bestimmungen*). Tel est notamment le cas des règles sur la récusation obligatoire ou facultative, les délais, les notifications, les fériés judiciaires.

Ainsi la loi bernoise sur l'organisation judiciaire contient une disposition relative au principe de l'immédiateté (*Unmittelbarkeit*) en procédure. On sait que pour rendre une décision, le tribunal de district siège avec un juge de carrière, le président, qui doit être porteur d'une patente bernoise d'avocat ou de notaire, et quatre membres (laïcs). Or s'il s'agit d'un jugement à prononcer, il faut, selon l'art.38 de la loi précitée, que deux au moins des quatre membres qui le rendent en présence du président aient pris part à toutes les opérations de procédure indispensables à la connaissance de la cause (institution dite du quorum).

La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, à laquelle il sied de se référer dans ce contexte, comprend principalement des dispositions de procédure et non d'organisation.

Il faut s'attendre que les dispositions d'un code de procédure unifiée visent des règles que certains cantons ont édictées, comme d'ailleurs la Confédération, dans une loi d'organisation judiciaire et non de procédure. La délimitation de ce qui se rapporte à l'organisation judiciaire (comme la nomination des magistrats ou la compétence à raison de la matière) et de tout ce qui touche à la procédure à suivre devant ou par le tribunal régulièrement saisi, s'effectuera vraisemblablement sans trop de difficultés. L'examen des points de détail doit se faire à partir des divers secteurs de la procédure. Une loi de procédure unifiée empiétera forcément sur les règles contenues dans les lois d'organisation judiciaire et qui relèvent en réalité de la procédure.

III.

Effet d'une procédure civile unifiée sur le droit fédéral de procédure actuellement en vigueur

Une procédure civile fédérale unifiée aura des incidences non seulement sur le droit cantonal, mais aussi sur le droit fédéral actuellement en vigueur, en particulier sur les dispositions de la loi fédérale d'organisation judiciaire qui limitent les motifs d'un recours à la seule violation du droit fédéral. Tel est le cas du recours en réforme (art. 43 ss. OJ). Dès lors que la procédure serait fédérale, le recourant aurait la faculté d'invoquer sa violation dans un recours en réforme, toutes autres conditions relatives à la recevabilité de ce recours étant remplies. D'autre part, eu égard à son caractère subsidiaire, le recours de droit public ne pourrait plus viser certaines violations du droit de procédure, puisque, contre elles, la voie du recours en réforme serait ouverte (cf. art. 84 al. 2 OJ).

Il conviendrait par conséquent d'adapter les voies de recours prévues par la loi fédérale d'organisation judiciaire à la situation juridique nouvellement créée et de préciser à quelles conditions et sous quelle forme le grief tiré de la violation d'une règle de procédure peut être avancé. On ne saurait examiner ici cette question plus avant. Il suffisait de signaler que la Confédération serait également appelée à ajuster, sur certains points, sa législation sur la réglementation nouvelle.

IV.

Atteintes à la procédure cantonale résultant de la législation et de la jurisprudence, à partir de l'année 1961

1. La décision prise en 1961 par la Société suisse des juristes de promouvoir l'unification de la procédure civile n'est pas demeurée lettre morte. Tant la législation que la jurisprudence ont œuvré dans ce sens, au détriment du droit

cantonal. Aussi n'est-ce pas à nous de dire pourquoi une telle unification paraît désirable.

M. VOYAME affirme, dans son rapport (RDS 1961 II 90; cf. également p. 139 in fine), que l'art. 29 de la loi fédérale sur le travail dans les fabriques constitue «la pointe avancée des empiétements du droit fédéral sur la procédure cantonale». Cette disposition prévoit que les contestations résultant du contrat de travail sont tranchées dans une procédure orale et gratuite et elle interdit en principe aux parties de s'y faire représenter par des mandataires de profession.

Mais on trouve dans la législation fédérale une autre disposition d'une portée plus incisive. Il s'agit de l'art. 97 de la loi sur l'agriculture (RLF 1953, p. 1095):

«Pour les contestations auxquelles donnent lieu les contrats de travail agricoles, les cantons doivent instituer une procédure simple, rapide et gratuite.

Le juge doit fixer d'office les faits. Il n'est pas lié par les offres de preuves des parties et il apprécie librement le résultat de l'administration des preuves.»

Que les cantons soient tenus d'instituer une procédure simple, rapide et gratuite, cela n'apparaît pas comme un empiétement considérable. L'ingérence est plus grave lorsqu'on impose au juge le devoir d'établir d'office l'état de fait dans des affaires où l'intérêt public n'est pas en jeu.

Par l'adoption de la loi fédérale du 13 mars 1964 modifiant la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911, le législateur est intervenu, une fois de plus, dans le domaine de la procédure.

Sous l'empire de l'ancien art. 30 LAMA, les contestations de droit privé des caisses-maladie entre elles, ou avec leurs assurés ou des tiers, relevaient des tribunaux ordinaires, si la législation cantonale ou les statuts n'en disposaient autrement. Revisé, cet article confie maintenant à une juridiction cantonale unique le soin de statuer sur les recours formés contre les décisions des caisses. Quant à la procédure, le nouvel art. 30^{bis} précise qu'elle est réglée par les cantons mais qu'elle doit satisfaire aux exigences ci-après:

a) Elle doit être simple, rapide et, en principe, gratuite pour les parties.

b) L'acte de recours doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que les conclusions. Si l'acte de recours n'est pas conforme à ces règles, le juge impartit un délai convenable à son auteur pour combler les lacunes, en l'avertissant qu'en cas d'inobservation le recours sera écarté.

c) Le tribunal des assurances établit d'office les faits déterminants pour la solution du litige; il recueille les preuves nécessaires et les apprécie librement.

d) Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il peut réformer au détriment du recourant la décision attaquée ou accorder plus que le recourant n'avait demandé; il doit cependant donner aux parties l'occasion de se prononcer.

Ces exigences qui s'adressent au législateur cantonal vont manifestement au-delà de celle que M. VOYAME considérait, dans son rapport, comme une «pointe avancée».

Le projet d'une loi fédérale révisant les titres dixième et dixième bis du Code des obligations (Du contrat de travail) que le Conseil fédéral a soumis à l'Assemblée fédérale, avec son message du 25 août 1967, accuse la même tendance.

L'art. 343 du projet dispose:

«Les cantons sont tenus de prévoir une procédure simple, rapide et, en règle générale, gratuite pour le règlement des contestations résultant du contrat individuel de travail et dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 3000 francs.

Le juge peut infliger une amende à la partie téméraire et mettre tout ou partie des frais à sa charge.

Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.»

Dans son message (FF 1967 II 415 et 416, *in fine*), le Conseil fédéral expose notamment ce qui suit:

«Le projet part en premier lieu de l'idée qu'il est impossible de renoncer aux prescriptions spéciales établies jusqu'ici et qu'il est nécessaire, pour réaliser le droit civil fédéral, de disposer de règles spéciales de procédure en ce qui concerne

les contestations de faible valeur litigieuse. Si les règles ordinaires de procédure étaient applicables aux litiges découlant comme jusqu'ici de rapports de travail dans les fabriques, dans l'agriculture ou à domicile, le travailleur serait souvent dans l'impossibilité d'en appeler au juge pour faire valoir ses droits.

... Il importe aussi de s'en tenir, pour les contestations dont la valeur litigieuse ne dépasse pas le maximum fixé, au principe bien éprouvé qui exige que les faits soient établis d'office et que le juge apprécie librement les preuves. Cela ne signifie pas que les parties ne doivent pas contribuer à élucider les faits. Il leur incombe, comme précédemment, de renseigner le juge sur les faits et de désigner les moyens de preuve. La procédure cantonale peut aussi obliger expressément les parties à énoncer leurs arguments et à apporter les preuves nécessaires. Mais, pour sa part, le juge doit également établir les faits. Il lui incombe d'examiner si les allégations des parties sont complètes. Il n'est pas lié aux offres des parties et doit «ordonner» d'office les preuves nécessaires. C'est pourquoi il tiendra également compte, dans son jugement, des faits qui n'ont été énumérés par aucune des parties.

Cette dernière remarque appelle une précision. Il ne paraît pas admissible en effet que le juge puisse statuer sur des faits qui n'ont pas été allégués. Il doit au contraire les établir d'office en interrogeant les parties sur tous les points qui méritent d'être élucidés.

Le Conseil fédéral signale encore, dans son message (FF 1967 II 415 in fine), que deux cantons ont estimé que la définition du principe de l'instruction d'office (*Offizialmaxime*), applicable à cette procédure, était trop absolue.

Il nous a paru utile de citer certains extraits du message, car ils marquent bien la tendance de la législation à empiéter sur la procédure cantonale.

En matière de contestations résultant du contrat de travail, le législateur entend soutenir dans la défense de ses droits la partie la plus faible. Comme le message le relève,

le principe de l'instruction d'office a fait ses preuves dans ce domaine. On peut faire la même remarque au sujet de la procédure applicable aux prétentions des assurés à l'égard des caisses-maladie.

La loi fédérale modifiant le livre quatrième du Code civil (copropriété et propriété par étages), du 19 décembre 1963, contient également des dispositions qui touchent à la procédure. Selon l'art. 712 l al. 2 CC, la communauté des copropriétaires peut, en son nom, être actionnée ou poursuivie au lieu de situation de la chose et introduire action ou agir par la voie de la poursuite. En vertu de l'art. 712t CC, son administrateur la représente en cas de procès. Enfin, l'art. 712c al. 3 CC prévoit que le juge décide dans une procédure sommaire lorsque les conditions énoncées à l'alinéa précédent sont remplies, du bien-fondé de l'opposition formée contre un acte par lequel le copropriétaire aliène son étage ou en confie l'usage à autrui.

Les juges de nos cantons doivent évidemment tenir compte de toutes ces dispositions nouvelles.

2. Depuis que la Société suisse des juristes a célébré son centenaire, en 1961, la jurisprudence a subi divers développements qui se rapportent aux incidences du droit fédéral sur la procédure cantonale.

a) La composition correcte des tribunaux.

Dans un arrêt rendu le 27 octobre 1965 (RO 91 II 402, JdT 1967 I 22), le Tribunal fédéral considéra que ce problème ressortissait non seulement au droit cantonal mais aussi au droit fédéral qui prime les dispositions cantonales sur la récusation dans la mesure où il garantit à l'individu le jugement impartial de son procès. Puis il se demanda si, comme il le fait à propos du droit d'être entendu découlant directement de l'art. 4 Cst. (cf. RO 89 I 356, JdT 1964 I 293), il ne devait pas examiner librement le grief tiré de la violation du droit à une juridiction impartiale, garanti par la Constitution fédérale, lorsque l'application du droit cantonal ne

s'avère ni arbitraire ni contraire au principe de l'égalité de traitement. De cette façon, l'art. 58 al. 1 Cst. acquerrait une certaine indépendance par rapport à l'art. 4 Cst. Mais le Tribunal fédéral laissa la question indécise, car l'art. 58 al. 1 Cst. n'avait pas été violé dans le cas particulier, quel que soit le point de vue où l'on se place.

Un an plus tard, le litige suivant lui donna l'occasion de trancher la question (cf. RO 92 I 271, JdT 1967 I 518ss.). Une partie avait demandé la récusation d'un arbitre par le motif que l'autre partie, qui l'avait désigné, était représentée par un avocat dans l'étude duquel l'épouse de l'arbitre travaillait en qualité de collaboratrice juridique. Sa requête fut rejetée par le Tribunal supérieur du canton de Zurich. Cette juridiction était d'avis que la raison invoquée ne constituait aucun des motifs de récusation prévus, aussi bien pour les juges que pour les arbitres, par la loi d'organisation judiciaire zurichoise. Se référant d'autre part à la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle estimait que l'art. 58 Cst. garantissait uniquement le principe fondamental, selon lequel nul ne peut être juge dans sa propre cause, et que, pour le surplus, la réglementation de la récusation obligatoire ou facultative était laissée aux cantons. Le recours en nullité formé contre cette décision auprès de la Cour de cassation zurichoise fut écarté.

Saisi de l'affaire par la voie du recours de droit public, le Tribunal fédéral jugea tout d'abord mal fondé le grief tiré d'une application arbitraire du droit cantonal et considéra, en bref, ce qui suit: «La question de la composition correcte d'un tribunal ne doit pas être résolue seulement d'après le droit cantonal. Avant même les dispositions cantonales sur la récusation, le droit fédéral garantit à chacun l'indépendance du juge saisi de son procès (RO 91 I 402). Une jurisprudence plus ancienne avait déjà reconnu que l'art. 58 Cst. accorde au citoyen le droit à un juge impartial. Cette manière de voir doit être maintenue, qu'il s'agisse des tribunaux de l'Etat ou de tribunaux arbitraux.» Passant au libre examen de la cause et sans se référer au droit zurichois, le Tribunal

fédéral admit que le motif de récusation invoqué rendait l'arbitre suspect de partialité et il annula les décisions attaquées.

Du moment qu'eu égard à l'art. 58 Cst. le Tribunal fédéral juge de l'existence d'un motif de récusation avec pouvoir de libre examen et indépendamment du droit cantonal ou de son application, on doit considérer que, sous réserve des garanties plus étendues offertes par le droit cantonal, la question relative à la composition correcte des tribunaux ressortit au droit fédéral.

b) Le droit d'être entendu en procédure cantonale.

M. VOYAME observe dans son rapport (RDS 1961 II 80) que le droit d'être entendu a une valeur générale dans le domaine de la procédure civile. Il relève qu'un grand nombre de principes, dont il donne des exemples, a été déduit de ce droit par le Tribunal fédéral.

Dans son rapport intitulé «Das rechtliche Gehör» (RDS 1964 II 315). M. TINNER expose que le principe du droit d'être entendu devait être énoncé, vu son importance, dans un texte constitutionnel. C'est le cas du droit allemand (Grundgesetz § 103). Ce principe, selon le même auteur, exige d'être reconnu dans tout le domaine de l'application du droit. Il s'en faut de peu qu'il s'impose au législateur, et en particulier, dans un Etat fédératif, au législateur de chaque Etat fédéré. Il est le corollaire du principe de l'égalité des hommes entre eux. Il toucherait ainsi à des questions primordiales qui concernent les rapports de l'Etat et du citoyen. La constitution est naturellement appelée à aménager ces rapports.

La violation du droit d'être entendu peut résulter de l'application du droit cantonal. Mais il arrive, et cela présente beaucoup plus d'intérêt quant aux principes, que la législation cantonale soit contraire à ce droit. Un arrêt du Tribunal fédéral le démontre (RO 87 I 100 ss. JdT 1962 I 130 ss.). Il concerne le cas d'un propriétaire qui, après avoir autorisé une société de forces motrices à installer et à exploiter immédiatement un chantier sur son terrain, lui interdit, par la

voie de la sommation judiciaire spéciale (Spezialrechtsbot), connue du droit glaronnais, d'y entreprendre n'importe quels travaux.

Selon la procédure glaronnaise, cette sommation émane du juge qui la rend sur requête unilatérale d'une partie, sans audition de la partie adverse. Le Tribunal fédéral l'assimila aux mesures provisionnelles que la plupart des cantons ont instituées et qui permettent au titulaire d'un droit privé pretendu d'obtenir avec effet immédiat la protection du juge, assortie de comminations pénales. Il déclara qu'une mesure de ce genre ne pouvait être prise sans audition préalable de l'intéressé. Il considéra en outre ce qui suit (consid. 4 de l'arrêt précité): «L'étendue du droit d'être entendu dans le procès civil est, en principe, fixée tout d'abord par les règles cantonales de procédure et de compétence. En tant que ces règles sont contenues dans une loi cantonale, le Tribunal fédéral ne peut en revoir l'interprétation et l'application que sous l'angle restreint de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement. Quand le droit cantonal n'offre qu'une protection insuffisante, le droit d'être entendu est alors assuré par les règles de procédure du droit fédéral qui découlent directement de l'art. 4 Cst. et qui garantissent au plaideur la complète égalité de traitement dans ses contestations avec ses concitoyens». Le Tribunal fédéral estima que la sommation judiciaire spéciale était contraire aux principes qui résultent du droit d'être entendu et il annula le jugement cantonal qui la confirmait.

c) Droit à l'assistance judiciaire.

On sait que l'art. 4 Cst. assure au plaideur indigent le droit d'être assisté d'un avocat d'office si le procès qu'il doit soutenir devant les autorités cantonales ne paraît pas d'avance voué à l'échec et si la défense de ses intérêts le réclame. Or dans la mesure où le droit à l'assistance judiciaire découle du droit fédéral, le Tribunal fédéral examine aussi librement, du point de vue juridique, la décision attaquée qui le refuse (RO 89 I 2 consid. 2, JdT 1963 I 495 consid. 2).

d) Formalisme excessif.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le formalisme excessif contenu dans le droit cantonal ou résultant de son application constitue un déni de justice formel que réprime l'art. 4 Cst. (cf. RO 85 I 208 consid. 3, JdT 1960 I 239/240; RO 86 I 6 ss., JdT 1960 I 532; RO 92 I 9, JdT 1967 I 118). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral considère notamment :

«En matière de procédure, l'art. 4 Cst. n'interdit pas un certain formalisme, dans la mesure où celui-ci est institué pour assurer le déroulement régulier de l'instance et garantir la sécurité du droit matériel. Cependant la procédure n'est pas une fin en soi. Elle a pour but de permettre d'appliquer le droit matériel. Elle ne saurait par le jeu de ses propres règles aboutir à rendre cette application difficile à l'excès, voire à l'empêcher. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a jugé à maintes reprises déjà qu'en matière de procédure, un formalisme excessif, que la protection d'aucun intérêt ne justifie et qui complique d'une manière insoutenable l'application du droit matériel, équivaut à un déni de justice formel condamné par l'art. 4 Cst.»

3. Le droit privé et la procédure civile doivent former un tout cohérent. Aussi le législateur civil fédéral ne peut-il s'abstenir d'édicter certaines prescriptions sur la procédure à suivre devant les tribunaux des cantons (cf. GULDENER, Bundesprivatrecht und Zivilprozeßrecht, RDS 1961 II 6).

La procédure est la servante du droit de fond. Elle doit donc lui être adaptée.

Le législateur doit prendre ce facteur en considération. Le juge également, en particulier lorsqu'il interprète les prescriptions cantonales de procédure. Celles-ci ne devraient pas aller à l'encontre de leur but naturel.

L'emprise de la législation fédérale et de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la procédure cantonale, que certains critiquent, à tort, comme portant atteinte à la souveraineté des cantons, ne diminuera pas. Les empiétements de la législation actuelle subsisteront. D'autres viendront s'y ajouter. Par la force des choses, la procédure perd de plus en plus son

caractère autonome et l'importance que parfois elle ne mérite pas d'avoir.

V.

Méthode suivie pour l'élaboration des lignes directrices

1. On nous a confié le soin de choisir une ou plusieurs législations dont nous pourrions nous inspirer lors de l'examen des diverses questions qui doivent être abordées dans ce travail. Il nous a paru opportun à cet égard de tenir compte principalement :

- a) de la loi fédérale de procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (D'importants domaines de la procédure civile fédérale sont aussi contenus dans la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943),
- b) du code de procédure civile du canton de Berne, du 7 juillet 1918,
- c) du code de procédure civile du canton de Vaud, du 14 décembre 1966, et
- d) du projet de la commission d'experts, de mai 1968, sur la révision du code de procédure civile et de la loi d'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassungsgesetz*) du canton de Zurich.

Remarques préliminaires :

ad a)

On ne peut ignorer le droit fédéral de procédure actuellement en vigueur, si l'on veut unifier la procédure. Il est donc indispensable, dans une analyse comparative des diverses questions fondamentales, de prendre en considération la loi de procédure civil fédérale. Comme il ressort de son titre, cette loi institue une procédure civile régie par le droit fédéral. Lors de sa promulgation, d'aucuns pensaient que les cantons qui modifient leur code de procédure ou qui en adop-

terraient un nouveau la prendraient pour exemple. Dans la nécrologie qu'il lui consacra (RJB 95/1959 p. 309–311), M. KUMMER écrit que le Juge fédéral GEORGES LEUCH est le fondateur «des beispielhaft modernen Bundeszivilprozes-ses». Pour le professeur SIEGERT, à Göttingen, la loi sur la procédure civile fédérale est «ein wohlabgewogenes, dem ruhigen Rechtsleben des Nachbarvolkes entsprungenes Ge-setz»; elle est d'une brièveté appréciable, quoique complétée par la loi d'organisation judiciaire et la teneur de ses 87 ar-ticles est simple et précise (SIEGERT, Grundlinien der Reform des Zivilprozessrechtes im Nachkriegseuropa, p. 9). Cet au-teur estime qu'elle pourrait en soi servir de modèle. Mais il relève qu'elle n'est pas fréquemment appliquée, qu'en Suisse les procès civils se déroulent le plus souvent dans le cadre d'une procédure cantonale et que l'on observe la plus grande diversité dans la structure des codes de procédure des diffé-rents cantons.

ad b)

Nous avons tout naturellement porté notre choix sur le Code de procédure civile bernois que nous appliquons depuis de nombreuses années, dans l'exercice de notre activité d'avocat et de juge, et qui nous est ainsi devenu familier. Son interprétation fait l'objet d'une vaste jurisprudence publiée en partie dans la Revue des juristes bernois. Il fut excellemment commenté, d'où sa réputation, par GEORGES LEUCH, anciennement juge de la Cour suprême, et qui devint juge fédéral. La troisième et dernière édition de son com-mentaire date de 1956. Entré en vigueur le 1^{er} septembre 1918, le Code de procédure civile bernois a passé le cap des cinquante ans. Signalant l'événement, M. WILHELM STAUF-FER, ancien juge fédéral, à Lausanne, écrivit dans le numéro du 22 octobre 1968 du quotidien «Der Bund» (no 248 p. 9) que ce code, dont les fondements n'ont pas été modifiés, de-meurait l'une des lois de procédure civile les plus modernes de Suisse. Il évoqua, en outre, la parenté qu'il présente avec la loi de procédure civile fédérale dont le Juge fédéral LEUCH

est également l'auteur. Une petite revision est actuellement en cours. Elle est due à une motion, acceptée par le Grand Conseil bernois, qui tend à augmenter la valeur litigieuse des contestations ressortissant aux conseils de prud'hommes. Pour l'instant la procédure de revision est suspendue. On attend que l'Assemblée fédérale ait terminé l'examen du projet de loi sur le contrat de travail (cf. ci-dessus p. 148). Ce projet établit en effet certaines règles de procédure pour les contestations dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 3000 fr., ce qui entraînerait une extension de la compétence actuelle des conseils de prud'hommes.

ad c)

Nous avons opté pour le Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966 afin de tenir compte de la revision la plus récente qui ait été accomplie dans ce domaine et pour faire la part de la minorité linguistique. Cette revision a été entreprise à cause de la résolution par laquelle, lors de son assemblée de 1961, la Société suisse des juristes, a invité son comité à promouvoir l'unification de la procédure. Dans l'exposé des motifs du projet de loi présenté le 7 décembre 1966 au Grand Conseil, le Conseil d'Etat vaudois écrit à ce sujet:

«Le principe d'une revision du Code de procédure civile a été expressément admis par tous les corps et associations consultés. Cette revision est d'autant plus nécessaire qu'un mouvement très net se dessine, en Suisse allemande notamment, en faveur d'une unification de la procédure civile sur le plan fédéral.

La Société suisse des juristes, lors de son assemblée de 1962 (recte 1961), a voté une résolution dans ce sens. La meilleure riposte à ce mouvement d'unification indésirable consiste dans une amélioration de notre droit cantonal et dans son adaptation aux conceptions et aux nécessités actuelles.» (Bulletin des séances du Grand Conseil du canton de Vaud, Session ordinaire d'automne 1966, p. 675; Tirage à part des bulletins du Grand Conseil vaudois sur l'exposé des motifs, le projet et les débats parlementaires concernant le Code de procédure civile du 14 décembre 1966, p. 675). (La pagination du bulletin et du tirage à part précités coincident; ils seront ci-après désignés: Vaud, exp.)

On constate qu'en 1961 aucun orateur de l'Etat de Vaud n'a pris la parole devant l'assemblée annuelle de la Société suisse des juristes pour combattre l'idée de l'unification qui fut débattue au cours d'une discussion approfondie. La question d'une unification totale ou partielle de la procédure était pourtant soumise à l'appréciation d'une élite comprenant plusieurs spécialistes en la matière.

ad d)

Dans le canton de Zurich, la révision du Code de procédure civile, du 13 avril 1913, est en cours. L'avant-projet a été établi par M. GULDENER, professeur ordinaire de procédure civile à l'Université de Zurich, qui participa aux autres travaux de la commission d'experts. La révision vise également la loi d'organisation judiciaire, du 29 janvier 1911. Depuis leur promulgation, ces deux lois ont été modifiées plusieurs fois. La commission d'experts a déposé un projet complet en mai 1968 avec un exposé des motifs. De par leur «origine», ces projets revêtent une importance manifeste pour notre exposé. D'autre part, le canton de Zurich est, parmi les cantons suisses, celui qui possède le plus d'habitants. Le nombre des procès y est aussi très élevé⁵.

Les lois de procédure les plus récentes n'ont pas tendance à s'aligner, par exemple, sur la loi de procédure civile fédérale. Lors de la discussion qui suivit un exposé qu'il présenta sur le projet zurichois, le 19 janvier 1967, devant la Société des juristes zurichoises, M. le Professeur GULDENER déclara, en effet, que ce projet et le nouveau code vaudois étaient le

⁵ D'après le rapport de gestion du Tribunal supérieur du canton de Zurich concernant l'année 1967, le juge unique a liquidé 13 928 affaires en procédure sommaire (les affaires non contentieuses ne sont pas comprises dans ce chiffre), 272 en procédure accélérée et 1 194 en procédure ordinaire. Les tribunaux de district, statuant comme tribunaux collégiaux, ont liquidé 4 088 affaires. Durant l'année 1967, ils ont été saisis de 1 893 procès en divorce, de 566 actions en paternité et de 1 625 autres procès civils (dits ordinaires).

reflet de deux mondes juridiques distincts. Il estima cependant qu'il fallait poursuivre la révision en cours, car un Code de procédure civile zurichois pourrait servir de modèle à une réglementation uniforme de la procédure en Suisse.

Nous nous référerons parfois à d'autres codes de procédure civile. Cela ne présente guère de difficultés puisque l'on trouve dans un ouvrage déjà cité de M. le Professeur GULDENER (*Schweizerisches Zivilprozessrecht*, dont la 2^e édition de 1958 fut mise à jour par deux fascicules de 1961 et 1964) une remarquable étude comparative des droits des 25 cantons. Cet ouvrage prolonge et complète celui de SCHURTER et FRITZSCHE. Il tient compte de toutes les modifications intervenues depuis lors. C'est en quelque sorte un travail de Sisyphe. Comme son auteur le souligne dans la préface des fascicules supplémentaires de la seconde édition, l'ouvrage risque d'être dépassé à plus ou moins brève échéance par la législation et la jurisprudence.

2. Il nous faut encore observer ce qui suit. La procédure indique la marche à suivre pour faire valoir un droit. De par sa nature elle intéresse moins le justiciable que ce n'est le cas du droit de fond. Elle est un instrument dont se servent l'avocat et le juge. Elle constitue avant tout une discipline propre aux juristes («*Juristenrecht*»). Plusieurs expressions, telles que le principe de simultanéité (*Eventualmaxime*), le principe de l'autonomie des parties (*Verhandlungsmaxime*), la chose jugée (*Rechtskraft*), les conditions de recevabilité (*Prozeßvoraussetzungen*) échappent au simple citoyen. De plus celui-ci n'a généralement pas de raison d'en apprendre le sens. L'homme vit chaque jour dans de multiples relations juridiques. Il est employé, locataire, vendeur, chef de famille, il utilise les transports publics, il est soumis aux règles sur la circulation routière, etc. Les diverses relations juridiques évoluent en règle générale sans conflit. Elles ne donnent lieu qu'exceptionnellement à un procès. Comme nous avons pu le constater au cours de notre activité de juge, il est assez fréquent qu'entendu en qualité de partie

un vieillard affirme spontanément n'avoir jamais eu maille à partir avec la justice. Une demanderesse, qui avait 95 ans, nous fit un jour une déclaration de ce genre. De même, les témoins n'entrent pas volontiers dans la salle d'audience. Et celui qui comparaît en justice ne demande pas que l'autorité déploie toute la pompe possible. Il souhaite au contraire une procédure qui soit commode et lui permette de présenter ses arguments à l'égal de la partie adverse. Il désire être en présence d'un juge qui connaisse son dossier, écoute les parties et prenne son rôle au sérieux. La partie qui présente des signes d'agressivité ou de nervosité au début d'une audience parvient le plus souvent à se maîtriser par la suite. Certes on rencontre parfois des personnes atteintes de manie processive. Il est extrêmement rare qu'un plaideur ne s'inquiète pas de son affaire et laisse au juge le soin de découvrir ce qui s'est réellement passé. Le défendeur qui ne se préoccupe pas du litige ne produira pas de mémoire de défense, il ne versera point d'avance ou ne comparaîtra pas. Il encourt alors les conséquences du défaut. En règle générale, le demandeur ne négligera pas de poursuivre son procès, s'il lui attribue des chances de succès. Dans la plupart des cas, le juge et les parties collaborent en vue d'élucider l'état de fait. Il arrive qu'une partie soit invitée par le juge à répondre sans l'aide de notes. Faite sous forme d'injonction, une telle remarque rend plus difficile un dialogue spontané. La partie désire pouvoir s'exprimer elle-même au sujet de son procès. Elle demande parfois au juge qu'il la laisse parler ou qu'il ne l'interrompe pas.

Le procès doit être à la mesure et au service de l'homme. Il place la solution d'un conflit d'ordre juridique dans les mains d'un concitoyen qui a été élu pour remplir cette fonction et jugé capable de l'assumer. Les plaideurs savent parfaitement qu'ils ne pourront plus faire valoir leur prétention après un jugement ou une transaction et qu'il leur incombe de renseigner le juge sur ce qu'ils connaissent ou considèrent comme important. Ils ont conscience d'être défaillants s'ils omettent de présenter un argument.

Le particulier n'est guère en mesure de se faire une idée de la loi de procédure qu'il conviendrait d'adopter, même si, lorsqu'il examine cette question, il songe à un procès imminent. Quant aux membres des autorités législatives, ils estiment que l'élaboration d'une telle loi est l'affaire des spécialistes, auxquels ils s'en remettent, alléguant leur propre ignorance.

Ni le simple citoyen ni, bien souvent, les membres du corps législatif ne parviennent, à la lecture du texte légal, à se représenter la manière dont la procédure se déroule. Il est rare qu'au cours des débats parlementaires un profane objecte que le sens d'une phrase lui échappe. Cela se produisit toutefois au cours des débats du Grand Conseil vaudois sur le projet du nouveau code de procédure civile. Prenant la parole, le député Fernand Petit déclara au sujet de l'art. 612: «J'aimerais simplement savoir ce que veut dire la phrase: les décisions mentionnées aux articles 605 et 607 à 610 sont prises, les parties ayant été entendues ou dûment citées, s'il y a lieu, pour être entendues». Le rapporteur de la commission prétendit ne pas très bien comprendre la question posée. Il reconnut que la phrase était un peu lourde, en exposa le sens et invita le député Petit à proposer une meilleure rédaction. Ce dernier demanda, lors du deuxième débat, que le passage incriminé fût remplacé par le texte suivant: «Les décisions mentionnées aux articles 605 et 607 à 610 sont prises, les parties ayant été entendues ou dûment citées.» Le rapporteur répondit: «La commission est si reconnaissante à M. Petit d'avoir animé le deuxième débat qu'elle accepte son amendement (Rires)» (cf. Vaud, Exp., p. 1026 et 1138). Un membre de la commission fit à un autre moment l'observation suivante qui mérite d'être signalée: «Il n'est peut-être pas mauvais de faire une halte dans cette course qui se poursuit à la vitesse de croisière de 197 articles à l'heure, selon le calcul d'un de nos collègues, et de revenir à une vitesse de traversée de localité» (Vaud, Exp. 1009).

Dans son message du 14 mars 1947 à l'appui du projet

d'une nouvelle loi de procédure civile fédérale, le Conseil fédéral déclarait notamment (FF 1947 I 1001): «La loi du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile fut d'abord mise en vigueur provisoirement, puis adoptée à titre définitif par l'arrêté fédéral du 13 juillet 1885. Ces deux mises en vigueur successives furent votées dans les deux chambres sans discussion préalable des articles, la loi ayant ainsi été adoptée en bloc. La commission du Conseil des Etats, qui avait proposé cette manière d'agir, insolite, exposa dans son rapport du 12 novembre 1850 que si tous ses membres étaient d'accord sur les bases principales du projet, ils ne manqueraient pas cependant d'exprimer des vues divergentes sur beaucoup de points secondaires, au nombre desquels le rapport mentionnait : «les limites apportées à la maxime des débats, à l'égard desquelles on a manifesté le désir d'une plus grande étendue des attributions du juge», «l'élimination du prétendu moyen juridique de la réforme» et «l'élimination du serment des arbitres».

Les chambres n'ont apporté que de légères modifications à ce projet de loi. Il suffit pour s'en convaincre de le comparer avec le texte légal du 4 décembre 1947. L'art. 19 du projet fut toutefois remanié dans le sens d'une extension de la faculté de produire de nouveaux moyens d'attaque et de défense.

Les codes de procédure cantonaux ont emprunté de nombreux éléments au droit étranger. HEUSLER (*Der Zivilprozess der Schweiz*, 1911/1923, p. 41) dit que l'on a parfois l'impression que le rédacteur de la loi s'est inspiré des notes prises dans une université allemande et que certaines règles du droit commun, qui ne méritaient pas d'être imitées, ont été reprises sans autre examen. SCHURTER et FRITZSCHE (*Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte*, 1931, Band II, 1. Hälfte, p. 9) notent que l'âge moyen des codes de procédure cantonaux est de l'ordre de trente ans. Ils observent que soixante-sept codes de procédure, dont le contenu représente environ vingt mille articles, ont vu le jour

depuis la codification genevoise en 1819 (l'œuvre de BELLOT) jusqu'en 1931.

Sur l'origine des divers principes de procédure, on peut également consulter l'ouvrage de TROLLER, intitulé «Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus» (p.84ss.).

En définitive le sentiment populaire du droit n'intervient guère dans l'élaboration d'une loi de procédure. Les questions qui y sont débattues concernent presque exclusivement le choix des moyens qui permettent la réalisation du droit matériel. Aussi confie-t-on un travail de ce genre à ceux qui jouissent d'une expérience suffisante. Lorsqu'ils légifèrent sur des matières de procédure ou qu'ils entendent adopter dans ce domaine des solutions originales, les cantons sont limités par la fonction du droit de procédure et par le droit fédéral, écrit ou non écrit, qui prime. En fait, ils renonceraient à peu de chose, si la Confédération, qui a unifié le droit civil avec un grand succès, recevait la compétence de légiférer en matière de procédure. Ils n'auraient plus à se demander si certaines dispositions de leur code sont conformes au droit fédéral ou seront jugées telles par le Tribunal fédéral. Il n'est pas indispensable qu'ils s'appliquent à établir des règles complémentaires de procédure et à faire preuve d'esprit créateur dans ce domaine, alors que d'autres tâches plus importantes leur sont réservées.

PARTIE SPÉCIALE

La façon la plus simple d'exposer les lignes générales d'une procédure consiste à suivre le système usuel des lois de procédure. Aussi notre examen portera-t-il sur l'organisation et la compétence des tribunaux, l'exercice de l'office du juge (incompatibilités et récusations), la capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice, la compétence à raison du lieu, les principes généraux de procédure, les délais, les frais et dépens, les voies de recours, l'arbitrage et l'exé-

cution forcée des jugements. Nous renvoyons sur ce point à la division adoptée par M. GULDENER (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht p. IX à XXIV).

I.

L'organisation judiciaire, l'élection des juges, les auxiliaires des tribunaux

Les questions relatives à la création des tribunaux spéciaux ont été examinées dans l'introduction, celles qui se rapportent à l'organisation des tribunaux, à l'élection des juges, à la détermination des ressorts judiciaires et de la compétence à raison de la matière continueront à ressortir au droit cantonal (cf. p. 140).

Nous examinerons ailleurs s'il convient du point de vue du droit fédéral d'exclure ou au contraire d'introduire d'une façon générale une voie de recours sur le plan cantonal, ainsi que les répercussions que cela pourrait avoir sur l'organisation judiciaire. La création de nouveaux tribunaux spéciaux ne saurait être proscrite en principe. Tout d'abord, la législation fédérale elle-même peut instituer de tels tribunaux. C'est le cas de l'art. 30 LAMA qui a été revisé (cf. p. 147). Il n'y aurait pas de raison, d'autre part, d'interdire aux cantons de créer un tribunal de commerce ou des tribunaux de prud'hommes là où ils n'existent pas. La procédure unifiée n'y ferait point obstacle, dans la mesure tout au moins où le fonctionnement de nouveaux tribunaux spéciaux n'exigerait pas l'adoption de prescriptions particulières de procédure. A cet égard, les tribunaux de commerce ne présentent pas de difficulté, car les règles à suivre devant eux sont généralement celles des codes cantonaux de procédure. Mais, le plus souvent, les tribunaux spéciaux trouvent leur justification, dans une procédure spécialement aménagée, qu'il s'agisse d'une procédure rapide, simple, orale ou soumise au principe de l'instruction d'office.

Il faut donc éviter que l'unification des règles fédérales de procédure ne puisse être remise en question par la création de tribunaux spéciaux impliquant l'adoption de prescriptions particulières. Pour atteindre ce but, il conviendrait d'étendre à de telles prescriptions le champ d'application de l'art. 52 tit. fin. CC qui soumet certaines ordonnances des cantons à la sanction du Conseil fédéral.

Le droit civil fédéral parle souvent de l'«autorité compétente» et laisse aux cantons le soin de la désigner. Lorsque la loi fait mention expresse soit du juge, soit d'une autorité administrative, les cantons doivent désigner comme compétente une autorité de l'ordre judiciaire ou administratif, selon ce qu'il leur est prescrit. La procédure unifiée serait applicable, de toute façon, aux affaires que le droit civil attribue au juge. Mais elle le serait aussi à celles que les cantons auraient confiées à l'autorité judiciaire plutôt qu'à l'autorité administrative, lorsque le droit fédéral leur accorde cette faculté de choix (cf. art. 54 tit. fin. CC). Le Code civil prévoit la compétence du juge notamment pour les cas suivants: la déclaration d'absence (art. 35), la rectification d'actes de l'état civil (art. 45), la demande en interdiction de mariage (art. 111), la réintégration de la femme dans ses pouvoirs de représenter l'union conjugale (art. 165), l'autorisation à donner à la femme d'exercer une profession ou une industrie, en cas de refus du mari (art. 167), les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 ss.), la séparation de biens judiciaire (art. 183 à 185), la légitimation d'un enfant de père et mère qui se sont promis le mariage (art. 260 ss.), la révocation de l'adoption (art. 269 al. 2), l'action en responsabilité contre le tuteur (art. 430), l'ajournement provisoire du partage (art. 604), le mode du partage de la copropriété et de la propriété commune (art. 651 et 654), l'attribution de la propriété foncière (art. 665), le retrait de la possession à l'usufruitier qui ne fournit pas des sûretés (art. 762), l'annulation d'un titre de gage immobilier (art. 870 et 871) et les inscriptions provisoires au registre foncier à défaut du consentement des intéressés (art. 961). Mais les affaires les plus fré-

quentes dans la pratique sont les actions en divorce (art. 144) et en paternité (art. 307).

Dans tous ces cas, la procédure cantonale doit déjà tenir compte des règles particulières qui résultent du droit matériel, tel le principe de l'instruction d'office, par exemple.

Lorsque la loi parle de l'autorité compétente, et elle le fait souvent, les cantons ont la faculté de désigner une autorité judiciaire ou administrative. Parmi les cas les plus importants prévus^{*} par le Code civil on peut citer ceux qui ont trait à la modification du but de la fondation (art. 86), à la déchéance de la puissance paternelle (art. 285), au rétablissement de la puissance paternelle (art. 287), à la dette alimentaire (art. 329 al. 3), à l'interdiction (art. 373), à la mainlevée de l'interdiction (art. 433), à la mainlevée de la curatelle (art. 439) et à l'attribution d'une exploitation agricole (art. 621).

La réglementation des cantons présente dans ce domaine également une grande diversité. Le principe de l'instruction d'office doit s'appliquer pleinement à la déchéance et au rétablissement de la puissance paternelle, de même qu'à l'interdiction et à sa mainlevée. Comme dans la loi actuelle, le projet zurichois (§ 193 ss.) place les affaires précitées dans la compétence du juge en lui rappelant qu'il a le devoir d'établir les faits d'office. La loi bernoise sur l'introduction du Code civil suisse (art. 31 à 40) institue une procédure judiciaire spéciale pour l'interdiction. Elle confie, en revanche, aux autorités administratives, le préfet statuant en première instance, le soin de prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Dans d'autres cantons (à Glaris, par exemple), la déchéance de la puissance paternelle et l'interdiction relèvent des autorités administratives.

Il n'est pas nécessaire, à notre avis, de revoir ces diverses réglementations. Elles concernent d'ailleurs en partie la juridiction gracieuse. D'autre part, on ne pourrait unifier la procédure dans ce domaine sans déroger aux principes généraux, ce qui ne manquerait pas de nuire à la structure homogène de la nouvelle loi. La comparaison de ces procédures nous

permet cependant de découvrir les critères dont on a besoin pour légiférer. L'exposé des motifs du projet zurichois en signale un, qui est important, dans le passage suivant: «On insiste pour que le juge parvienne à élucider une affaire, au besoin par sa propre initiative. D'un autre côté, on restreint le champ d'application du principe de l'instruction d'office aux seules causes où l'intérêt public ou certains aspects essentiels de la personnalité sont en jeu» (cf. Zurich, Exp., p. 68).

II.

L'indépendance des tribunaux

1. Les tribunaux ne sont subordonnés ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. La loi désigne l'autorité appelée à trancher les conflits de compétence et règle la procédure à suivre en pareil cas.

Le principe de la séparation des pouvoirs est un principe fondamental de l'Etat soumis au droit. Il est mis en péril par les dictatures qui n'offrent aucune garantie au citoyen.

Les tribunaux statuent indépendamment les uns des autres. Il suit de là que les tribunaux inférieurs assument la responsabilité de leurs propres décisions. Cela n'est pas incompatible avec l'existence des voies de recours et de la surveillance exercée par la juridiction supérieure qui peut leur donner des directives. Les tribunaux sont uniquement tenus de respecter le droit écrit et non écrit (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, p. 2).

2. Le juge doit être impartial. Il ne peut être à la fois juge et partie. Les lois de procédure contiennent de nombreuses dispositions destinées à garantir cette indépendance. Elles obligent le juge à ne pas exercer son office lorsque son impartialité est compromise. Elles offrent aux parties le moyen de savoir, par le dépôt d'une demande de récusation, si un juge est en droit de statuer dans leur propre cause. Le juge ne

peut s'occuper d'une affaire qu'en suivant les formes prescrites par la loi (échange des écritures, audience du tribunal, etc.). Il lui est souvent formellement interdit de s'entretenir du litige avec les parties en dehors de la procédure. Celles qui ne sont pas ou ne veulent pas être représentées par un avocat désirent assez fréquemment obtenir un «préavis» («Bericht») de sa part, de manière à pouvoir supputer les risques d'un procès. Elles agissent un peu comme les particuliers qui, avant de déposer une requête, se renseignent auprès de l'autorité administrative pour savoir s'ils ont des chances d'obtenir une autorisation quelconque, ainsi un permis de construire. Le juge doit alors exposer à la partie qu'il n'a pas le droit de discuter de l'objet du litige avec elle. Le seul conseil qu'il pourra lui donner sera de consulter un avocat. Si, au cours d'un entretien semblable, la personne qui envisage d'engager un procès rappelle au juge les liens que le service militaire ou leur appartenance à une même société ont pu créer entre eux, celui-ci aura une raison de plus de se demander, le jour où il viendrait à être saisi de l'affaire, s'il ne doit pas se récuser. Des propos de ce genre signifient que l'interlocuteur s'attend à une certaine bienveillance de sa part. Le juge doit s'élever sans ambiguïté contre une telle attitude.

La loi devrait prévoir expressément l'interdiction du «préavis». Cette interdiction vise le juge au premier chef. Mais elle concerne également les parties. Tout «préavis» est incompatible avec les exigences de l'égalité des parties et du droit d'être entendu. L'interdiction doit aussi s'adresser aux tiers qui, forts de la considération dont ils jouissent ou croient bénéficier, tenteraient d'influencer le juge en faveur d'une partie. A leur égard le juge ne saurait laisser subsister le moindre malentendu. Il conviendrait d'admettre que le «préavis» constitue une cause de récusation facultative, de même qu'un motif de plainte à l'autorité de surveillance.

3. La plupart des lois de procédure distinguent entre la récusation obligatoire et la récusation facultative. Cette dis-

tinction présente un grand intérêt en pratique, car les causes de récusation facultative doivent être invoquées avant que le jugement ne soit prononcé, tandis que les causes de récusation obligatoire peuvent encore l'être dans un recours dirigé contre le jugement (cf. LEUCH, n.2 ad art.10 CPC bernois). Elle implique une classification des causes de récusation, qui est établie en fonction de l'importance qu'elles ont par rapport à l'indépendance du juge.

4. Les textes que nous prenons en considération règlent la récusation de la façon suivante:

Selon l'art. 22 al. 1 OJ, les juges ou suppléants du Tribunal fédéral doivent se récuser:

«a) Dans une affaire intéressant directement leur personne, leur femme, leurs parents ou alliés «en ligne directe, ou jusqu'au quatrième degré inclusivement en ligne collatérale», le mari de la sœur ou la femme du frère de leur femme, des personnes dont ils sont tuteurs ou curateurs ou auxquelles ils sont liés par adoption;

b) Dans une affaire en laquelle ils ont agi précédemment à un autre titre, soit comme membres d'une autorité administrative ou judiciaire, soit comme fonctionnaires judiciaires, soit comme conseils, mandataires ou avocats d'une partie, soit comme experts ou témoins;

c) Dans une affaire où leur canton ou leur commune d'origine est partie ou peut être l'objet d'un recours en garantie».

L'art. 22 al. 2 OJ traite des relations du juge avec l'avocat d'une partie. S'ils sont parents ou alliés en ligne directe, ou jusqu'au deuxième degré en ligne collatérale, le juge doit se récuser.

L'art. 22 OJ, qui s'applique également aux affaires dont le Tribunal fédéral connaît en instance unique, pourrait être repris sans plus dans une procédure unifiée, à l'exception toutefois de la lettre c de son premier alinéa.

Les chiffres 1 à 3 de l'art. 10 CPC bernois ne visent pas les causes de récusation obligatoire proprement dite. Selon ces dispositions, le juge ne peut prendre part à l'instruction

d'une affaire si l'une des qualités légales pour exercer son office lui manque, s'il n'a pas les qualités nécessaires au raisonnement et au libre arbitre ou s'il est privé de la vue ou de l'ouïe. Il s'agit là de conditions d'aptitude que le juge doit remplir pour exercer son office et non de causes de récusations obligatoires qui peuvent se présenter dans une affaire dont il est saisi. Ces dispositions ne font pas partie d'une réglementation relative à la récusation obligatoire. Il en va différemment de l'art. 10 ch.4 CPC bernois qui prévoit que le juge ne peut prendre part à l'instruction et au jugement d'un procès s'il a un intérêt direct à l'issue du litige.

Le nouveau Code de procédure civile vaudois énonce les causes de récusation tant obligatoire que facultative dans un seul article, l'art. 42, dont le deuxième alinéa dispose : «Il n'est tenu compte que des motifs importants tels que la parenté, l'alliance, l'intérêt matériel ou moral au procès».

Le § 112 Pr. LOJ zurichoise énumère des causes de récusation obligatoire semblables à celles de la loi fédérale d'organisation judiciaire. Son chiffre 4 en ajoute une autre qui est réalisée «lorsqu'en raison d'un procès, le juge accepte un don d'une partie ou d'un tiers ou se fait promettre quelque autre avantage auquel il n'a pas droit». Le § 113 ch.5 de la loi actuelle, qui interdit au juge de conférer du procès avec une partie, n'a pas été repris. A ce sujet, l'exposé des motifs précise qu'il serait excessif de voir une cause de récusation obligatoire dans toute rencontre du juge avec une partie, en dehors des formes prévues par la loi. Nous sommes d'avis que le § 112 ch.4 du projet est superflu. Lorsque le juge a accepté un don ou a sollicité quelque autre avantage indu, le droit pénal s'applique et le jugement prononcé peut être attaqué par la voie de la révision. D'autre part il convient de traiter au moins comme une cause de récusation facultative le cas du juge qui s'entretient du litige avec une partie en dehors des formes prescrites par la loi. De tels entretiens violent les garanties les plus élémentaires de la procédure. Ils correspondent à une véritable consultation. Ce faisant, le juge prend position d'une manière ou

d'une autre sans entendre l'autre partie. On est alors en droit de supposer et même de prétendre qu'il est partial. Il est préférable, et cela répond mieux à son état, de ne pas envisager qu'il puisse être corrompu et de maintenir l'interdiction du «préavis» avec toutes les conséquences qui en résultent.

5. L'art.23 OJ détermine les causes de récusation facultative. Il prévoit que les juges peuvent être récusés:

- «a) Dans l'affaire d'une personne morale dont ils font partie;
- b) S'ils se trouvent avec l'une des parties en cause dans un rapport d'amitié étroite ou d'inimitié personnelle, d'obligation ou de dépendance particulière;
- c) S'il existe des circonstances de nature à leur donner l'apparence de prévention dans le procès.»

La lettre c de cette disposition constitue une «clausula generalis». Les causes de récusation facultative décrites à l'art.11 ch.1 à 4 CPC bernois correspondent à celles que la loi fédérale d'organisation judiciaire et le projet zurichois rangent plus justement parmi les causes de récusation obligatoire. En revanche l'art.11 ch.5 CPC bernois, aux termes duquel un membre de l'ordre judiciaire peut être récusé s'il existe des faits de nature à lui donner l'apparence de prévention en faveur de l'une des parties et à faire naître le doute sur son impartialité, vise une cause de récusation facultative.

A l'exception du § 113 ch.2, le projet zurichois d'une loi d'organisation judiciaire règle les causes de récusation facultative de la même manière que l'art.23 OJ (cf. § 117 dudit projet).

Nous arrivons à la conclusion que, sous réserve de l'art.22 al.1 litt.c OJ, les causes de récusation instituées par la loi fédérale d'organisation judiciaire pourraient être reprises dans une loi de procédure unifiée. Il y aurait ainsi concordeance entre la procédure unifiée et le droit fédéral actuellement en vigueur. Il convient d'aboutir à un tel résultat

chaque fois que cela est possible. Seules les causes de récusation facultative devraient être complétées, afin que le juge qui confère du litige avec une partie puisse être récusé.

6. Le juge doit demander son dépôt dès qu'il se trouve dans un cas de récusation obligatoire. S'il sent son impartialité compromise ou tient une demande de récusation pour justifiée, il doit le déclarer. De son côté, la partie qui entend user de son droit de récusation doit l'exercer sans tarder. Si sa demande est écartée, les frais de procédure peuvent être mis partiellement ou totalement à sa charge. Sinon, l'Etat les supporte.

L'expérience enseigne que les demandes de récusation émanent fréquemment de personnes atteintes de manie processive. La mise des frais à la charge du requérant est un moyen de lutter contre le dépôt de nouvelles demandes de récusation qui sont démunies de tout fondement. Les demandes qui tendent en définitive à la récusation de toutes les autorités judiciaires d'un canton sont manifestement abusives. Leur auteur devrait pouvoir être réprimandé. Il conviendrait de ne pas recevoir les demandes de récusation qui sont réitérées.

Dans la perspective qui est ici envisagée, la législation cantonale désignerait l'autorité appelée à statuer sur les demandes de récusation. Il serait souhaitable qu'une instance cantonale unique remplisse cette fonction. On éviterait ainsi toute voie de recours dans laquelle le plaideur, atteint de manie processive, s'engage volontiers à des fins dilatoires.

III.

La plainte contre le juge

L'indépendance et les pouvoirs attribués au juge étant considérables, la loi doit veiller à la protection des personnes qui participent au procès. La plainte contre le juge y pourvoit. Elle permet aux parties comme aux tiers (les témoins, par

exemple) de saisir l'autorité de surveillance lorsque le juge use de procédés inconvenants à leur égard (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, p.555; art.374 ch.4 CPC bernois). Comme le juge est chargé de la direction du procès, la voie de la plainte est ouverte s'il refuse d'accomplir ou tarde indûment un acte que la loi ordonne, en particulier, lorsqu'il suspend le procès de façon injustifiée (cf. art.374 ch.1 et 2 CPC bernois). Autrement dit, la plainte est recevable pour déni de justice et retard non justifié (cf. § 128 Pr. LOJ zurichoise; GULDENER, op.cit., p.555). Elle l'est aussi contre un membre de l'ordre judiciaire qui abuse du pouvoir de sa charge en accomplissant un acte que la loi ne lui donne pas le droit de faire (cf. art.374 ch.3 CPC bernois) ainsi que contre «toute autre violation du devoir de fonction» (cf. § 128 Pr. LOJ zurichoise).

La plainte n'est pas une voie de recours. Elle ne peut être dirigée contre un jugement. Celui-ci ne fait pas partie des actes que le juge accomplirait en abusant du pouvoir que lui confère sa charge (cf. LEUCH, n.4 ad art.374, n.3 ad art.378 CPC bernois).

Les plaintes ont pour effet, le cas échéant, de retarder le cours de la procédure. Elles sont déposées parfois uniquement dans ce but. Aussi convient-il de soumettre le droit de porter plainte à un délai aussi bref que possible. Il est de dix jours en droit bernois et selon le projet zurichois. Comme il s'agit d'un domaine touchant à la surveillance de leurs autorités, les cantons resteront compétents pour désigner celle qui doit connaître de la plainte et pour prévoir éventuellement une voie de recours qu'il serait toutefois préférable de ne pas instituer. L'autorité prendra, en vertu de son pouvoir de surveillance, les mesures qui s'imposent (cf. également § 128 al.2 Pr. LOJ zurichoise). Le droit cantonal pourra aussi régler la question des sanctions disciplinaires, qui se rattachent au statut du fonctionnaire.

Outre qu'il peut être attaqué par la voie de la plainte, le juge est aussi responsable du dommage qu'il cause par sa faute dans l'exercice de ses fonctions. La législation fédérale

ou cantonale peut déroger aux art. 41 ss. CO en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics, dont le juge, pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge (cf. art. 61 CO: Responsabilité des fonctionnaires et employés publics). Après l'unification de la procédure, le juge demeurera un fonctionnaire cantonal. Aussi les cantons resteront-ils compétents pour légiférer sur sa responsabilité et prévoir, par exemple, la responsabilité primaire de l'Etat avec ou sans droit de recours de celui-ci contre le juge.

IV.

Les parties au procès et la participation de tiers au procès

1. La capacité d'être partie, la capacité d'ester en justice, l'intervention et la substitution des parties sont des questions entièrement dominées par le droit matériel. Elles sont réglées de façon exhaustive dans le projet SCHWARTZ (cf. art. 25 à 31 dudit projet). Le point de savoir si, comme M. BALMER l'affirme à la page 344 de son exposé des motifs, les cantons sont en droit de prévoir des dispositions complémentaires sur l'intervention accessoire en vue de la protection de prétentions relevant du droit matériel, peut demeurer indécis pour l'instant, car il est d'importance secondaire.

2. Nous sommes d'avis qu'une telle réserve en faveur du droit cantonal ne saurait concerner l'intervention des autorités et des fonctionnaires. Ainsi l'autorité tutélaire agit en vertu des règles du droit matériel quand elle requiert la déchéance de la puissance paternelle (art. 283 et 285 CC), quand elle introduit une procédure en interdiction (art. 361 et 368 CC) ou quand elle donne son consentement à certains actes de procédure intéressant le pupille. Ce faisant, elle n'acquiert pas la qualité de partie principale ou auxiliaire. Elle accomplit des actes dictés par le droit matériel, qui, comme tels, ne relèvent pas de la procédure.

3. La participation éventuelle du ministère public dans le procès civil, qui devrait être réglée par le droit cantonal, peut être envisagée de différentes façons. Ainsi le Conseil d'Etat a la faculté de désigner le procureur général comme représentant de l'autorité compétente chargée d'ouvrir une action dans l'intérêt public. Citons, dans cet ordre d'idées, l'opposition au mariage et la demande en interdiction de mariage (art. 109 et 111 CC), l'action en nullité d'un mariage (art. 121 CC), l'action en désaveu (art. 256 al. 2 CC), l'action dirigée contre la reconnaissance d'un enfant (art. 306 CC), l'action en dissolution d'une association ou d'une fondation dont le but est devenu illicite ou contraire aux mœurs (art. 78 et 88 al. 2 CC) et l'action en exécution, après le décès du donneur, d'une charge imposée dans l'intérêt public (art. 246 al. 2 CO).

Dans d'autres cas, le ministère public intervient de son propre chef, notamment dans les contestations touchant l'état des personnes, ainsi que dans les actions en divorce ou en séparation de corps lorsque l'une des parties est étrangère. Pour ces procès, le droit bernois prévoit qu'un double de la demande est notifié au ministère public et que le juge peut ordonner la participation de ce dernier à l'instance (art. 54 et 55 CPC bernois). LEUCH note à ce propos: «La participation du ministère public dans un procès civil en vue de la sauvegarde de l'intérêt public se justifiait sous l'empire du principe de l'autonomie des parties qui ne permettait pas au juge de veiller d'office à la défense de l'intérêt public. Actuellement, le juge a l'obligation et il est en mesure, par les moyens dont il dispose, de tenir compte de l'intérêt public. Aussi l'institution a-t-elle perdu sa signification... On comprend dès lors que l'intervention du ministère public n'ait pour ainsi dire jamais lieu dans la pratique» (LEUCH, n. 1 ad art. 53 CPC bernois).

4. L'art. 78 al. 1 nouv. CPC vaudois dispose: «Outre les cas prévus par la loi où il agit comme demandeur, le ministère public peut intervenir dans les procès où l'ordre public est

intéressé, notamment dans les procès d'état civil». L'institution est donc maintenue.

La réglementation de l'intervention en vue de la sauvegarde de l'intérêt public demeurera l'affaire des cantons. Il va de soi que le ministère public peut utiliser les voies de recours prévues par la procédure. Du point de vue du droit fédéral, il n'y a aucune raison, à notre avis, d'imposer aux cantons certaines prescriptions sur l'intervention du ministère public et ses modalités.

V.

La représentation des parties en justice

1. L'art. 32 al. 1 du projet SCHWARTZ à la teneur suivante : «Sous réserve de l'article 5 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, la représentation des parties au procès est régie par le droit cantonal».

L'art. 33 Cst. dispose : «Les cantons peuvent exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales. La législation fédérale pourvoit à ce que ces derniers puissent obtenir à cet effet des actes de capacité valables dans toute la Confédération».

Jusqu'à ce jour, la Confédération n'a pas édicté de loi sur la profession d'avocat. Vu l'évolution survenue dans l'unification du droit, l'art. 33 al. 2 Cst., qui est en vigueur depuis près de cent ans, présente cependant un intérêt toujours plus actuel. Mais l'absence d'une telle loi n'entraîne pas trop d'inconvénients car, aussi longtemps qu'elle n'est pas promulguée, les personnes qui ont obtenu un certificat de capacité d'avocat d'un canton ou d'une autorité concordataire représentant plusieurs cantons peuvent exercer leur profession sur tout le territoire de la Confédération, en vertu de l'art. 5 disp. trans. Cst.

Grâce à cette disposition, un grand nombre d'avocats possèdent actuellement l'autorisation de pratiquer dans un can-

ton autre que celui où ils ont obtenu leur brevet. Ainsi, d'après la liste des avocats établie par la Cour suprême du canton de Berne, les avocats «de l'extérieur» admis à pratiquer dans ce canton (on en compte 587) sont presque deux fois plus nombreux que les avocats porteurs d'une patente bernoise qui y exercent leur profession. Cela est vraisemblablement dû au fait que la procédure bernoise est simple et dépourvue d'embûches. Il faut bien reconnaître que les avocats «de l'extérieur» l'assimilent assez rapidement. Dans le canton de Zurich, la situation est semblable, ainsi que cela ressort du rapport de gestion du Tribunal supérieur zurichois au Grand Conseil.

2. La procédure unifiée permettra à l'avocat de mener avec plus d'aisance un procès au-delà des limites du territoire cantonal. Comme le demandeur doit souvent introduire action dans un canton voisin (cf. art. 59 Cst.), on assiste aujourd'hui, plus que cela n'est souhaitable, à des substitutions de mandataire entraînant une perte de temps et d'argent pour le plaideur. De nos jours, le recrutement de jeunes juristes au sein du barreau ou de la magistrature se fait difficilement. Il n'est dès lors guère compréhensible que l'on craigne une concurrence de la part d'avocats installés dans d'autres cantons. En outre, l'activité de l'avocat consiste essentiellement dans l'application du droit fédéral et non du droit cantonal. Rares sont les avocats qui se spécialisent en droit fiscal cantonal ou dans le droit des constructions. Certains obstacles subsisteront à cause de la diversité des langues. On aurait tort de sousestimer leur importance. L'avocat qui est parvenu à rédiger un mémoire dans une langue qu'il ne maîtrise pas affrontera pour cette raison d'autres difficultés au cours de la procédure.

En vertu de la Constitution fédérale, le certificat de capacité obtenu selon la législation d'un canton doit être reconnu dans tous les autres cantons (cf. BURCKHARDT, p. 824 ss.). Les cantons règlent eux-mêmes les conditions auxquelles la profession d'avocat est soumise. Dans ce domaine l'unifica-

tion n'est pas possible sans une modification préalable de l'art.33 Cst. Cette modification n'apparaît pas nécessaire.

3. Devant le Tribunal fédéral, les parties peuvent poursuivre elles-mêmes leur procès ou se faire représenter par un mandataire qui possède une des qualités énoncées à l'art.29 al.2 OJ (cf. art.40 OJ et 18 al.1 PCF). L'obligation pour une partie de constituer un avocat pour soutenir sa cause (*Anwaltszwang*) n'existe pas. Cette conception est communément admise en Suisse. L'art.29 al.5 OJ limite toutefois le droit de procéder soi-même (*Postulationsfähigkeit*). Il dispose: «Lorsqu'une partie est manifestement hors d'état de procéder elle-même, le tribunal peut l'inviter à commettre un mandataire. Si elle ne donne pas suite à cette invitation dans le délai qui lui est imparti, il lui en désigne un et met les frais à sa charge.»

Il est évident que cette disposition ne concerne pas la désignation d'un défenseur d'office en matière d'assistance judiciaire.

Dans son commentaire, M. BIRCHMEIER précise uniquement que l'art.29 al.5 OJ s'applique par analogie à la partie empêchée de procéder elle-même; qu'en outre le tribunal ne peut assortir son injonction d'autres mesures, telles que la radiation de la cause ou une amende d'ordre (BIRCHMEIER, *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege*, n.8 ad art.29 OJ).

Il convient de se demander dans quelles circonstances le Tribunal fédéral peut être amené à désigner d'office un avocat à une partie. Il arrive qu'un plaideur recourt au Tribunal fédéral en rédigeant lui-même son mémoire. L'acte de recours dont les motifs ne sont pas conformes aux règles de l'art.55 al.1 OJ peut être renvoyé à la partie, qui est invitée à le corriger, à défaut de quoi le recours est irrecevable (art.55 al.2 OJ). L'absence de motifs entraîne l'irrecevabilité du recours (BIRCHMEIER, op.cit. n.11 ad art.55 OJ, p.591; RO 71 II 35). L'art.29 al.5 OJ sera éventuellement appliqué en cas de renvoi. Selon l'art.27 al.1 PCF, le juge délégué attire

l'attention du demandeur sur le fait que sa demande est irrecevable pour vice de forme. A cette occasion également, le plaideur pourra être invité à commettre un mandataire. Force est d'admettre que l'art. 29 al. 5 OJ est rarement appliqué.

Une règle semblable existe dans plusieurs cantons. Ceux de Bâle-Ville, du Valais et de Neuchâtel considèrent comme défaillante la partie qui ne choisit pas un mandataire malgré l'injonction qui lui est adressée (cf. GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, p. 119, n. 32 al. 1). Dans les cantons de Zurich, Schwyz, Schaffhouse, Appenzell Rhodes-Intérieures et Saint-Gall, la partie n'encourt pas les conséquences du défaut, mais conserve le droit de poursuivre elle-même son procès et s'expose uniquement au risque de le perdre en raison de la déficience de ses moyens (cf. GULDENER, eodem loco, n. 32 al. 2). D'après les codes des cantons de Schaffhouse, d'Appenzell Rhodes-Intérieures et de Saint-Gall, lorsqu'une partie est incapable de procéder et refuse de se faire assister d'un mandataire, le tribunal lui désigne un avocat dont elle supporte les honoraires (cf. GULDENER, eodem loco, n. 32 al. 3).

S'il y a doute sur l'état mental de la partie, l'autorité tutélaire doit être avisée (cf. GULDENER, eodem loco, n. 32 al. 4).

Le projet SCHWARTZ ne contient pas une disposition analogue à celle de l'art. 29 al. 5 OJ.

En vertu du § 27 al. 2 Pr. CPC zurichois, le tribunal peut désigner un mandataire à la partie qui est manifestement incapable de mener elle-même son procès et qui refuse de constituer avocat. Il s'adresse à l'autorité tutélaire, lorsque l'intervention de celle-ci lui paraît indiquée.

Cette seconde règle est déjà énoncée par le droit matériel (cf. art. 368 al. 2 CC).

En prévoyant la désignation d'un avocat d'office, le projet zurichois va au-delà de la réglementation actuelle. Selon l'exposé des motifs (p. 21), ce nouveau moyen permettra de mieux protéger la partie qui est incapable de procéder elle-

même, en ce sens qu'il la préservera de l'aspect infamant que les mesures tutélaires renferment aux yeux du profane. Quelles catégories de plaideurs la nouvelle disposition contenue au § 27 al. 2 Pr. CPC zurichois peut-elle viser ? Est-elle destinée à assurer, au premier chef, un déroulement normal de l'instance ? Comment sera-t-elle appliquée à l'égard de personnes atteintes de manie processive ?

La capacité d'ester en justice est une condition de recevabilité. Comme telle, elle peut être examinée à tout stade de la procédure. Celui qui est incapable de discernement ne possède pas la capacité d'ester en justice. Le juge qui éprouve des doutes sérieux sur la capacité de discernement d'une partie doit signaler le cas à l'autorité tutélaire pour que celle-ci prenne, s'il y a lieu, une décision en conformité des art. 386 ou 395 al. 1 ch. 1 CC.

Le nouveau Code de procédure civile vaudois ne limite pas le droit de procéder soi-même. Il dispose avec justesse, à l'art. 62:

«Quiconque a l'exercice des droits civils peut agir en personne ou par mandataire.

Les incapables agissent par l'intermédiaire ou avec le concours de leur représentant légal, conformément à la loi civile.»

Le droit civil pourvoit à ce que la partie privée de l'exercice des droits civils, respectivement de la capacité d'ester en justice, puisse néanmoins engager ou poursuivre un procès. Il n'est dès lors pas nécessaire de créer à cet effet une institution spéciale qui ressortit à la procédure et influe sur le droit civil, d'autant moins que c'est en règle générale le droit civil qui a des incidences sur la procédure. D'autre part, l'étendue des pouvoirs de l'avocat commis d'office demeure indéterminée. Dans le projet zurichois, la tâche qui lui est dévolue n'est pas suffisamment précisée, malgré la modification de la loi sur le barreau⁶.

⁶ Gesetz über den Rechtsanwaltsberuf, § 9 al. in fine.

Bien qu'elle soit prévue à l'art. 29 al.5 OJ et par plusieurs lois cantonales, cette institution ne devrait pas être reprise dans un code de procédure civile suisse.

VI.

Frais judiciaires et dépens

1. Les frais judiciaires.

Les émoluments de justice sont des émoluments proprement dits, au sens du droit fiscal, que doit payer le bénéficiaire d'une prestation fournie par l'autorité publique. Les autorités administratives, de même que les tribunaux, prélevent des émoluments sur leurs actes, à moins que ces derniers en soient exemptés par une disposition légale particulière (cf. art. 22 de la loi bernoise sur la compensation financière, du 8 octobre 1968).

Les débours comprennent les frais de l'administration des preuves, les indemnités payées aux experts et aux témoins, les frais de déplacement, de téléphone, de port, etc.

La condamnation au paiement des frais judiciaires (émoluments et débours) est prononcée dans le jugement final. Elle fait l'objet d'une décision spéciale si le procès se termine sans jugement.

En règle générale, les frais judiciaires sont supportés par la partie qui succombe. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge les répartit proportionnellement entre elles selon son pouvoir d'appréciation. Les frais qu'une partie occasionne par des longueurs inutiles sont mis à sa charge. Une répartition des frais est possible lorsque la partie qui a succombé pouvait de bonne foi se croire fondée à poursuivre le procès.

En droit bernois, le juge peut compenser les frais dans les contestations entre époux, entre parents et alliés de la ligne ascendante ou descendante, entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins et leurs conjoints, ainsi que dans les contestations dérivant du droit de succession ou du droit de

famille (art. 58 CPC bernois). Il ne dispose pas d'une telle faculté dans d'autres contestations (LEUCH, n.2 ad art. 58 CPC bernois).

L'art. 92 nouv. CPC vaudois ne s'écarte pas des règles usuelles en la matière.

En vertu des § 262ss. Pr. LOJ et 59 Pr. CPC zurichois, le juge peut déroger à la règle générale selon laquelle les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe ou répartis entre les plaideurs si aucun d'eux n'a entièrement gain de cause, notamment lorsque la partie qui a succombé pouvait de bonne foi se croire fondée à poursuivre le procès ou lorsque le demandeur n'était pas en mesure d'évaluer exactement sa prétention et que celle-ci a été reconnue fondée dans son principe. Il s'ensuit que le juge peut également déroger à la règle générale pour d'autres motifs.

Des tarifs déterminent le montant des émoluments de justice selon l'importance du litige ou d'autres critères.

Le § 60 al.2 Pr. CPC zurichois contient une disposition qui mérite d'être signalée. Il prévoit que, sauf convention contraire, chaque partie supporte la moitié des frais en cas de transaction.

2. L'avance des frais judiciaires.

Selon l'art. 150 OJ, quiconque saisit le Tribunal fédéral est tenu, par ordre du président, de fournir des sûretés en garantie des frais judiciaires présumés. Cette disposition s'applique également aux causes dont le Tribunal fédéral connaît comme juridiction unique (cf. art. 1 al.2 PCF).

L'art. 57 al.2 CPC bernois et l'art. 90 nouv. CPC vaudois exigent des avances en garantie des frais judiciaires de la part des deux parties.

De telles avances ne sont point demandées dans le canton de Zurich où les frais judiciaires sont réclamés à l'issue de la procédure (cf. Exposé des motifs Pr. CPC, p.31). Toutefois, si certaines circonstances font sérieusement douter de la possibilité de les recouvrer, des avances, désignées par le terme de «cautions» (Kautionsen), sont requises.

En règle générale, chaque partie doit faire l'avance des débours occasionnés en cours d'instance par l'administration des preuves et ses réquisitions.

La règle qui contraint les deux parties à verser, dès le début de l'instance, des avances dont le montant excède celui des débours présumés est discutable.

Celui qui est actionné devant un tribunal bernois réalise, généralement, qu'il est impliqué dans un procès, lorsque le juge l'invite à effectuer une avance pour couvrir les frais judiciaires, en attirant son attention sur les conséquences que la loi attache au défaut de ce versement. C'est à ce moment-là, bien souvent, qu'il décide de consulter un avocat et commence à songer à la position qu'il adoptera. Si le défendeur admet volontiers qu'il lui incombe de se déterminer sur les prétentions de son adversaire, le fait que le tribunal exige une avance de sa part ne manque pas de le surprendre. Il n'est certes pas sans savoir que les frais seront mis à sa charge si le demandeur obtient l'adjudication de ses conclusions. Mais il ne comprend pas pourquoi il doit fournir une avance, tant qu'il n'est pas condamné. En revanche, il estime normal que le demandeur y soit tenu, puisque c'est lui qui met l'appareil judiciaire en marche. L'obligation imposée aux deux parties d'effectuer une avance sauvegarde, il est vrai, les intérêts de l'Etat. Par ce moyen et bien que les parties ne répondent pas solidairement du paiement des frais judiciaires, l'Etat élimine le risque de ne pouvoir les recouvrer, puisqu'ils sont garantis, partiellement tout au moins, par les avances fournies, et cela indépendamment de l'issue du procès.

D'après la loi fédérale d'organisation judiciaire, les frais sont avancés par celui qui saisit le tribunal, tandis que chaque partie avance les débours occasionnés par ses réquisitions. Ce système nous paraît adéquat. Le juge devrait, en outre, avoir la faculté de demander une avance en garantie des frais judiciaires au défendeur qui dépose une demande reconventionnelle ou soulève l'exception de compensation. Dans ces

cas, en effet, le tribunal est amené à examiner le bien-fondé d'autres réclamations et le procès se complique.

L'omission de l'avance des frais judiciaires est aussi plus facile à régler lorsque seul le demandeur y est soumis. Cette question touche à l'institution du défaut que nous traiterons à un autre endroit (cf. ci-dessous, p. 220).

3. Les dépens.

En règle générale, la partie qui succombe est tenue de rembourser à celle qui obtient gain de cause tous les frais indispensables occasionnés par le litige (art. 159 OJ, 58 CPC bernois, 92 nouv. CPC vaudois et § 63 Pr. CPC zurichois).

Il faut également tenir compte d'une façon équitable de la perte de temps subie par la partie qui obtient gain de cause.

Sauf convention contraire des parties, aucune d'elles n'a droit à une indemnité pour les frais du procès en cas de transaction. Mais les parties qui transigent peuvent convenir de laisser au tribunal le soin de statuer sur le sort des frais judiciaires et l'attribution de dépens. Cette pratique est courante dans certains cantons. Pour rendre sa décision, le tribunal peut alors prendre en considération la transaction qui a été passée.

VII.

L'assistance judiciaire

Le droit à l'assistance judiciaire est garanti par l'art. 4 Cst. Il va de soi que les conditions de son exercice devront être réglées par la loi qui unifiera la procédure. Les cantons continueront, comme par le passé, à supporter les frais résultant de l'assistance judiciaire. Il leur appartiendra également de déterminer la rétribution du défenseur d'office.

La notion de l'état d'indigence ressortit au droit fédéral. C'est aussi d'après le droit fédéral que l'on apprécie les chances de succès des prétentions du requérant. La question de savoir si les personnes morales et les communautés de

personnes doivent bénéficier de l'assistance judiciaire de meura ouverte. En ce qui concerne les communautés de personnes, la jurisprudence bernoise examine si ses membres sont dans le besoin. Elle accorde l'assistance judiciaire, partielle ou totale, lorsqu'aucun d'eux n'est en mesure de faire l'avance des frais.

C'est là l'essentiel de ce que l'on peut dire au sujet de l'assistance judiciaire. Notons encore qu'en procédure, les parties doivent être maintenues sur un pied d'égalité, sans égard à leurs ressources.

VIII.

Des délais et de la notification, ainsi que de la valeur litigieuse

Il s'agit là de questions purement pratiques. Il n'y a pas lieu, dans une procédure unifiée, de régler les délais et la notification autrement que ne le fait l'OJ.

Il en va de même pour la fixation de la valeur litigieuse, laquelle détermine souvent la compétence *ratione materiae*, dans les litiges patrimoniaux, aussi bien selon l'OJ que selon les lois cantonales.

L'art.51 OJ, qui soumet la procédure cantonale à certaines exigences en vue du recours au Tribunal fédéral, oblige le juge, par la lettre a de son chiffre premier, à constater, dans sa décision, sauf difficultés sérieuses, si la valeur litigieuse atteint 15 000 fr. ou au moins 8 000 fr. L'art.36 OJ indique comment, en droit fédéral, on calcule la valeur de l'objet litigieux. Ces dispositions sont, dans une large mesure, les mêmes que celles du droit cantonal. Pour l'unification de la procédure, il est ici encore opportun et utile de se conformer aux règles du droit fédéral, c'est-à-dire d'adopter celles-ci. Sans doute faut-il admettre, à la forme, qu'il s'agit tout d'abord de règles qui jouent un rôle pour la détermination de la compétence *ratione materiae* dans les cantons et que cette compétence relève exclusivement du droit canto-

nal. Mais ce serait un non-sens que de calculer la valeur litigieuse autrement pour le domaine réservé aux cantons que pour le domaine fédéral, c'est-à-dire pour la recevabilité du recours au Tribunal fédéral.

IX.

Les principes généraux de la procédure

A. Le droit de libre disposition

1. Toute procédure tend au prononcé d'un jugement sur le fond du litige. La transaction est assimilable au jugement. Il arrive que l'on ne parvienne pas au but; ainsi lorsque la procédure échoue, les conditions de recevabilité n'étant pas remplies, de sorte que le juge se borne à prononcer une sentence par laquelle il refuse d'entrer en matière.

C'est *par étapes* que l'on parvient au but de la procédure. Ces étapes sont d'une importance particulière, parce que chacune n'est que le préliminaire de la suivante et que, lorsqu'on a passé de l'une à l'autre, un retour en arrière est tout au moins lié à certaines complications. Dans la doctrine allemande, on spécifie ces étapes comme des «*Rechtslagen*» (des états de l'action; ROSENBERG, «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», IV^e éd., p. 10). Mais en Allemagne le terme n'a pas une acceptation uniforme. Ainsi BLOMEYER (*Zivilprozessrecht*, p. 61), se référant à GOLDSCHMIDT, y voit l'état du droit au fond, de la prétention, qui, au cours du procès, évolue à partir d'une chance de succès incertaine, lors de l'ouverture d'action, jusqu'au droit tel que le fixe le jugement.

Cependant le terme étape ou étape de la procédure nous en dit objectivement davantage, de sorte que nous n'avons point de raison de reprendre l'autre terme, employé par la doctrine allemande.

2. C'est le *demandeur* qui donne son cours à la procédure; sa volonté détermine ce cours dans une large mesure. La

première responsabilité qu'il assume, c'est de formuler ses conclusions, qui déterminent la compétence *ratione materiae*, il désigne le défendeur, c'est-à-dire la personne contre laquelle les conclusions sont prises et, ce faisant, il fixe dans une large mesure la compétence *ratione loci*. Il choisit la procédure, pour autant que, sur ce point, la loi lui accorde une certaine latitude; il détermine, par ses actes de procédure, le moment où intervient la litispendance et peut ensuite, par une simple déclaration de désistement, mettre fin à tout le processus, ce qui, à la vérité, ne laisse pas d'entraîner, pour lui, certaines conséquences.

On parle, d'une part du pouvoir de disposition des parties, c'est-à-dire du pouvoir issu du droit au fond et qui permet de disposer du rapport de droit sans immixtion d'un tiers, dans les limites fixées par la loi, d'autre part des effets de ce pouvoir dans la procédure. Il est cependant manifeste que c'est tout d'abord le demandeur qui circonscrit la prétention et que cet acte est ou doit être déterminant pour toute la suite de la procédure. C'est seulement si la loi de procédure admet *la modification de la demande* que le demandeur peut changer ses conclusions, c'est-à-dire, les adapter au progrès de la procédure ou (selon BLOMEYER) à l'état de la procédure.

3. Le défendeur peut, le cas échéant, se mettre dans la même situation, d'abord prépondérante, lorsqu'il ne se contente pas de résister à la demande, mais attaque à son tour par une *demande reconventionnelle*.

Sauf ce cas, les conclusions de la réponse n'ont qu'une portée bien moindre. LEUCH (Klageänderung art. 94 ZPO, RJB 55, pp. 193 à 212) se fonde sur la règle – citée – de l'art. 94, qui ne parle que de la modification des conclusions de la demande et de la demande reconventionnelle, mais non pas des conclusions de la réponse; selon lui, cette omission provient de ce que, sauf sur l'avance des frais, les réquisitions formulées dans la réponse ne sont pas des conclusions à proprement parler c'est-à-dire des requêtes autonomes tendant à un jugement – mais uniquement une négation plus ou

moins étendue des conditions (fixées soit par le droit matériel, soit par la loi de procédure) que doit remplir une action pour être admise. LEUCH estime que, conformément aux art. 92 et 93 CPC bernois et dans la mesure où l'on se fonde sur des objections de fait, on peut introduire après coup, puis rectifier encore une négation plus étendue et qu'on le peut même jusqu'au jugement final pour autant que l'on se fonde uniquement sur des arguments de droit. A son avis, lorsqu'on a conclu au déboutement partiel dans la réponse, on peut étendre ces conclusions et requérir le déboutement total; en revanche, on applique par analogie à la question des frais, les règles sur la modification de la demande.

On en inférera que les conclusions de la réponse ne sauraient avoir, en procédure, la même portée que les conclusions de la demande proprement dite. L'acquiescement (passé expédient) partiel dans une action pour laquelle la compétence dépend de la valeur litigieuse n'a donc, par exemple selon la loi bernoise, aucun effet sur la compétence de l'autorité déjà saisie de la cause (art. 143 CPC bernois). Lorsque, dans une action tendant au paiement d'une somme supérieure à 8000 fr. (c'est la Cour d'appel qui sera ici compétente en première instance, parce que la cause peut faire l'objet d'un recours en réforme) un acquiescement (passé expédient) partiel intervient et que, de ce fait, la valeur litigieuse est réduite à moins de 8000 fr., la Cour d'appel demeure néanmoins compétente, bien que, selon les règles sur la compétence, ce soit le président du tribunal qui connaît des causes où la valeur litigieuse n'atteint pas 8000 fr. Inversement, lorsque, par la voie de la modification de la demande, on augmente la valeur litigieuse au-delà du montant qui limite la compétence du juge saisi, on provoque nécessairement une modification de la compétence *ratione materiae* et, par conséquent, un renvoi de la cause au juge désormais compétent (art. 94 CPC bernois).

4. De par leur pouvoir de disposition, qui se manifeste par les conclusions du demandeur, d'une part, par les con-

clusions du défendeur, d'autre part, ainsi que par les motifs invoqués, les parties déterminent l'objet du litige. Elles le font dans la mesure où, de par les règles de fond, elles disposent librement de la réclamation, et de sa reconnaissance. Il n'en va pas ainsi lorsque le litige a pour objectif un divorce, par exemple ; l'art. 158 ch. 3 CC dispose que les déclarations des conjoints, quelles qu'elles soient, ne lient pas le juge, car il n'y a point de divorce par consentement mutuel.

Dans sa demande, le demandeur doit (sauf s'il l'a déjà fait dans la procédure antérieure) formuler ses conclusions de telle manière qu'en cas d'admission totale de la demande on puisse les reprendre comme prononcé (dispositif) du jugement, sans les compléter ni les préciser (GULDENER, Schweiz. Zivilprozessrecht, p. 162 II). Du pouvoir de disposition des parties, notamment du demandeur et du demandeur par re-convention, il suit qu'une modification de la demande sera admissible si l'on veut que la procédure serve à une réalisation du droit aussi parfaite que possible. Enfin ce pouvoir lie le juge, car seules les conclusions que les parties ont prises au cours des débats sont soumises au tribunal. Celui-ci ne saurait allouer à l'une des parties plus ou – sauf si des dispositions spéciales l'y autorisent – autre chose que ce qu'elle a demandé. Cette règle est la manifestation la plus éminente de l'autonomie des parties.

La disposition spéciale de l'art. 30^{bis} de la loi fédérale sur l'assurance maladie et accidents (nouveau texte introduit le 13 mars 1964) prescrit que, dans les litiges civils entre les caisses-maladie et les assurés ou entre les caisses elles-mêmes ou entre les caisses et des tiers, en particulier avec les médecins, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et peut accorder plus que celles-ci n'avaient demandé. Cette règle ne s'entend qu'eu égard au but particulier de la procédure en matière d'assurances sociales. On précise cependant que, de par la disposition précitée, lorsque le juge entend outrepasser les conclusions, il doit, auparavant, donner aux parties l'occasion de se prononcer. Cette règle souligne nettement l'obligation de respecter en toutes choses le droit d'être

entendu. On soutient de moins en moins que le demandeur ne saurait, en modifiant ses conclusions au cours de la procédure, mettre son adversaire, ainsi que le juge, devant une situation inattendue.

Par son art. 26, la loi fédérale de procédure civile admet expressément la modification de la demande : « Le demandeur peut modifier ses conclusions ou en prendre de plus amples, pourvu qu'elles soient en connexion avec la demande primitive. » L'al. 2 de l'art. 26, à la vérité, limite ce droit en ce sens qu'il n'admet l'allégation de faits nouveaux à l'appui des conclusions modifiées que dans les limites de l'art. 19 al. 2 et 3 PCF.

L'art. 94 al. 2 CPC bernois autorise une modification de la demande avec l'assentiment du juge s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne s'ensuive une complication ou un retard notable dans les débats. Ce sont ici des raisons purement pratiques qui sont décisives. De plus, même une modification de la demande sans rapport avec la réclamation primitive est admissible lorsque la partie adverse y consent.

Selon le droit bernois, la modification de la demande est possible jusqu'au jugement final et même, le cas échéant, jusqu'au jugement final en instance supérieure dans la mesure où les parties peuvent encore se prononcer.

Dans le canton de Vaud, l'art. 267 CPC admet une augmentation des conclusions à condition que l'on ne change pas le fondement de la demande initiale. La modification n'est possible que jusqu'à la clôture de l'audience préliminaire visée par les art. 276ss. ou encore dans les dix jours après la communication d'un rapport d'expertise. Cette dernière règle découle du fait qu'une expertise, qui porterait par exemple sur le degré d'invalidité, peut inciter le demandeur à augmenter le montant des dommages intérêts qu'il réclame. On remarquera cependant, à ce sujet, que d'autres raisons essentielles et impératives pourraient aussi entraîner une modification de la demande.

Selon le § 26 de son projet, le canton de Zurich renonce à

interdire la modification de la demande, comme il le faisait précédemment: «Dans un procès pendant et dans les limites de la compétence du tribunal saisi, le demandeur peut prendre d'autres ou plus amples conclusions en tant qu'elles sont, avec les précédentes, dans un rapport étroit.»

A ce sujet l'exposé des motifs s'exprime comme il suit: «D'autre part l'interdiction de la modification de la demande ne se justifie plus. Il est aujourd'hui fréquent et inévitable que l'on commette une erreur en ouvrant action, vu que la prétention se modifie. Le déboutement suivi d'un recomencement du procès est de loin plus désavantageux, pour les parties et le tribunal, du point de vue de la procédure, que la continuation de la procédure sur une base nouvellement aménagée; lorsque la durée du procès est assez longue, l'importance de son objet évolue en tout cas. La modification de la demande, à la vérité, n'est avantageuse, du point de vue de la procédure, que s'il existe un rapport étroit entre les conclusions primitives et les conclusions modifiées; de plus, pour assurer la continuité de la procédure, il faut que la modification de la demande ne modifie pas la compétence *ratione materiae*. Sur ce point, le projet se conforme à l'exemple des nouvelles lois de procédure (Confédération 26 PCF, Berne 94 CPC, Zug 63 CPC, Fribourg 131 CPC, Soleure 144 CPC, Valais 88 CPC).»

La référence au droit bernois peut susciter un malentendu si l'on considère le cas où la modification de la demande ne change pas la compétence *ratione materiae*. La réglementation bernoise, au contraire, n'exclut nullement la modification de la demande lorsqu'il s'ensuit une modification de la compétence *ratione materiae*. Dans ce cas et de par l'art. 94 al.3 CPC bernois l'affaire est renvoyée d'office au juge compétent. La législation bernoise admet donc de la façon la plus large la modification de la demande, et, dans la pratique, il n'en résulte point ou guère de difficultés; en aucun cas, tout au moins, il ne s'ensuit qu'une partie procède mal.

Le changement des conclusions constitue une modifica-

tion de la demande. Mais cette modification peut aussi consister dans le changement des allégations de fait, les conclusions demeurant les mêmes; tel est le cas lorsqu'on remplace l'état de fait primitif par un autre qui justifie également les conclusions (modification du fondement de la demande). Selon le droit bernois, une modification de la demande, lorsqu'elle n'en change pas le fondement, dépend de la seule volonté du demandeur: la modification du fondement de la demande, avec ou sans modification des conclusions, n'est admissible qu'avec l'assentiment de la partie adverse ou avec l'autorisation du juge. Peu importe, du point de vue de la modification de la demande, que le fait sur lequel elle se fonde ait existé avant l'ouverture d'action déjà ou soit survenu postérieurement. Cette institution a précisément pour but de permettre l'adaptation des conclusions à l'état de fait véritable et d'empêcher que l'on ne réserve pour un nouveau procès ce que l'on pourrait, sans difficultés pratiques, liquider dans l'action pendante. Sa réception en droit bernois manifeste de la façon la plus claire que ce droit ne connaît plus le principe qui découle de la litispendance et selon lequel, pour fixer l'état de fait, il faut se reporter au moment de l'ouverture d'action (LEUCH, n. 2 ad art. 94 CPC bernois).

La nouvelle réglementation zurichoise est limitative en ce sens qu'elle n'admet la modification de la demande que dans les limites de la compétence *ratione materiae* du Tribunal saisi. Etant donné qu'en tout cas Zurich n'admet la modification de la demande que lorsque les nouvelles conclusions sont dans une relation étroite avec les anciennes, le principe selon lequel la modification de la demande doit être possible ne se trouve réalisé que dans une faible mesure.

Ce principe tend finalement à empêcher autant que faire se peut que des prétentions qui doivent être élevées ne tombent sous le coup de l'autorité de la chose jugée. Il faudrait par conséquent permettre d'adapter les conclusions à l'évolution des circonstances, de sorte que le juge ait à se prononcer sur les conclusions qui lui sont soumises à la fin de la procédure.

5. Le droit de disposition des parties implique aussi la possibilité de recourir aux voies de droit de toutes sortes, celle de retirer un recours formé, mais aussi celle de convenir que l'on saisira un tribunal arbitral au lieu du juge étatique. Ce droit est ainsi dans un rapport étroit avec le principe de l'autonomie des parties, que la doctrine considère comme une application du droit de disposer de l'instruction (cf. BLOMEYER, p. 69). TROLLER conteste cette opinion («Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus», p. 64). A son avis le droit de disposition des parties n'aurait rien à voir avec la fonction principale du procès: le bien-fondé de la prétention déduite en justice. Il ne permettrait de déterminer que le début et la fin de la procédure (dépôt de la demande, passé expédition en acquittement, transaction, désistement etc.) mais non pas la façon d'agir.

On reprendra cette question à propos du principe de l'autonomie des parties.

Dans un droit de procédure unifiée il est indispensable d'admettre de la façon la plus large une modification de la demande. On ne comprend pas bien pourquoi, sur un territoire aussi exigu que le nôtre, on résout de façons si diverses précisément le problème de la modification de la demande, modification qui est toujours une tentative d'adapter les conclusions au fond de la réclamation, telle qu'on l'élève.

B. *Principe de l'autonomie des parties*

1. On s'est déjà référé à BLOMEYER, selon lequel le principe de l'autonomie des parties découle de leur droit de libre disposition. Effectivement, on ne saurait contester que celui qui veut déduire en justice une prétention contestée est, en lui-même, en droit de disposer de cette prétention. Il peut la faire valoir; il peut laisser l'affaire suivre son cours; il peut, le cas échéant, transiger en quelque façon avec la partie adverse. Mais il appartient à la partie qui élève une prétention d'en établir le bien fondé. Dans la procédure écrite – qui est la seule que nous considérons tout d'abord dans la matière dont nous traitons, le demandeur doit donc, par son

mémoire-demande exposer clairement les faits qui fondent ses conclusions (cf. art. 23 PCF) ou énumérer les faits propres à justifier la demande à la forme et au fond, donnant de ces faits un exposé succinct et clair (art. 157 ch. 4 CPC bernois).

Pour motiver le jugement, on ne peut utiliser que des faits allégués par les parties dans leurs mémoires ou établis au cours des débats (art. 202 al. 2 CPC bernois). C'est là une conséquence du principe de l'autonomie. Selon ce principe il appartient en premier lieu aux parties de procurer la matière du procès. Servent à justifier la demande sur le fond, outre les faits qui fondent un droit ou l'excluent (action négatoire de droit), la qualité pour être demandeur ou défendeur sur le fond, qualité qui, du reste, ressort ordinairement de l'exposé général des faits, en outre la preuve que la prétention est échue. Une demande qui n'est pas du tout motivée (dans la procédure écrite) ne sera pas prise en considération; une demande insuffisamment motivée sera prise en considération sous réserve du droit à la compléter (cf. LEUCH, n. 5 ad art. 161 CPC bernois). De son côté, le défendeur doit déposer la réponse aux allégués de la demande et motiver ses conclusions. Lorsqu'il ne prend pas de conclusions reconventionnelles, sa réponse peut consister dans la contestation des faits qu'allègue la demande et dont découle un droit, dans l'admission de ces faits, auxquels on attribue toutefois une qualification juridique différente (donnée dans l'exposé oral) ou auxquels on oppose des faits qui excluent la formation du droit allégué, ainsi l'incapacité, la violation des règles de la bonne foi, l'erreur; enfin, la réponse peut aussi consister dans la reconnaissance de la prétention élevée par le demandeur, à laquelle on oppose toutefois une autre prétention, par exemple un droit de rétention ou la compensation (cf. LEUCH, n. 6 ad art. 166 CPC bernois).

2. Les parties doivent alléguer les faits à l'appui de la demande, les faits qui excluent la formation du droit ou le rendent caduc, ainsi que les exceptions (Einreden); elles doivent aussi exposer *en une fois* tous leurs moyens d'attaque

et de défense. C'est le fondement du *principe de la simultanéité*, qui constraint à cumuler tous les moyens et exceptions à l'appui de la demande, fussent-ils seulement subsidiaires ou contradictoires. Les lois de procédure ne fixent pas de façon uniforme le moment auquel se réfère le terme «en une fois».

Selon l'art. 19 al.2 PCF, l'état de fait et les moyens de preuve peuvent encore être complétés, soit au cours de l'échange ultérieur d'écritures, s'il y a lieu, soit oralement pendant les débats préparatoires jusqu'au début de l'administration des preuves; ils ne peuvent l'être subséquemment que si le retard est excusable ou si de nouveaux moyens peuvent être pris en considération conformément à l'art. 3, 2^e alinéa, 2^e phrase PCF. Le retard doit donc être excusable. Cependant le juge peut aussi, même sans excuse, admettre des allégations, moyen set conclusions nouveaux.

Selon les art. 92 et 93 CPC bernois, tous les moyens d'attaque ou de défense doivent être contenus dans les mémoires. Cependant les parties sont autorisées à compléter ces moyens jusqu'aux plaidoiries inclusivement. Il s'agit des plaidoiries prononcées à l'ouverture de l'audience principale. A cette occasion, les parties prennent et motivent leurs conclusions. Selon l'art. 92 CPC bernois, elles ont le droit de compléter et de rectifier leurs allégations et leurs moyens de preuve (cf. art. 188 CPC bernois).

L'art. 261 CPC vaudois oblige aussi les parties à articuler en une fois tous leurs moyens d'attaque et de défense. Elles doivent le faire dans leurs mémoires. A l'audience préliminaire déjà (art. 279 CPC vaudois) les nouvelles allégations, exceptions ou offres de preuves sont exclues. L'article dispose: «Aucune des parties ne peut alléguer des faits nouveaux, ni soulever des exceptions nouvelles, ni produire des titres ou moyens de preuve nouveaux. Il n'y a d'exception que s'il apparaît que la partie a été sans sa faute dans l'impossibilité de le faire dans sa dernière écriture ou n'a pas eu de raison de soulever de nouveaux moyens.»

Les moyens nouveaux ne sont donc admissibles que si leur

allégation tardive est excusable. A la p.682 Exp. Vaud, on explique que la procédure vaudoise est dans une contradiction voulue avec les législations les plus récentes, au nombre desquelles on compte le Code de procédure civile bernois (1918!), le Code de procédure civile fribourgeois et la loi de procédure civile fédérale, systèmes qui donnent au juge latitude ou même lui enjoignent de rendre les parties attentives aux lacunes de leurs allégations. Sur ce point, l'exposé vaudois, après avoir constaté la divergence, argumente comme il suit: Les parties ne sauraient en aucune manière se décharger sur le juge de leur responsabilité touchant les motifs à l'appui de leurs conclusions. Le juge n'a pas mission de contrôler si le mémoire d'une partie est complet et l'on n'a pas voulu le charger de cette responsabilité. Une telle extension risquerait de porter atteinte à l'égalité des parties. Dans ce système de l'autonomie des parties, la seule possibilité d'introduire des faits nouveaux dans la procédure, consiste dans la déclaration par laquelle une partie se *réforme*. Il est vrai que la procédure se trouve ainsi allongée, mais il faut s'accommoder de ces inconvénients, eu égard à l'égalité des parties.

Cette institution de la réforme que la procédure civile fédérale a expressément abandonnée se trouve réglée par les art. 153 à 157 CPC vaudois. Ces dispositions permettent notamment à une partie de conclure à la réforme pour corriger ou compléter ses allégations. C'est le juge qui se prononce sur la mesure de la réforme. Dans la même instance, une partie ne peut se réformer plus de deux fois. La partie qui veut recourir à cette voie doit, sur l'ordre du juge, déposer les frais au greffe (v. aussi, à ce sujet, GULDENER, Zivilprozessrecht, p.235, ch.4).

Le Pr. CPC zurichois se contente, dans les § 50 consacrés aux principes généraux de la procédure et au § 111 (titre marginal: Devoir d'alléguer) relatif à la procédure principale, de prescrire que les parties doivent formuler leurs allégations de façon précise et complète.

Le juge fédéral REICHEL, qui avait élaboré l'avant-projet

du Code de procédure civile bernois, y avait abandonné le principe de simultanéité, admis par l'ancien droit. A ce sujet, il s'exprimait comme il suit: «Je pense qu'il faudrait tenter de supprimer ce monstre qu'est le principe de simultanéité et de le supprimer complètement. Le principe fondamental du présent projet est bien plutôt de permettre, à n'importe quel stade de la procédure et jusqu'au jugement, d'alléguer n'importe quel fait et d'offrir n'importe quelle preuve. De plus, en appel aussi, le droit d'introduire des éléments nouveaux est prévu» (REICHEL, Der Entwurf eines ZPO für den Kanton Bern, RJB, t.42, 1906, p.59). Contrairement à l'avis ainsi donné par REICHEL, la procédure bernoise n'a pas abandonné le principe de la simultanéité, mais l'a repris dans la loi nouvelle. Ce principe oblige les parties à procéder de façon rigoureuse. Il est clair que l'on ne saurait s'y tenir absolument (v. ce qu'on a dit plus haut au sujet de la procédure civile bernoise).

C. *L'obligation de dire la vérité*

Aussi bien dans leurs allégations que dans leur audition, les parties sont tenus de dire la vérité. Le juge doit s'en souvenir lorsqu'on en est au stade des allégations, mais aussi, notamment, lorsque les parties sont soumises à l'interrogatoire, qui est un moyen de preuve. Lorsque sa procédure est entachée de mauvaise foi ou de témérité, une partie peut, aussi bien que son représentant, être punie d'une amende d'ordre jusqu'à cent francs (art.31 al.2 OJF). Avant d'interroger les parties, dans la procédure préparatoire, le juge doit les exhorer à dire la vérité (art.62 al.2 PCF).

L'art.42, CPC bernois interdit de déguiser sciemment la vérité, de la nier de propos délibéré et de traîner à dessein la procédure en longueur.

C'est le projet zurichois qui contient la meilleure formule, dans son § 47: «Toutes les personnes qui prennent part au procès doivent agir selon les règles de la bonne foi. Les parties notamment ne doivent pas faire de procès injustes et sont tenues d'user exclusivement de moyens licites dans la pour-

suite de leurs droits. A l'égard du tribunal, elles sont tenues de dire la vérité. Les procédés entachés de mauvaise foi ou de témérité seront punis disciplinairement.»

Cette disposition, à cause de sa clarté, devrait figurer dans une procédure unifiée.

D. *L'office du juge chargé de régir la procédure*

L'activité du juge commence au moment du dépôt du mémoire-demande sauf dans la procédure orale, qui est moins conforme ou assujettie aux principes (v. cf. la section relative à la forme écrite ou orale, p. 225).

1. Dans la procédure moderne c'est tout d'abord la direction formelle de la procédure qui incombe au juge, plus ou moins, cependant, selon les cantons. Le juge, c'est-à-dire le juge chargé de l'instruction lorsqu'il s'agit d'un tribunal constitué en collège, dirige l'échange des mémoires, réponse, réplique, au besoin duplique, fixe les avances pour les frais judiciaires et les preuves, cite aux débats et prend à cet effet, les ordonnances nécessaires (cf. GULDENER, Zivilprozeßrecht, p. 154ss.). C'est à *lui* qu'il incombe tout d'abord de faire avancer la procédure.

2. Le juge peut suspendre un procès. Selon l'art. 6 PCF, il peut le faire pour des raisons d'opportunité notamment lorsque le jugement d'un autre litige peut influencer l'issue du procès.

Le système bernois ne concède point de pouvoir d'appréciation au juge. Sans doute peut-il aussi suspendre le procès lorsque le jugement dépend de l'issue d'un autre litige ou doit en être notablement influencé, de même lorsque, dans un procès distinct, il faut trancher la même question de droit. Mais il n'y a point d'autres causes de suspension. Le juge ne saurait suspendre, pour des raisons d'opportunité quelconques, ou à la demande de l'une des parties (art. 96 CPC bernois).

La loi vaudoise admet la suspension de l'instruction par le juge «en cas de nécessité» (art. 123); elle connaît, de plus,

la suspension par une convention des parties, non soumise à la ratification du juge (cf. art. 125). C'est la commission parlementaire qui a introduit cette règle dans le texte du projet. Le respect de l'autonomie des parties était au nombre de ses principaux soucis, dans toute la mesure où cette autonomie est réalisable en procédure (cf. Vaud, Exp., p. 906). C'est pourquoi le rapporteur de la commission déclare notamment : «Ce qui importe c'est que la partie qui désire faire avancer le procès puisse le faire, mais il n'existe aucune nécessité que le juge puisse contraindre les parties à agir quand elles ne le désirent pas» (op. cit., p. 907). Selon cette procédure cantonale, la plus récente, les parties «ont ce pouvoir de suspendre le procès par convention» et cela pour six mois au moins. Au cours de la seconde lecture du projet, on a encore précisé expressément : «Cette convention peut être renouvelée et répétée» (op. cit., p. 1005).

La loi zurichoise prescrit que le tribunal dirige la procédure (§ 48 Pr. LOJ zurichoise) fait en sorte que l'instance soit rapidement terminée ; elle porte ensuite mais sans autre précision : «La procédure peut être suspendue pour des motifs suffisants» (§ 49 al. 2 Pr. LOJ zurichoise).

La suspension ne devrait être admise que pour des raisons impérieuses : lorsque le sort de la cause dépend d'autres jugements et dans les cas réglés spécialement par la loi, en partie par le Code civil. Tout le reste semble trop indéterminé et par trop dépendant de la personne du juge. La suspension est l'ennemie de la procédure.

3. Dans l'échange des mémoires le juge doit faire preuve de réserve. En matière de procédure civile fédérale, on doit assigner au défendeur un délai pour répondre (art. 28 PCF), de même au défendeur en butte à une demande reconventionnelle, éventuellement aussi un délai pour déposer la réplique en l'absence de demande reconventionnelle et, le cas échéant, un délai pour la duplique (art. 32 PPF).

Selon la loi bernoise, le juge chargé de l'instruction décide déjà si une réponse écrite est inutile ou impossible à obtenir;

dans de tels cas, il ouvre l'instruction préparatoire sans plus d'échange d'écritures ou fixe immédiatement le délai pour les débats. La réponse sera alors donnée oralement à l'audience, éventuellement on prendra, alors aussi, des conclusions reconventionnelles (cf. art. 164 CPC bernois). On ne fixera point de délai pour la réponse lorsque, vu les allégations et les preuves du demandeur (pièces), la prétention apparaît liquide, lorsque, manifestement, seule une question de droit reste à trancher et dans des cas analogues (LEUCH, n. 1 ad art. 164).

La fixation d'un délai pour le dépôt de la réponse est cependant la règle.

L'expérience montre qu'un échange de mémoires au-delà de la demande et de la réponse est de peu d'utilité. Une limitation sur ce point peut permettre d'accélérer la procédure. Dans les affaires simples, on peut ainsi alléger très sensiblement la procédure pour une des parties.

Selon les art. 262 et 270 CPC vaudois, il y a échange de demande et de réponse; c'est seulement à la demande des parties que l'on fixe un délai pour la réplique.

Dans la mesure où elle connaît la procédure écrite, la loi zurichoise prescrit le dépôt d'une réponse lorsque rien ne s'oppose à la recevabilité de la demande. Ensuite, on cite les parties pour répliquer et dupliquer oralement; la procédure écrite peut aussi être ordonnée pour ce faire (§ 127 Pr. CPC zurichois).

On devrait poser en principe que, dans chaque échange d'écritures, on fixe un délai pour la réponse et, s'il y a une demande reconventionnelle, pour une réplique. Pour ne pas mettre une partie qui ne s'en trouve pas capable dans l'obligation d'élaborer une réponse, il faudrait prévoir que le défendeur ou le défendeur sur conclusions reconventionnelles devrait pouvoir, dans un délai plus court que le délai de réponse (par exemple dix jours) déclarer par écrit qu'il renonce à une réponse écrite. Le délai de réponse serait alors censé n'avoir jamais été fixé. On mentionnerait cette possibilité

dans l'ordonnance portant notification de la demande ou de la demande reconventionnelle et l'on expliquerait que la déclaration, une fois donnée, serait irrévocable et que par ailleurs, le délai fixé étant mesuré par la loi, il ne peut être prolongé. Cette façon de procéder se justifierait en tout cas en matière de divorce et dans les autres actions d'état, où l'audition personnelle surtout et, respectivement, l'interrogatoire des parties sont souvent décisifs.

Il faut refuser le droit à la duplique; dans la plupart des cas, cette écriture est inutile.

4. La conduite de la procédure sur le fond.

Le juge fédéral ALEXANDRE REICHEL, créateur de l'avant-projet, d'où est sorti l'actuel Code de procédure civile bernois, a présenté, en automne 1905, un rapport sur ce projet à l'assemblée de l'Association des juristes bernois (RJB t. 42, 1906, pp. 155). Il releva alors que l'on avait surestimé le principe de l'oralité, le considérant comme une panacée aux imperfections de la procédure; que, depuis peu, on attendait beaucoup du pouvoir conféré au juge de diriger la procédure, principe admis dans une large mesure par le Code de procédure civile autrichien de 1895. Sa génération, disait-il, avait été élevée dans «les douces habitudes» du principe de l'autonomie des parties, où le juge, en somme, ne s'occupait pas de diriger la procédure, laquelle appartient aux avocats. A son avis, il fallait faire l'inverse: ce n'était pas aux parties, mais au juge qu'il appartenait de diriger la procédure et de veiller à ce qu'elle parvienne à sa fin normale: le jugement; tout procès était destiné à mourir le plus rapidement possible et la règle d'or de la procédure nouvelle était l'inverse de ce que l'on avait précédemment admis, au temps où le juge n'intervenait d'office que dans la mesure où la loi le lui prescrivait. Aujourd'hui, disait-il, on pouvait lire, au contraire, sous le titre marginal «Devoirs du juge»: «Le juge intervient d'office, sauf si la loi subordonne son intervention à la requête d'une partie» (cf. REICHEL, loc. cit., p. 5 s.).

Ce principe vaut principalement (mais non pas du tout exclusivement) pour la direction formelle du procès. Alors qu'il avait mandat de réviser le Code de procédure civile, le Juge fédéral LEUCH réserva un domaine plus étendu à l'intervention d'office du juge, lui confiant la direction du procès quant au fond; il précisa expressément qu'il s'agissait là d'une restriction essentielle, apportée au principe de l'autonomie des parties et très généralement admise par les nouvelles lois de procédure cantonales et étrangères. Ainsi, disait-il, il appartient toujours et en premier lieu aux parties de fournir la matière même du procès, mais on réservait au juge, qui aspire à la réalisation du droit véritable, la possibilité d'intervenir s'il l'estimait opportun lorsque les parties n'avaient pas, d'elles-mêmes, fait le nécessaire (cf. Message, p. 996 et 997). Aussi bien, l'art. 3 al. 2, 2^e phrase PCF disposait-il: «Toutefois il (c'est-à-dire le juge) doit attirer l'attention des parties sur les lacunes de leurs conclusions et les engager à articuler complètement les faits et les preuves nécessaires à la manifestation de la vérité. A cet effet, il peut, en tout état de cause, interroger les parties personnellement.»

Le devoir du juge de diriger la procédure sur le fond apparaît ainsi comme un complément de celui qui incombe aux parties, en premier lieu touchant l'exposition des faits et l'offre des preuves. Lorsque l'échange des mémoires est clos, le juge doit confronter l'état de fait allégué avec les conséquences juridiques que l'on prétend en tirer, d'une part, et, d'autre part, avec le genre de contestation opposée par le défendeur (la question du fardeau de la preuve et des preuves demeurant réservée provisoirement); de cette confrontation, il doit conclure si l'état de fait allégué justifie vraiment les conséquences que l'on en a tirées en droit. Même s'il n'a aucune indication des parties, le juge doit librement qualifier en droit l'état de fait qui lui est «offert». Aussi bien que le Tribunal fédéral, le juge cantonal doit, d'office, apprécier juridiquement les faits et chercher, pour ce faire, la règle applicable (RO 89 II 337, consid. 2; 91 II 65). Cet examen peut

l'engager, le cas échéant, à faire rectifier ou compléter l'état de fait.

Pour favoriser le prononcé d'une sentence qui corresponde à l'état de fait véritable, le juge n'hésitera pas à prendre en considération des moyens nouveaux et importants (art. 91 CPC bernois et LEUCH n. 4 sur cet article). Il s'agit ici uniquement de moyens nouveaux, que la partie n'a pas d'excuse de ne pas avoir présentés plus tôt. Dans l'instruction préparatoire bernoise aussi, qui, contrairement à la procédure préparatoire fédérale, ne sert pas à l'administration des preuves, l'une des tâches les plus importantes du juge consiste à interroger les parties et, par ce moyen, de les engager à apporter les explications et les compléments nécessaires à leur allégations et à leurs offres de preuves (LEUCH, n. 3 ad art. 176 CPC bernois).

Comme on l'a déjà montré, la loi vaudoise ne connaît pas cette obligation du juge. Etant donné que, selon la loi de procédure vaudoise, le juge doit rester passif dans la conduite de l'instance, à la forme et sur le fond, on ne comprend pas comment l'art. 1 al. 2 CPC vaudois peut prescrire: «Le juge agit d'office, à moins que la loi ne subordonne son intervention à une réquisition d'une partie.»

Le projet zurichois, lui aussi, impose au juge le devoir d'interroger les parties (§ 51); il l'étend à la procédure écrite. Il prévoit que le juge doit, au besoin, faire élucider, compléter ou préciser les allégations d'une partie. Il le fera surtout par l'audition des parties.

Cette obligation d'interroger a-t-elle des limites? Selon l'art. 142 CO, le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. La partie qui pourrait le soulever est entièrement libre de le faire ou non. Le juge doit-il, comme le propose LEUCH (*Prozessleitung*, RJB t. 59, p. 571), rendre une partie attentive, en la questionnant, à la possibilité d'invoquer la prescription? A mon avis, il faut répondre par la négative. Selon la loi, il incombe au débiteur de se prononcer sur ce point et il n'y a point de raison de le pousser dans ce

sens. Touchant cette question, l'interrogatoire ne tendrait pas à élucider l'état de fait véritable.

5. Selon le principe de l'autonomie des parties, celles-ci doivent alléguer tout ce qui peut être utile et tout ce qui est nécessaire à la justification des conséquences juridiques, objet des conclusions. Est important, tout ce qu'elles ont exposé, dans un ensemble de faits, mais aussi tout ce qu'elles *auraient dû* exposer à ce sujet. Dans le jugement, on ne peut faire état que de ce qui a été allégué et, au besoin, prouvé; mais ce qu'on a omis d'alléguer demeure important lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut, là-dessus, fonder une nouvelle demande sans craindre de se heurter à l'exception de chose jugée. En d'autres termes: Un ensemble de faits peut sombrer «sans qu'on ait amené le pavillon», lorsqu'on ne l'a pas exposé correctement et complètement. KUMMER (RJB, t. 102, p. 10 à 12) a exposé avec beaucoup de sagacité quelles difficultés surgissent lorsqu'une partie n'a pas envisagé toutes les possibilités de qualification juridique et, partant, n'a pas, pour chacune de ces qualifications, allégué les faits nécessaires et offert les preuves. Il appartient au juge, dans la mesure où il le peut, de poser aux parties les questions convenables aux fins d'empêcher qu'elles ne perdent un procès pour la seule raison qu'elles n'avaient pas allégué tout ce qui était nécessaire. On peut admettre très généralement que de telles omissions ne sont pas dues à la mauvaise volonté.

6. La procédure se termine par un acte d'autorité qui fixe la prétention ou la nie. Le caractère obligatoire de cette sentence juridique procède de l'autorité de la chose jugée. Celle-ci suppose que la sentence soit définitive; elle l'est dès que plus aucune voie de recours ordinaire n'est ouverte par le droit cantonal ou par le droit fédéral. L'autorité de la chose jugée est une notion de droit fédéral. Le projet SCHWARTZ en fait état expressément et en traite dans ses art. 68 à 72. Selon l'art. 70 du projet, la décision a force de chose jugée pour toutes les personnes qui ont figuré comme

parties dans la procédure, ainsi que pour les personnes qui leur succèdent dans le droit ou l'obligation, objet du jugement.

Lorsque le même demandeur attaque le même défendeur devant le juge pour le même objet litigieux, le défendeur peut soulever l'exception de chose jugée. Au contraire de plusieurs lois de procédure cantonales, le projet SCHWARTZ prescrit que le juge n'examine cette question que si le défendeur la soulève; il ne s'en saisit donc pas d'office lorsqu'il recherche si l'action doit être admise. C'est seulement dans les affaires matrimoniales que le juge doit, d'office, refuser de se saisir de la demande lorsque, sur la même question, il existe un jugement passé en force. Il en va de même lorsque le défendeur ne répond pas à la demande (cf. art. 71 du projet SCHWARTZ).

Le jugement fait aussi chose jugée pour un litige futur dans la mesure où la question sur laquelle s'est prononcé le juge se pose à titre préjudiciel dans un autre procès (art. 72 du projet SCHWARTZ). Cette solution, adoptée dans le projet, concorde avec celle qui figure dans un grand nombre de lois cantonales et avec la doctrine.

Un juge saisi après coup n'est lié que par les conséquences juridiques tirées dans le jugement (dispositif), mais non par les motifs dudit jugement. Effectivement ceux-ci, sauf exceptions, ne participent pas de la chose jugée; il est impossible de considérer comme passés en force les *motifs* d'un jugement frappé d'un recours (RO 78 I 108). Pour notre étude, les *exceptions* à ce principe sont importantes. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral invoque lui-même des arrêts antérieurs, en particulier celui qui est publié au RO 71 II 284. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'exception de chose jugée (*ne bis in idem*) relève du fond dans la mesure où il s'agit de l'identité des parties et de l'identité des prétentions élevées. Dans cette mesure, dit l'arrêt, le Tribunal fédéral peut exercer sa censure lorsque la prétention elle-même, à laquelle on oppose l'exception, relève du droit fédéral... En bref, l'arrêt argumente ensuite

comme il suit : il est sans doute vrai que le contenu des motifs ne participe pas de l'autorité de la chose jugée; c'est que cette autorité ne s'étend pas à la constatation des faits et des rapports de droit, constatations que le tribunal a faites pour motiver son jugement. En revanche *l'autorité de la chose jugée qui s'attache à un jugement* ne se circonscrit pas exclusivement par le dispositif. C'est l'ensemble du jugement qui permettra de dire ce que le tribunal avait à trancher et sur quoi il devait se prononcer selon les conclusions prises. C'est pourquoi, même lorsqu'on examine la question de l'identité, on ne saurait se prononcer selon la seule teneur du dispositif, mais il faut, pour en fixer la portée, se servir aussi des considérants. L'exception de chose jugée n'est pas déjà fondée du fait que la *question de droit* essentielle, dont dépend la décision, est la même que dans le précédent procès.

KUMMER (*Klagerecht*, p. 8) s'exprime de la même façon restrictive: «Le droit cantonal de procédure peut bien restreindre sans exception l'autorité de la chose jugée au seul dispositif du jugement: Le droit civil exige que l'on s'écarte de cette disposition.» Il s'agit tout simplement de constater l'identité de la prétention nouvellement élevée et de celle qui a déjà fait l'objet d'un jugement; or, fréquemment, seuls les motifs eux-mêmes pourront renseigner. Ce sont les motifs qui déterminent sur quoi s'est prononcé le juge, c'est-à-dire quels sont les faits que les parties ont allégués dans leurs mémoires ou dans les débats, qui ont été prouvés, le cas échéant, et que le juge a utilisés pour motiver sa sentence. Si la nouvelle demande, dans ce sens, n'est que la répétition de la précédente, le juge saisi plus tard est lié par le jugement. Ce n'est que s'il s'agit d'une «nouvelle demande» qu'il a le pouvoir et le devoir de se prononcer sur cette «autre» prétention. KUMMER tient cet examen pour l'un des problèmes les plus ardus (cf. KUMMER, RJB, 102, p. 10–12). C'est essentiellement d'après la nature de la prétention déduite en justice et en particulier d'après le libellé des conclusions et du dispositif que l'on détermine jusqu'à quel point, dans tel cas particulier, il faut avoir recours non seulement au dispositif, mais

encore aux motifs pour résoudre la question de l'identité. S'il s'agissait d'une action en constatation de droit, c'est-à-dire d'une demande tendant à faire constater si un droit ou un rapport de droit existait ou non, il fallait se prononcer sur ce rapport de droit considéré comme un tout, car quel que soit l'état de fait exposé, l'allégation de droit demeure la même, puisqu'elle est déjà individualisée. C'est pourquoi on ne saurait dire que l'autorité de la chose jugée s'étend seulement aussi loin que vont les allégués de fond et les motifs qui s'y rapportent; au contraire, le jugement dit de façon absolue si le droit ou le rapport de droit litigieux est fondé (KUMMER, Klagerecht, p. 73). KUMMER range au nombre des conclusions en elles-mêmes insuffisamment individualisées, toutes celles qui tendent à faire soit constater un droit, soit prononcer une condamnation lorsque l'objet de la demande est une prestation. Il classe dans la même catégorie les droits formateurs dont l'exercice nécessite une action et qui peuvent avoir diverses causes (par ex.: divorce) ou même une seule (justes motifs en cas d'exclusion d'un sociétaire) lorsque la cause de la subdivision apparaît accessible (KUMMER, Klagerecht, p. 71). S'agissant d'une prétention en elle-même non individualisée (conclusions et dispositif qui s'y rapporte), dit notre auteur, la différence est manifeste lorsque deux conclusions de teneur identique sont prises en raison de deux états de fait totalement étrangers l'un à l'autre. Il faut, dans ce cas, que l'on puisse constater nettement la diversité totale des états de fait. Lorsque deux procès mettent en cause le même *ensemble de faits*, avec des différences qui peuvent être seulement légères, mais atteindre même, le cas échéant, un degré important, KUMMER explique qu'il faut déterminer la limite jusqu'où subiste l'identité (op.cit., p.93). L'exception de chose jugée sera justifiée lorsque la nouvelle action tend à soumettre au juge le même état de fait, dont la qualification juridique, seule diffère de la précédente. Etant donné que le juge devait examiner, en droit, toutes les qualifications possibles, puisqu'il devait appliquer le droit d'office, un nouvel examen, dans une seconde procédure, ne sera pas admissible

(KUMMER, op. cit., p. 105). KUMMER tient que rien n'est plus difficile en matière de procédure, que de déterminer l'étendue de la chose jugée dans un cas donné, où les prétentions juridiques ne sont pas individualisées (cf. KUMMER, RJB 102, p. 10 à 12).

Cela fait ressortir de façon évidente l'importance des allégations de fait du point de vue de l'autorité de la chose jugée qui s'attache au jugement. Mais, dans une procédure unifiée, qui doit tendre le mieux possible à réaliser les prétentions privées des parties, il faut aussi exiger à la fois que les parties puissent compléter leurs allégations le plus largement que faire se pourra et que le juge, accomplissant son devoir de conduire la procédure quant au fond, puisse inviter les parties à fournir ces compléments. Il est tout aussi nécessaire que, selon ce changement intervenu dans les règles applicables aux allégations, on puisse modifier les conclusions et que, sur ce point aussi, le juge puisse tout au moins engager les parties à le faire, ainsi que l'admet notamment la procédure civile fédérale. TROLLER (Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, p. 91) dit qu'une partie et son représentant ne peuvent guère éprouver de sentiment plus pénible que lorsqu'ils se voient hors d'état de faire valoir des éléments, nouveaux et importants, par des motifs de pur formalisme et que le procès doit être perdu, parce qu'un fait dont on n'a aperçu l'importance qu'après coup ne peut plus être introduit dans la matière de la cause. KUMMER (Klage-recht, p. 10) s'exprime de façon analogue : « Ici (en revanche), il s'agit de prétentions qui n'ont encore été élevées dans aucune procédure ou même dont l'ayant droit n'apprend l'existence, le cas échéant, que lorsqu'il déduit en justice sa première et – pense-t-il – son unique prétention et parvient à une connaissance plus approfondie de l'état de choses par les allégations de son adversaire ou par les résultats de la procédure probatoire. »

Mais l'autorité de la chose jugée met fréquemment en évidence ce qui n'a pas fait l'objet du procès; le juge qui a rendu la sentence a dès lors lieu de se demander s'il n'a pas

négligé, par une violation de son devoir, de rendre les parties attentives à leurs omissions. Dans ce cas, l'ultime moyen de correction lui-même, la révision, n'est d'aucun secours, car elle ne permet d'alléguer que des faits nouveaux et importants ou des preuves nouvelles et décisives dont la partie n'a eu connaissance qu'après coup et dont il lui était impossible de faire usage dans la procédure précédente. Le Projet SCHWARTZ, tirant une conséquence logique de la chose jugée, traite de la révision comme d'une question de droit fédéral.

Lorsqu'un ensemble de faits et d'actes juridiques n'est susceptible, en droit, que d'une seule appréciation, ce n'est sans doute pas trop exiger du juge que d'attendre qu'il examine si le fait allégué suffit à justifier la conséquence juridique qu'en tirent les conclusions. Lorsque le juge doute de quelque façon que l'état de fait ait été allégué dans son entier, il a le devoir d'interroger. Lorsqu'un état de fait allégué suggère qu'il pourrait y avoir un cumul de prétentions, le juge doit, là aussi, faire en sorte que l'état de fait puisse être examiné du point de vue de toutes les règles juridiques qui entrent en ligne de compte, car c'est à lui qu'il appartient en premier lieu de connaître et d'appliquer le droit et, partant, les solutions juridiques possibles. La situation est différente en cas de cumul dit objectif de demandes (concours de demandes). Une partie peut, dans une seule action, réunir plusieurs prétentions reposant sur des états de fait différents lorsque ces prétentions, selon leur genre, peuvent être élevées dans la même procédure (cf., par ex.: art. 159 CPC bernois). La réunion de plusieurs prétentions indépendantes les unes des autres dépend de la seule volonté de la partie. Lorsqu'au cours de la procédure on élève une telle prétention indépendante, le juge peut avoir des motifs de ne pas admettre cette modification de la demande. S'il refuse de se saisir, la partie n'en est pas atteinte dans ses droits et il lui est loisible de faire valoir cette prétention distincte, simultanément ou après coup, par une procédure séparée; l'autorité de la chose jugée dépendant de la procédure en cours n'exerce aucun effet sur la nouvelle ac-

tion. Pour des raisons pratiques, il est recommandable de demander aux parties, en cas de transaction, si, en plus de la prétention, objet de la procédure, il existe entre elles d'autres questions de droit non liquidées ou contestées. On règle le plus souvent cette question par une clause, où les parties déclarent que la transaction liquide tous leurs litiges et qu'elles n'ont plus d'autres prétentions à éléver l'une contre l'autre. S'il en va autrement, on fera bien de faire une réserve expresse pour de telles prétentions. Le juge peut aussi admettre, dans la procédure pendante, une réclamation nouvelle et distincte : il arrive que des parties désirent liquider par une procédure unique tous les litiges qui existent entre elles. Il est clair, toutefois, qu'il appartiendra, ici, essentiellement au juge de décider – et il le fera d'un point de vue pratique – si la procédure ne s'en trouvera pas inutilement alourdie.

7. F. ROSENBERG («Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», 2^e éd., 1949, p.6) voit dans la procédure civile moderne une *communauté de travail* entre les juges et les parties, qui doivent ensemble rendre possible aux juges la découverte assurée de la vérité et, dans une procédure vivante, le rétablissement de la paix juridique entre les parties, ce qui sert aussi la cause de la paix en général.

Pour fixer la façon d'introduire des faits nouveaux et de nouvelles preuves, on doit essentiellement prendre garde de ne pas restreindre le droit des parties à être entendues de façon égale et, précisons-le, à être entendues entièrement. La procédure préparatoire déjà, comme partie de la procédure des allégations, donne l'occasion d'apporter des compléments, soit que la partie en prenne l'initiative, soit que le juge l'y engage ; il en va de même, ensuite, de la procédure principale elle-même, que ce soit à son début ou alors au cours de la procédure probatoire, surtout lors de l'interrogatoire des parties. Ce qu'une partie déclare ici, répondant à des questions du juge en présence de l'autre partie, qui a aussi le droit de poser des questions, cela doit être considéré comme introduit dans la procédure. De plus, il doit être

loisible aux parties, par le moyen d'un mémoire, soit de présenter de nouvelles allégations soit de les annoncer en vue d'un interrogatoire complémentaire des parties. A ce propos, on se souviendra toujours qu'en définitive c'est à la partie qu'il appartient de décider si elle veut ou non admettre une allégation. Le juge doit accepter comme tel un allégué de fait qu'aucune des parties n'a contesté, à moins qu'une disposition spéciale ne l'en dispense (ainsi, par ex.: art. 158 ch.3 CC). Dans son arrêt publié au RO 74 II 206, le Tribunal fédéral n'a pas décidé si le juge, esclave du principe de l'autonomie des parties, doit aussi admettre des allégués de fait qui sont manifestement faux ou apparemment impossibles; il a laissé la question indécise. Il la considère comme relevant du droit cantonal de procédure. Cependant, le droit à l'action suppose de façon générale que les parties aient un intérêt au jugement. Or on ne voit pas quel intérêt pourrait être en jeu lorsqu'il s'agit d'un état de fait seulement hypothétique ou de quelque chose d'impossible.

TROLLER (Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, p.47s.) relève que BELLOT déjà, le génial auteur du Code de procédure civile de Genève (1819) avait revendiqué un renforcement de la direction du procès par le juge. Le texte de cette loi montre que l'on avait tendu à la découverte de la solution conforme à la justice par une collaboration libre et sans contrainte entre le juge et les parties. TROLLER exige du juge contemporain que, dès le début, il apparaisse comme un participant actif, qui n'a pas à intervenir seulement dans la dernière phase du procès, celle du jugement, et n'a pas à fonder sa sentence uniquement sur une matière apportée par les parties en dehors de toute influence exercée par lui; au contraire il va à l'encontre de son devoir de juge lorsqu'il s'accorde de l'insuffisance de l'état de fait et impose l'injustice à celle des parties pour laquelle le procès entraîne des conséquences défavorables, sans avoir tenté de parvenir à des constatations sans lacunes.

Enfin TROLLER (loc.cit., p.63) relevait (il y a 25 ans!) que la discussion au sujet du *principe de l'instruction d'office* et du

principe de l'autonomie des parties constituerait l'un des objets les plus importants de la discussion si, un jour, on reprenait le problème d'une procédure civile unifiée, en Suisse.

Effectivement, on touchera à des points de toute première importance pour un Code de procédure civile suisse lorsqu'on réglera le changement des conclusions, la possibilité de compléter après coup les allégations de fait, ainsi que l'autorité de la chose jugée.

Dans la mesure où le caractère tardif d'une allégation apparaît excusable, la possibilité de tenir compte néanmoins de l'assertion ne devrait point poser de problème dans une procédure civile moderne. Du reste (sauf pour le canton de Vaud), les systèmes que nous avons choisis comme points de comparaison renvoient au devoir du juge de diriger la procédure, devoir qui l'oblige à intervenir d'office pour que les faits soient complétés.

BUCHER (*Erforschung der materiellen Wahrheit nach dem Bundesgesetz über den BZP*, p. 92) recommande au juge de toujours examiner d'office des allégués tardifs lorsqu'il existe le moindre espoir d'élucider l'état de fait et pour autant que, par son attitude, la partie manifeste qu'elle tient à la cause et que son retard ne découle pas de la négligence et du laisser-aller. A la vérité, ce n'est pas sans risque que l'on conférerait ici, au juge, un pouvoir d'appréciation par trop étendu. Il faudrait accepter des assertions complémentaires lorsqu'elles servent à la constatation d'un état conforme à la réalité. Le juge admettra sans doute que tel est le cas, tout d'abord lorsqu'une partie se voit dans le cas de compléter ses allégations. Lorsque le retard n'est pas excusable – et alors seulement – le juge tranchera d'office sur l'admission ou la non-admission. Dans son arrêt publié au Ro 86 II 74, consid. 2, le Tribunal fédéral reproche à la Confédération, demanderesse, de fonder ses allégués exclusivement sur des lettres qu'elle possédait déjà au moment où elle avait composé sa demande et sa réplique. Il constate que la duplique ne contenait rien qui aurait pu donner lieu au nouvel allégué; que, de plus, on avait donné aux parties

l'occasion de requérir une audience préparatoire; qu'elles y avaient renoncé; qu'il n'y avait dès lors point de raisons de prendre en considération d'office le nouvel allégué de la demanderesse. Ces considérants à la vérité excluent seulement que le retard eût été excusable, mais ils ne disent pas, en outre, pourquoi la cour ne se saisit pas d'office. C'est là, ici encore, la question principale. Dans le cas dont il s'agissait, l'allégué exclu de la procédure n'a finalement joué aucun rôle. Il est clair que le juge n'est pas tenu de se saisir d'office d'allégués de fait qui ne peuvent être d'aucune utilité dans la cause, pas plus qu'il n'est astreint à ordonner la preuve de faits sans pertinence. Au nombre des raisons qui peuvent engager le juge à admettre de nouveaux allégués, on compte en premier lieu celles qui apparaissent lorsque, sur le fond, on examine à première vue si l'état de fait allégué et, au besoin, complété peut ou non justifier, en droit, les conclusions que l'on en tire. Cependant le juge refusera aussi de se saisir d'un allégué nouveau lorsque la procédure s'en trouverait notablement retardée; mais il ne le fera que si, et jusqu'au point où il ne frustre pas la partie de sa prétention. Enfin on ne peut pas davantage obliger le juge à prendre en considération un allégué tardif, qui a été articulé trop tard intentionnellement et de mauvaise foi, afin de porter atteinte aux droits que possède l'adversaire en sa qualité de partie au procès.

8. Au nombre de lois de procédure civile tout à fait récentes, on compte celle du canton de Soleure, qui date du 11 septembre 1966 et remplace celle de 1891. Il faut encore en parler.

Dans ce système aussi, le principe de l'autonomie des parties est limité: «Le juge doit (cependant) rendre les parties attentives aux insuffisances des conclusions, aux lacunes des allégations et des offres de preuves ou à d'autres erreurs, manques ou obscurités et il doit leur donner l'occasion de compléter leurs conclusions. Cela peut se faire en tout temps» (§ 58 IV).

WUNDERLICH («Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime und Untersuchungsmaxime in der solothurnischen ZPO vom 11.9.1966», thèse Zurich) parle à juste titre de larges restrictions apportées au principe du principe de simultanéité (Eventualmaxime; loc.cit., p.37). Ces restrictions consistent dans l'importance du pouvoir confié au juge dans la conduite des procès (le juge n'est pas seulement autorisé, mais a le devoir de rendre les parties attentives aux lacunes etc.); elles consistent aussi dans le pouvoir confié au juge d'ordonner d'office des preuves, alors qu'au contraire un avant-projet voulait lier le juge aux offres de preuves des parties (WUNDERLICH, loc.cit., p.46s.). Le Professeur KUMMER, de Berne, que l'on avait consulté comme expert sur ce projet, fit la remarque suivante sur la règle qui limite le juge aux offres de preuves des parties: «Je l'avoue franchement: si le canton de Soleure n'a pas le courage de se rallier ici aux conceptions modernes de la procédure, s'il n'a pas la volonté de poser les principes connus et praticables qui permettent au juge d'apporter sa contribution à l'élaboration d'un jugement correspondant à l'état de choses réel, alors la revision restera un maigre réaménagement dans le domaine du droit commun, mais ne sera pas la promotion d'un nouveau système de procédure» (WUNDERLICH, loc.cit., p.48). Le canton de Soleure a fait preuve du «courage» que l'on attendait de lui!

Une procédure suisse unifiée doit suivre la même voie, c'est-à-dire circonscrire l'office du juge dans la conduite du procès aux fins de restreindre l'autonomie des parties et de parvenir à une collaboration du juge et des parties aux fins d'élucider l'état de choses réel.

X.

Les étapes de l'instance

1. La tentative de conciliation

Dans ses art.33 et 34, le Projet SCHWARTZ prévoit que lorsque l'objet du litige est exactement déterminé, l'appel au juge conciliateur déjà, entraîne la litispendance, s'agissant d'une action qui, selon le droit fédéral, doit être ouverte dans un certain délai sous peine de forclusion.

Une loi unifiée devrait prévoir que, pour la procédure ordinaire, une tentative de conciliation serait toujours obligatoire, mais, dans les différends patrimoniaux, seulement si la valeur litigieuse atteint une certaine somme (par ex.: 1000 ou 2000 fr.).

Il faudrait, en particulier, reprendre aussi l'al. 4 de l'art. 34 du Projet SCHWARTZ, selon lequel l'action doit en tout cas être ouverte devant le juge compétent dans les deux mois qui suivent la tentative de conciliation. Le Projet SCHWARTZ précise que cet acte doit être oral ou écrit, selon ce que prescrit le droit cantonal.

Pour des raisons pratiques, on n'exigera de tentative de conciliation que pour les procédures qui seront poursuivies en la forme écrite. Pour le surplus, on réglera la procédure de conciliation de manière qu'elle remplisse le mieux possible sa fonction, qui est de mettre fin au litige à l'amiable (cf. par ex. Berne, art. 144 et 155 CPC).

Pour donner une description plus homogène de la suite de l'instance, nous nous limiterons ici, pour l'essentiel, à la procédure bernoise.

2. Le stade des allégations

La procédure écrite commence par le dépôt de la demande et dure jusqu'au début de la procédure des preuves. Elle comprend: l'échange des mémoires, la procédure préparatoire (dans la mesure où elle ne sert pas à l'administration des preuves, comme c'est le cas, en partie, dans la procédure

civile fédérale), ainsi que le début de l'audience principale lorsqu'on y peut encore, sans excuse, introduire des modifications aux allégués.

Le juge ou le juge délégué à l'instruction lorsque le tribunal est organisé en collège apparaît dès le début, c'est-à-dire dès le dépôt de la demande, comme la personne qui dirige le procès. Il examine «provisoirement» (art. 161 CPC bernois) si les règles touchant la procédure de conciliation ont été observées, si le mémoire satisfait aux exigences de la loi touchant la demande, si l'avocat a procuration pour ses actes mais aussi, à titre d'examen préliminaire, s'il tient pour compétent le juge saisi et si les autres conditions de la recevabilité sont remplies. Lorsqu'une critique s'impose manifestement, il doit inviter le demandeur à corriger les défauts relevés. Il le fait par une ordonnance rendue selon les formes.

Le demandeur peut corriger les défauts existants, retirer sa demande sans désistement ou exiger la notification au défendeur, nonobstant les défauts relevés par le juge délégué à l'instruction. Cependant il lui faut en tout cas procéder après coup à la tentative de conciliation; l'avocat doit produire sa procuration lorsqu'on lui a assigné un délai pour ce faire.

Cette disposition sur l'examen préliminairement à la notification de la demande a pour but de permettre au juge de faire pression pour obtenir une procédure régulière.

Après qu'on l'a soumise à l'examen préliminaire, on notifie la demande au défendeur en lui fixant un délai pour la réponse. Le défendeur est ainsi mis à même de former, le cas échéant, une demande reconventionnelle. Une telle demande doit en tout cas être jointe à la réponse; elle ne peut plus être introduite dans la suite de la procédure.

Le défendeur, de son côté, a le droit, pendant le délai de réponse, d'appeler, par un mémoire, l'attention du juge chargé de l'instruction sur les vices de forme de la demande. Le juge peut, d'office ou donnant suite à une requête du défendeur, ordonner que le mémoire-réponse ne traitera que des vices de forme relevés. La décision elle-même peut aussi se limiter tout d'abord à ces vices de forme.

L'audience préparatoire est un des actes essentiels de la procédure des allégations devant le juge chargé de l'instruction. On l'ordonnera lorsque ce juge estime que les bases fournies par les mémoires sont insuffisantes et ne permettent pas de passer au jugement après une brève procédure principale. Le juge discute du cas avec les parties «au cours de débats oraux et non formels». Il accomplit son devoir de juge notamment du fait qu'il élucide par l'audition personnelle des parties, l'état de fait contesté et qu'il provoque les compléments nécessaires aux allégations des parties (ainsi: art. 176 CPC bernois).

Cette audition des parties dans la procédure préparatoire ne se confond pas avec le moyen de preuve que constitue l'interrogatoire des parties, ni surtout avec la déposition formelle à titre de preuve. Il ne s'agit donc pas de l'interrogatoire des parties selon l'art. 63 du Projet SCHWARTZ.

La procédure préparatoire est un instrument de la procédure des allégations, non pas de l'administration des preuves. On aura cependant avantage, par exemple, dans les litiges entre maîtres d'ouvrages, architectes ou entrepreneurs, qui, à Berne, sont l'objet de la majorité des instructions devant la Cour suprême, à s'assurer la collaboration d'experts ou de procéder à une inspection des lieux. Il ne s'agit pas là de moyens de preuve au sens strict du terme.

C'est le juge chargé de l'instruction qui fixe l'audience principale. Il prend les mesures que nécessite un déroulement rapide du procès.

3. Le stade des preuves

Son début se confond avec le stade des allégations. Dans l'audience principale – qui a pour fondement l'échange des mémoires – les parties ont tout d'abord l'occasion de compléter l'état de fait. Lorsque le défendeur n'a pas observé le délai de réponse et n'a donc point déposé de mémoire, il est défaillant et ne peut plus réparer après coup son omission, sauf par la voie de la restitution. Autrement il serait loisible au défendeur de réservier toutes ses objections pour l'audience

principale, ce qui pourrait, dans une certaine mesure, porter atteinte aux droits du demandeur en tant que partie au procès.

Les premiers exposés servent essentiellement à permettre au demandeur de prendre position à l'égard des allégations écrites de la réponse; cela peut l'amener à rectifier éventuellement ses propres assertions ou à les compléter. Il est tout à fait opportun, dans ce stade, d'admettre encore des compléments aux allégations; mais il est aussi nécessaire que l'on puisse compléter les offres de preuves des mémoires.

Le premier acte du stade des preuves est l'ordonnance sur les preuves. En tant que prononcé touchant la marche de la procédure, elle ne peut faire l'objet d'un recours, mais on peut la modifier en tout temps. Elle peut donc être adaptée aux changements survenus dans l'état de fait ou à la rectification des vues du juge, provoquées, le cas échéant, par la critique qu'exercent les avocats des parties. Elle doit se fonder sur les allégués des parties et sur les règles touchant le fardeau de la preuve, établies par l'art. 8 CC, le cas échéant sur les règles d'autres lois.

Après l'ordonnance sur les preuves, la procédure continue sans interruption, normalement par *l'interrogatoire des parties*, qui occupe une place éminente dans le droit de procédure moderne. Le juge en fait mille fois l'expérience. Dans cette situation, pour elles extraordinaire, les parties sont en général prêtes à collaborer avec le juge et elles corrigent fréquemment leurs allégués, consignés dans les mémoires. Le juge doit les exhorter à dire la vérité et les rend attentives à la portée de leur interrogatoire (cf. Projet SCHWARTZ, art. 63).

Lorsque cela n'a pas déjà eu lieu dans la procédure préparatoire, on a l'occasion de concilier les parties lors de leur interrogatoire, plus rarement aussi dans la suite de la procédure des preuves. Le juge doit s'imposer cette tâche dans tous les stades de la procédure. Dans la section de son ouvrage consacrée aux «Tâches du tribunal», BLOMEYER (Deutsches Zivilprozessverfahren) dit que la liquidation du litige obtenue par persuasion des parties est, de loin, plus précieuse

que celle qu'entraîne un jugement; celle-ci, dit-il, ne devrait intervenir que lorsque les parties demeurent inconciliables (loc.cit., p.82). Cependant il n'est pas admissible d'exercer sur les parties une pression excessive. Lorsqu'elles consentent à une transaction, elles doivent néanmoins avoir le sentiment qu'elles disposent souverainement de la prétention, alors que, souvent, elles estiment avoir renoncé et cédé par pur gain de paix.

4. Le stade du jugement

Après la clôture de l'administration des preuves, la cause est en état: le juge fait plaider les parties ou leurs avocats. Les parties ont le droit de parler deux fois. Là-dessus, le juge passe au jugement (art. 200 et 201 CPC bernois); la délibération, le vote et la proclamation doivent être publics, tout au moins avoir lieu en présence des parties, c'est-à-dire, autant que faire se peut, en présence des deux parties.

Le § 147 du projet d'organisation judiciaire zurichois sous le titre marginal «Chronique judiciaire» (Gerichtsbericht-erstattung) prescrit que la presse est tenue de donner suite aux demandes de rectification des tribunaux touchant la chronique judiciaire.

Le § 146 du même projet prévoit que le principe de la publicité ne confère pas le droit de faire, des débats, des enregistrements visuels ou sonores.

L'exposé des motifs explique à ce sujet que la personnalité des participants et le cours de l'audience pourraient subir des atteintes sensibles du fait de tels enregistrements.

Etant donné que la publicité des débats est conçue comme une garantie de l'indépendance des juges, il convient de n'en pas abuser pour des fins sensationnelles et vulgaires. Il faudrait songer sérieusement à noter, en vue d'une unification de la procédure, le sort fait à ces questions par le projet zurichois.

XI.

Défaut et jugement par défaut

1. Le défaut d'une partie dans un acte de procédure a uniquement pour conséquence que, sauf disposition contraire de la loi, la procédure continue sans que cet acte ait été accompli.

Lorsqu'une partie fait défaut à une audience, celle-ci a lieu néanmoins, mais on n'en doit pas moins :

- a) prendre en considération les allégués antérieurs de la partie défaillante,
- b) lorsque le défaut porte sur la production d'un mémoire (par ex. : de la réponse) ou sur la comparution à une audience, ne faire administrer de preuves sur les allégués de l'autre partie, qui sont restés non contestés, que s'il y a des raisons de les révoquer en doute (Projet SCHWARTZ, art. 12 al. 1 et 2).

On ne saurait donc nullement conclure du défaut à un désistement ou à un passé expédient (acquiescement).

La loi bernoise règle le défaut de façon analogue (art. 283 ss. CPC bernois; pour le jugement par défaut: art. 206 ss. CPC bernois). Lorsque la partie à interroger (dans *l'interrogatoire des parties*) fait défaut sans excuse ou refuse de répondre, le juge pourra tenir pour vrais les faits à son désavantage (art. 280 CPC bernois).

Pour le cas où le demandeur *ne ferait pas l'avance des frais de justice*, on l'avertit que ses conclusions seraient déclarées irrecevables (cf. art. 5 al. 2 PCF avec les art. 150 s. OJ).

La loi bernoise assimile au défaut de comparution d'une partie le fait de ne pas fournir l'avance des frais de justice nonobstant une injonction répétée. L'exécution de la procédure probatoire, quelle qu'en soit la nature, est subordonnée à l'avance des frais (art. 286 CPC bernois).

La partie en défaut sera citée pour une audience suivante; elle ne peut, à la vérité, rien réparer, après coup, de ce qu'elle a manqué; toutefois, elle peut exercer ses droits dans la suite de la procédure (cf. LEUCH ad art. 286 CPC bernois, n. 1).

La loi vaudoise fait peser certaines conséquences du défaut sur la partie qui n'a pas fourni l'avance des frais de justice, qui n'a pas comparu à l'audience nonobstant citation personnelle et qui n'a pas produit ses mémoires dans les délais fixés (art. 90, 305 ss. et 275 CPC vaudois).

Pour la procédure écrite, la loi zurichoise prévoit ce qui suit:

a) Après commination, on déclare la demande irrecevable lorsque le demandeur ne l'a pas motivée convenablement (Pr. LOJ zurichoise, § 128 al. 2).

b) De même lorsque le défendeur n'a point produit de réponse convenable, on admet qu'il y a acquiescement à l'état de fait à l'appui de la demande et renonciation aux exceptions (*Einreden*). Le tribunal peut, lorsque des doutes sérieux s'élèvent sur la justesse des allégués du demandeur, en ordonner la preuve (Pr. LOJ zurichoise § 129 al. 2).

Dans le canton de Zurich, lorsque le demandeur ou le demandeur par reconvention ne fournit pas les garanties ou le supplément de garanties demandés, le juge déclare sa demande irrecevable (Pr. LOJ zurichoise, § 75; sur la garantie (*Kaution*), v. ci-dessus, p. 182 ch. 2). Les règles sont les mêmes dans la procédure civile fédérale (art. 5 rapproché des art. 150 et 151 PCF).

Dans la procédure orale, lorsqu'une partie ne comparaît pas à l'audience principale, on citera pour une nouvelle audience avec commination expresse des sanctions indiquées plus haut (§§ 128 et 129 Pr. LOJ zurichoise).

Dans la procédure des recours, d'une façon générale, la non-comparution ou le non-paiement des avances de frais de justice réclamés (la loi bernoise prévoit une double sommation) entraîne la caducité du recours.

2. La restitution ou le relevé du défaut

Si le défaut consiste dans l'inobservation d'un délai ou dans la non-comparution à une audience, on en accorde le relevé lorsque la partie défaillante ou son mandataire a été

empêchée sans faute de sa part. Il faut alors, dans les dix jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, requérir la restitution et, lorsqu'on a laissé passer un délai, accomplir l'acte omis. L'obstacle doit être rendu plausible (ainsi, par ex.: art. 13 PCF). A mon avis on pourrait facilement reprendre cette disposition.

3. Dans la procédure, les parties ont un devoir de diligence. On leur indique du reste expressément ce qu'elles ont à faire, soit qu'on leur assigne un délai pour accomplir tel acte (par ex. avance de frais ou mémoire-réponse), soit qu'on les cite à comparaître à une audience.

La commination des suites d'un défaut est indispensable. Cela vaut en premier lieu pour le défendeur défaillant qui, par son défaut, entendrait saboter la procédure. Il y a des procès, même avec des valeurs litigieuses assez élevées, dans lesquels le juge n'a jamais de nouvelles du défendeur et ne le voit pas davantage. Dans ce cas, il ne se voit soumettre que ce que le demandeur a produit. Il est clair qu'il n'est en état de se prononcer que sur ce qu'on lui a présenté.

Un témoin peut être amené par force (art. 44 ch. 2 i.f. PCF; Projet SCHWARTZ, art. 46; CPC bernois, art. 251). Il n'en va pas de même des parties: les sanctions opportunes sont ici les conséquences que la loi attache au défaut. Ces conséquences sont discutables en cas de défaut d'avance des frais (cf. ci-dessus, pp. 183).

C'est du demandeur surtout que l'on peut attendre qu'il conduise «son» procès avec la plus grande diligence.

Il est cependant douteux qu'une simple erreur ou inadvertance justifie les dures conséquences du défaut.

Pour l'avance des frais judiciaires exigée de la partie que le juge désigne, une sommation répétée une fois peut sembler nécessaire. De plus, on ne se contentera pas de menacer simplement la partie des «conséquences légales»; on dira en quoi consistent ces conséquences.

Pour le défaut de production d'un mémoire, il faudrait assigner au défaillant un bref délai complémentaire, pourvu

qu'il l'eût demandé et eût rendu vraisemblable que son inaction provenait d'une inadvertance. Il n'y a pas lieu de craindre que cela n'entraîne des procédés abusifs; on n'y aurait pas un intérêt suffisant. C'est au requérant, auteur de la complication, qu'incomberaient les frais de la restitution. Le défaut de comparution à l'audience peut procéder d'un pur oubli. Là aussi, lorsque la simple inadvertance a été rendue vraisemblable, on pourrait rendre une restitution possible et l'on s'en remettrait à l'appréciation du tribunal pour juger jusqu'à quel point la restitution devrait être accordée.

En revanche il faudrait demeurer tout à fait strict lorsque l'on n'a pu rendre vraisemblable que l'omission est le fait de l'inadvertance. Ce sont ces cas-là, en tout premier lieu, que les conséquences du défaut devraient frapper. Dans la procédure devant les autorités supérieures non plus, il ne faudrait pas adoucir les conséquences du défaut; l'appelant qui ne fournit pas l'avance des frais judiciaires qu'on lui réclame ou ne compareît pas personnellement, ni ne se fait représenter à l'audience, justifie la présomption qu'il n'a interjeté appel que pour retarder l'intervention de la force de chose jugée.

Quoique le besoin de célérité marque tout particulièrement la procédure sommaire, il faut néanmoins envisager d'y admettre aussi la restitution. Lorsque l'opposant à la requête de mesures provisionnelles est mis hors d'état d'agir (par ex.: en cas d'accident) avant l'expiration du délai de réponse, on ne voit pas pourquoi le requérant en pourrait profiter.

Pour la procédure orale, il faudrait prévoir en général que la non-comparution du demandeur entraîne l'irrecevabilité et non pas, par exemple, un examen du fond. Dans un tel cas, le juge ignore comment le demandeur pourrait motiver sa prétention et il ne peut pas non plus s'informer, sur ce point, auprès du défendeur qui a comparu et l'ignore peut-être, lui aussi. Il n'existe donc pas le moindre indice sur les

motifs à l'appui de la demande⁷. Une demande qui n'est pas du tout motivée est irrecevable. Il est clair que, dans ce cas, les frais seront perçus.

XII.

Le droit d'être entendu, la forme des débats et l'immédiateté de la procédure

1. Les parties ont le droit d'être entendues également et totalement; cela n'est pas contesté, mais admis dans tous les systèmes de procédure (sur le droit d'être entendu, v. TINNER, *Das rechtliche Gehör*, RDS 83, p. 265 ss.).

Cette garantie limite l'office du juge touchant la direction de la procédure mais aussi son devoir d'examiner le fond. Le juge qui, dans la solution correcte, doit aussi recueillir d'office des preuves sur les faits allégués, doit également prendre en considération des offres de preuves importantes, qui

⁷ Un exemple pratique: Un bailleur, après restitution de la chose louée, attaque le locataire, par la voie de la procédure orale, en paiement de plus de 900 fr. à titre de réparation de dommages. Il paraît pour la (première) audience principale avec un retard d'une demi-heure. Cependant, sur requête du défendeur, le juge s'était déjà prononcé sur la demande et l'avait rejetée. Il n'y avait point de motif suffisant de restitution selon la procédure bernoise. Le juge, appliquant l'art. 295 CPC bernois («Si l'une des parties fait défaut, la demande sera jugée sur les faits et moyens produits par la partie comparante»), avait rejeté la demande, dont il ne pouvait connaître le fondement. Le demandeur ne pouvait pas non plus se faire rendre justice en s'adressant à l'autorité supérieure par un pourvoi en nullité, voie qui ne convenait pas.

Selon l'art. 305 CPC vaudois, le demandeur aurait seulement pu être déclaré défaillant s'il avait comparu avec une heure de retard.

Dans de tels cas, le § 119 Pr. CPC zurichois est très large: lorsqu'une partie ne se présente pas à l'audience principale, on fixe une nouvelle audience avec commination des conséquences du défaut. Lorsqu'à cette audience, le demandeur ou les deux parties ne comparaissent pas, on admet que le demandeur s'est désisté de l'instance (§ 128 al. 1).

émanent des parties (cf. TINNER, loc.cit., p.363), mais il est, de même, tenu d'apprécier, pour leur donner la qualification juridique, les faits qui ont été régulièrement allégués et prouvés, en tant qu'ils sont importants pour la sentence. L'art. 136 OJ ouvre la voie de la revision à l'encontre des jugements du Tribunal fédéral, notamment lorsque, par inadvertance, le tribunal n'a pas apprécié des faits importants qui ressortent du dossier (article précité, lit.C).

Selon sa jurisprudence, la Cour suprême bernoise admet qu'il y a violation du droit d'être entendu, c'est-à-dire que le motif de nullité visé par l'art.359 ch.3 CPC bernois existe lorsqu'une partie n'a pas été admise, conformément à la loi, à s'exprimer oralement ou par écrit ou lorsqu'elle n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les faits allégués par la partie adverse, dans la mesure où ils servent à fonder le jugement; bien plus elle admet déjà et toujours cette violation lorsqu'il y a eu déni de justice quant à la forme selon la jurisprudence du Tribunal fédéral touchant l'art.4 Cst., par exemple lorsque le juge n'a pas laissé administrer des preuves importantes (cf. Cour d'appel réunie en séance plénière, arrêt du 11 janvier 1957, RJB 94, p.290).

2. Procédure orale et procédure écrite

La division de la procédure en procédure orale et en procédure écrite a une grande importance du point de vue pratique; elle en a une moins grande du point de vue des principes.

La procédure est *purement orale* lorsque le demandeur peut annoncer ses conclusions au juge ou les faire prendre en procès-verbal par le greffe, après quoi les parties sont citées pour les débats oraux. Elle commence par l'exposé, que fait le demandeur, des motifs à l'appui de ses prétentions et elle prend fin par la proclamation orale du jugement, lequel n'est pas couché par écrit dans un acte. La forme purement écrite est fréquente dans la procédure sommaire, où un échange de mémoires a lieu (requête et réponse), et où sans autres débats entre les parties le juge passe à la décision qui

n'est proclamée que par la communication écrite du jugement.

Il y a combinaison des deux formes de procédure lorsqu'un échange de mémoires sert de base à la procédure principale qui le suit; ainsi en procédure bernoise.

L'oralité sans échange de mémoires ne convient pas pour des procès importants, dont la matière est étendue. L'évolution récente de la législation suisse tend à restreindre l'application du principe de l'oralité. Généralement on ne prévoit une procédure purement orale que pour des procès où la valeur litigieuse est faible (GULDENER, Zivilprozeßrecht, p.397 III). On doit tendre à ne faire traiter de façon purement orale que des procès où la valeur litigieuse est faible. Mais, étant donné que cette question est fort liée à l'organisation judiciaire, qui doit demeurer l'apanage des cantons, il n'y a pas de motif suffisant de faire, ici, intervenir le droit fédéral.

Les principes de la procédure conservent leur importance, même dans le cas de pure oralité. On ne saurait cependant ignorer que leur observation pratique se trouve gênée lorsque les allégués de fait sont formulés oralement, souvent par une partie non assistée d'un avocat, péniblement et d'une façon imprécise, malgré quoi la loi bernoise va si loin dans l'oralité qu'elle ne prévoit même pas de procès-verbal pour les allégués de fait des parties. Il n'est dressé procès-verbal que des conclusions des parties, des ordonnances du juge, du résultat de l'administration des preuves et du jugement, sans ses motifs (art. 297 al.3 CPC bernois). Selon l'usage, celui qui dirige le procès prend ses notes sur les allégations des parties; il les élucide et les complète au besoin par l'interpellation des parties comme dans la procédure préparatoire et prend ensuite l'ordonnance sur les preuves. Selon la qualité de ses notes il saura encore ou non, lors d'une seconde audience, qui pourrait être appointée, ce que les parties ont dit dans la première. Il peut se le faire rappeler par l'audition des parties ou par les mesures subséquentes, touchant les preuves. Dans cette procédure, on fait certains sacrifices à la

célérité; on a fait, cependant, de bonnes expériences, car ce contact étroit du juge avec les parties facilite extrêmement la solution transactionnelle des litiges. Ainsi, il peut arriver que le juge unique (président du Tribunal), sur douze affaires inscrites au rôle d'une journée, puisse toutes les rayer du fait qu'elles ont été liquidées par désistement ou transaction.

La tenue d'un procès-verbal sur les dires des parties entraînerait certaines exigences; elle obligerait nécessairement à se demander derechef si les parties ne doivent pas consigner et déposer elles-mêmes leurs allégations et conclusions par écrit.

3. Le problème que pose le choix entre la procédure orale ou écrite est étroitement lié à celui de l'immédiateté. Celle-ci est parfaitement réalisée dans le système oral, en particulier dans la salle d'audience du juge unique. Elle constitue du reste un problème pour l'administration des preuves, y compris l'interrogatoire des parties. Lorsque les preuves doivent être recueillies dans la procédure préparatoire, sous réserve de complément devant le tribunal réuni en corps (art. 35 al. 2 PCF), l'immédiateté n'est pas pleinement réalisée. Lorsque, dans la procédure de l'audience principale, le tribunal abandonne à un juge délégué l'exécution des mesures touchant les preuves, ou en charge un juge «étranger» par voie de commission rogatoire, l'appréciation de ces moyens n'est jamais de première main. La procédure civile fédérale prévoit que l'administration des preuves est renvoyée de la procédure préparatoire aux débats principaux lorsqu'il y a des raisons particulières pour que le tribunal prenne directement connaissance des faits de la cause (art. 35 al. 3 PCF).

La loi bernoise, qui renvoie toute l'administration des preuves à l'audience principale, et, dans cette mesure, donne tout d'abord la prépondérance à l'immédiateté, prévoit qu'en règle générale, l'administration des preuves a lieu devant les tribunaux, mais affaiblit tout aussitôt le principe: «Il est loisible au tribunal de commettre un juge instructeur, ou quelqu'un de ses membres, pour recueillir les preuves qu'il

juge à propos». LEUCH formule une admonestation, sur ce point: «Vu la grande importance que revêt l'administration des preuves devant le tribunal *in corpore*, une telle délégation devrait rester exceptionnelle» (art. 199 CPC bernois et LEUCH n. 12 sur cet article). Pour la Cour d'appel statuant en instance unique, l'art. 304 CPC bernois ne maintient pas le principe de l'immédiateté. La cour décide souverainement si l'administration des preuves aura lieu devant elle, devant le juge instructeur ou devant une délégation de ses membres; elle peut aussi commettre, pour cet acte, un président de tribunal.

On surestime en général la valeur de l'impression directe que l'on retire d'une audition de témoin; jusqu'au moment où le juge utilise telle déposition, il ne lui reste fréquemment qu'un vague souvenir de *la façon* dont un témoin a déposé; cela échappe aussi à un juge attentif; *le contenu* de la déposition figure au procès-verbal. La qualité du procès-verbal, dans un procès d'assez longue durée, fournit, pour l'appréciation des preuves, un appui plus sûr qu'une impression fugace. Lors de l'audition, le juge doit mettre le témoin à l'épreuve et le procès-verbal doit en rendre compte. Pour une procédure unifiée, il faut soit reprendre les règles de la loi fédérale de procédure civile (art. 35 al. 2 et 3 PCF) ou alors instituer un système selon lequel on recueille l'ensemble des preuves à l'audience principale. Il faudrait cependant prévoir ici que l'interrogatoire des parties doit avoir lieu devant le tribunal réuni *in corpore*. Le tribunal se réunit pour entendre les exposés des parties. Il doit passer ensuite à l'interrogatoire des parties; l'impression que les *parties* font sur l'ensemble du tribunal est d'une importance extrême, car le comportement d'une partie dans l'ensemble du procès doit nécessairement avoir une influence sur l'appréciation de sa version des faits et de l'interrogatoire des parties.

On retiendra en définitive que la question de l'immédiateté aussi, est liée à celle de l'organisation judiciaire et qu'une exigence, telle qu'on vient de la formuler, se trouverait, dans une large mesure, en contradiction avec les systèmes qui ont

existé jusqu'ici. On mentionnera en particulier la loi valaisanne, qui attribue les litiges relevant du droit de la famille (par exemple les divorces) au Tribunal cantonal, lequel, cependant, ne se prononce que sur le vu de l'instruction faite par un juge unique (cf. p. 141, ch. 4 ci-dessus).

XIII.

La procédure sommaire

1. Le droit fédéral exige l'institution d'une procédure sommaire (cf. par ex.: art. 25 ch. 2 LP). Pour cette procédure, les règles de la procédure ordinaire ne s'appliquent que dans la mesure où la nature et le but de la procédure spéciale le permettent.

C'est la loi qui désigne les causes jugées en la forme sommaire; les parties ne peuvent choisir d'y avoir recours ou non. Cette procédure sert à l'exécution, à certaines affaires soumises à la juridiction gracieuse, aux mesures provisionnelles pour la garantie de prétentions de droit privé et à la liquidation d'un grand nombre d'affaires dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite. La procédure s'introduit par écrit ou oralement; la partie adverse doit avoir l'occasion de prendre parti par écrit ou oralement; la procédure relative aux preuves peut aussi avoir lieu hors de la présence des parties et, en général, il suffit de rendre la prétention vraisemblable, car la procédure ne tend pas à la liquidation définitive d'un litige de droit privé.

Point n'est besoin d'entrer ici dans les détails. Les lois contiennent parfois de longues listes d'affaires que l'on doit traiter selon cette forme. Fréquemment, la procédure sera dictée par le genre de la prétention elle-même (cf. art. 317 ss. CPC bernois; Zurich, Projet, en particulier §§ 210 à 216; en outre touchant les mesures provisionnelles, art. 79 ss. PCF, qui sont exemplaires pour une procédure unifiée).

Pour le droit d'être entendu dans la procédure sommaire, cf. RO I 210.

2. La preuve à futur, en dehors du procès, qui sert à préserver les preuves, sera aussi prévue par le droit fédéral.

XIV.

La procédure de recours

Le Projet SCHWARTZ règle partiellement le caractère définitif des jugements dans ses art. 68 et 69 et l'autorité de la chose jugée dans ses art. 70 à 72. Ces dispositions doivent être reprises.

Les cantons sont libres d'instituer, par *leur* organisation judiciaire, une ou deux instances pour tel litige. La Confédération intervient exceptionnellement en prescrivant une instance unique, par exemple s'agissant des règles applicables en matière de propriété intellectuelle (cf. VOYAME, droit privé fédéral et procédure cantonale; RDS 80 II 88), en outre elle est intervenue par l'art. 7 de la loi sur les cartels du 20 décembre 1962 et par l'institution d'un tribunal des assurances unique dans chaque canton, conformément à la modification apportée, le 13 mars 1964, à la loi sur l'assurance contre la maladie et les accidents (cf. p. 147, dernier alinéa). D'autre part, il existe des dispositions de droit fédéral qui prescrivent l'institution d'un recours cantonal en matière de poursuite pour dettes et de faillite, ainsi, par exemple, l'art. 174 (relatif à la déclaration de faillite) et l'art. 185 LP (relatif au recours cantonal contre le jugement qui admet l'opposition dans la poursuite pour effets de change); ici, la voie du recours à une autorité cantonale supérieure doit être ouverte (délais de dix ou de cinq jours), tandis que, dans d'autres cas, une possibilité de recours n'est prévue que lorsque le droit cantonal connaît la pluralité d'instances, ainsi l'art. 307 LP (recours contre le jugement relatif au concordat).

En général, cependant, une pluralité d'instances cantonales n'est nullement prescrite. Aussi bien les cantons prévoient-ils fréquemment une seule instance cantonale, ainsi en matière de litiges patrimoniaux qui peuvent être portés

devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme (cf. art. 7 al. 2 CPC bernois). Les tribunaux de commerce et les tribunaux qui connaissent spécialement des litiges issus de contrats de travail se prononcent, eux aussi, d'ordinaire, en instance unique, ce qui est conforme à leur mission particulière. Le droit fédéral devrait cependant exiger la création d'une voie de droit extraordinaire, à peu près dans le sens de la révision de l'art. 136 lettres a à d OJ, voie qui serait en outre ouverte en cas de citation irrégulière, de violation du droit d'être entendu totalement et d'arbitraire. En cas d'ouverture d'une voie de droit ordinaire, cette voie ne devrait pas être en contradiction avec les principes généraux du droit de procédure unifié; elle devrait aussi permettre d'invoquer toutes les causes de révision.

XV.

La révision

Le Projet SCHWARTZ la prévoit sous son art. 73 et il faudrait aussi l'insérer, sous cette forme, dans un Code de procédure civile suisse.

XVI.

L'intervention de la partie civile dans la procédure pénale

Du point de vue de la procédure, elle est tout à fait reléguée à l'arrière-plan par la fonction propre de la procédure pénale: élucider et juger d'office des actes punissables. Dans son art. 20, le Projet SCHWARTZ presuppose la possibilité de l'intervention civile. L'art. 210 de la loi fédérale sur la procédure pénale l'admet dans les causes de droit pénal fédéral lorsqu'elles sont déférées à la juridiction fédérale de répression et de même, dans les causes déférées aux tribunaux cantonaux, si la procédure cantonale le permet (art. 248). Lorsqu'une action civile a été jugée en même temps qu'une

action pénale, la cause peut être soumise par un pourvoi en nullité à la Cour de cassation pénale ; le recours en réforme est alors exclu.

Le juge pénal peut renvoyer la partie civile à agir devant le juge civil lorsque le jugement relatif aux prétentions fondées sur le droit privé présente des difficultés particulières ; il peut aussi prononcer que des dommages-intérêts sont dus en principe et renvoyer la partie civile à agir devant le juge civil pour faire fixer le montant de l'indemnité (cf. art. 3 ch. 3 CPP bernois).

L'acte punissable devant faire l'objet d'une enquête d'office, dans cette mesure, le principe de l'autonomie des parties ne s'applique pas non plus, s'agissant du principe de la prétention civile. Le lésé profite ici de l'instruction d'office, ce qui peut être une raison valable d'intervenir dans la procédure pénale pour faire valoir les prétentions civiles issues des actes punissables. Sur le montant des dommages, toutefois, la partie civile doit former les allégations nécessaires et offrir les preuves qui s'y rapportent.

XVII.

Les tribunaux arbitraux

1. Les tribunaux arbitraux sont des tribunaux non étatiques, institués par des personnes privées. Ils sont formés à la demande de personnes privées et sont destinés à se prononcer sur des prétentions dont les parties peuvent disposer librement. La mission des tribunaux arbitraux est fondée

a) soit sur une *clause arbitrale*, contenue dans un contrat écrit ou dans des statuts et selon laquelle des litiges qui peuvent s'élever entre les participants seront tranchés par des arbitres;

b) soit sur un *compromis arbitral écrit*, par lequel les parties conviennent de soumettre à un tribunal arbitral, pour

être liquidé par une sentence arbitrale, un litige qui s'est déjà élevé entre elles ou même qui est déjà pendant devant le juge.

Le compromis arbitral est un contrat de procédure et relève, comme tel, du droit cantonal de procédure (RO 71 II 116, 179). En cas de passage de la procédure dans le domaine du droit fédéral, il appartiendrait à la Confédération de régler l'institution de l'arbitrage.

2. Il existe des points de rattachement entre l'arbitrage et la juridiction étatique dans son sens le plus large: ce sont, d'une part, l'art. 61 Cst. sur la reconnaissance des jugements extracantonaux, au nombre desquels la jurisprudence fait entrer les jugements arbitraux, d'autre part l'article qui permet d'assimiler, en qualité de titres de mainlevée définitive, les sentences arbitrales aux jugements des tribunaux étatiques (cf., par ex.: RO 81 I 325 s.).

3. EUGEN HUBER (*Recht und Rechtsverwirklichung*) considère aussi la transaction et la liquidation d'un litige par des arbitres comme un acte par lequel on se conforme au droit et cela de sa propre initiative. «Lorsque les participants passent à la liquidation de leur conflit par la voie arbitrale, ils font déjà, de ce fait, un pas vers l'aide communautaire...; là aussi, il est possible que ce soit l'intérêt prépondérant qui entraîne les participants vers une telle liquidation de leur conflit d'intérêts et, dans ces cas également, le droit trouve sa réalisation sans l'aide de la communauté.»

FRANZ KLEIN, le créateur du Code de procédure civile autrichien de 1895, était moins optimiste quant à la réalisation du droit par les tribunaux arbitraux. Dans ses cours sur la pratique de la procédure civile (Vienne, 1900, p. 15), il considère que l'on pourra juger de la valeur de «sa» procédure civile en se demandant s'il y a lieu de craindre que la juridiction arbitrale ne prenne encore plus d'extension. La loi prémentionnée interdit aux magistrats de l'ordre judiciaire d'accepter une mission d'arbitres aussi longtemps qu'ils exercent leur charge (§ 578 CPC autrichien) et dit que lorsque

la composition du tribunal arbitral viole cette règle, la sentence est sans effets (nulle) (cf. § 595 ch.3 CPC autrichien).

Les raisons pour lesquelles on institue un tribunal arbitral sont si diverses qu'on ne saurait limiter la juridiction arbitrale. Etant donné que, pour leur exécution, les sentences arbitrales – en particulier lorsqu'elles portent condamnation au paiement d'une somme d'argent – nécessitent la collaboration des autorités étatiques, c'est bien, finalement, l'Etat qui réglemente l'institution et les conditions qu'elle doit remplir.

4. Les législations cantonales que nous avons choisies pour les comparer nous offrent le tableau disparate suivant:

La loi bernoise réglemente les tribunaux arbitraux dans sa cinquième section (art. 380 à 396). Sont applicables les art. 10 et 11 CPC bernois sur l'incapacité et la récusation; les litiges touchant la validité du compromis arbitral ou de la clause arbitrale, la composition du tribunal arbitral et la récusation d'un arbitre relèvent du juge étatique statuant en la forme sommaire; on peut déférer ensuite la cause à la Cour d'appel lorsque la valeur litigieuse comme telle atteint ou dépasse la somme de mille francs. La sentence arbitrale n'est pas appelable devant le juge étatique. En revanche, le recours en nullité est recevable lorsqu'il n'existe point de compromis arbitral, même si la partie qui le forme a procédé devant les arbitres. Le recours est aussi recevable lorsque les limites du compromis arbitral ont été outrepassées, lorsque ce compromis était nul ou expiré, lorsque la sentence n'émane que d'une partie des arbitres ou lorsqu'un arbitre y a pris part alors qu'il avait un intérêt direct à l'issue du litige. Dans cette mesure, il s'agit de causes de nullité qui sont inhérentes à la nature même du compromis arbitral. De plus, la voie du recours en nullité est ouverte, comme elle l'est à l'encontre du jugement d'un tribunal étatique, lorsque la sentence viole le droit d'être entendu intégralement, lorsque le jugement alloue plus que l'on n'avait demandé, lorsque la capacité pour ester en justice

fait défaut, enfin lorsqu'il ne s'agit pas de la liquidation d'un litige civil.

L'Etat se réserve ainsi un certain droit de surveillance. Les parties peuvent aussi *se plaindre* d'un arbitre, mais toute mesure disciplinaire est exclue. L'arbitre ne possède ni pouvoir de coercition, ni pouvoir disciplinaire. Lorsque des témoins cités, ne comparaissent pas, il appartiendra au juge d'Etat de les entendre. Au besoin ce juge, suppléant l'arbitre, commet l'expert récalcitrant et ordonne la production de pièces que le tribunal arbitral ne parvient pas à obtenir amiablement.

En principe les arbitres doivent conformer leur sentence à la rigueur du droit (art. 388 al. 1 CPC bernois). Demeurent cependant réservées les dispositions du compromis arbitral qui font exception à ce principe (art. 388, al. 1 CPC bernois). Les sentences arbitrales sont exécutées comme les jugements étatiques (art. 396 CPC bernois).

La loi vaudoise (art. 425 à 442 CPC vaudois) prévoit aussi que les litiges sur la validité ou la compétence du tribunal arbitral relèvent du juge étatique; il en va de même des récusations, ainsi que de la désignation d'arbitres manquants. L'arbitre n'exerce point d'autorité; il est soumis à la surveillance du Tribunal cantonal, lequel peut infliger des amendes jusqu'à mille francs lorsqu'un arbitre démissionne en temps inopportun ou lorsque la sentence, fautivement, n'est pas prononcée dans le délai fixé (art. 442 CPC vaudois).

L'art. 449 CPC vaudois ouvre la voie du recours en nullité contre les sentences arbitrales, notamment aussi en cas de violation des règles essentielles que doit respecter tout jugement, ainsi lorsque le dispositif est incomplet, incompréhensible ou en contradiction avec les motifs (ch. 3), de même lorsque la loi a été appliquée arbitrairement (ch. 5).

Ces deux derniers motifs s'imposent particulièrement à l'attention, s'agissant d'une procédure civile unifiée.

Les lois vaudoise et bernoise concordent dans une large mesure par la position qu'elles prennent à l'égard des tribunaux arbitraux.

Dans son projet (§§ 235 à 255), le canton de Zurich réglemente la juridiction arbitrale d'une façon très détaillée.

Celui qui procède devant un tribunal arbitral est censé en avoir admis la compétence (§ 237). Le tribunal arbitral juge de sa propre compétence même lorsque la validité de la convention relative à l'arbitrage est contestée; la voie du recours au Tribunal supérieur est ouverte contre sa décision. C'est le Tribunal supérieur qui se prononce lorsqu'un arbitre veut se réuser. Les arbitres sont soumis à la surveillance disciplinaire du Tribunal supérieur, lequel peut infliger des amendes d'ordre ou destituer des arbitres (§ 242 al.2). Le tribunal arbitral peut aussi prendre des mesures provisionnelles dans le cadre du litige pendant. Il doit tenir un procès-verbal conformément aux règles applicables aux tribunaux ordinaires. Le tribunal arbitral doit saisir le tribunal de district s'il veut faire prononcer des mesures disciplinaires.

Le tribunal arbitral doit se prononcer conformément au droit qui régit le fond; on peut aussi lui donner pouvoir de juger en équité.

La sentence arbitrale peut faire l'objet, tant d'un recours en nullité que d'une demande de revision. Lorsque le tribunal arbitral était autorisé à juger en équité, on peut aussi recourir en nullité pour arbitraire (§ 252). L'exposé des motifs dit à ce sujet (p. 96) que pour garantir les parties de l'arbitraire, l'ouverture de cette voie de droit est particulièrement nécessaire (cf. une réglementation opposée, p. 238). Des trois législations considérées, c'est la bernoise et la vaudoise qui sont les plus réservées à l'égard des tribunaux arbitraux.

5. Le Projet SCHWARTZ, dans son art. 24 règle le for du tribunal arbitral. Ce for est au lieu où le tribunal a son siège, selon le compromis ou la clause arbitrale; si la convention est muette sur ce point, ce sont les arbitres qui fixent le for; lorsqu'ils omettent de le faire, ce sera le lieu que désignent les dispositions générales sur le for.

6. Vu les opinions émises au congrès de l'Association suisse des juristes en 1961 et les projets de résolution, on

discute actuellement d'un avant-projet de concordat intercantonal, du 27 mars 1968, sur la juridiction arbitrale, avant-projet dû à l'initiative de cantons romands. On le nomme projet de la Conférence des directeurs des services cantonaux de la justice.

Les dispositions principales en sont les suivantes:

a) Siège du tribunal arbitral: Le texte est pratiquement identique à celui de l'art. 24 du Projet SCHWARTZ (v. ci-dessus, ch. 5).

b) Parmi les tribunaux ordinaires du canton du siège, c'est le tribunal civil supérieur qui est l'autorité judiciaire compétente pour nommer les arbitres lorsque les parties ne le font pas, pour juger de la récusation et de la destitution d'arbitres et de leur remplacement, pour la prolongation de leur mission et pour l'exécution des mesures décidées par le tribunal arbitral, ainsi que pour la réception du dépôt des sentences et leur notification aux parties. Ce tribunal est aussi l'autorité qui connaît des recours et des demandes de revision. Il peut déléguer une partie de ces fonctions, mais dans ce cas, c'est néanmoins par son intermédiaire qu'il faut passer.

Le tribunal se prononce par la voie incidente sur sa propre compétence; sa décision, sur ce point, peut faire l'objet d'un recours en nullité; il suffit, pour motiver un tel recours, d'alléguer que les arbitres se sont, à tort, déclarés compétents ou incompétents. La mission des arbitres est limitée à six mois lorsque les parties n'ont rien stipulé d'autre; des prolongations de ce délai sont possibles; c'est le tribunal étatique qui peut les accorder, fût-ce contre l'opposition d'une des parties. La récusation a lieu conformément aux règles de l'organisation judiciaire: les parties peuvent en outre, par un accord écrit, retirer sa mission à tout arbitre.

c) Les parties conviennent de la procédure applicable; à défaut les arbitres la fixent ou bien c'est la loi fédérale de procédure civile qui s'applique (*mutatis mutandis*). (Dans ce cas, un tribunal arbitral tomberait sans doute dans des

impasses, car les règles touchant l'administration des preuves devant le juge délégué dans la procédure préparatoire ne peuvent être transposées *mutatis mutandis* dans la procédure arbitrale.)

La procédure doit assurer l'égalité de traitement et permettre aux parties d'alléguer leurs moyens d'attaque et de défense en fait et en droit.

d) L'art. 29 du projet dispose que le tribunal se prononce conformément aux règles du droit applicable, sauf si, dans la convention d'arbitrage, les parties ont donné pouvoir au tribunal de se prononcer en équité. Le projet exclut, sous peine de nullité, toute convention arbitrale qui interdirait de donner mission à des juristes dans la procédure arbitrale, que ce soit comme juges, comme secrétaires ou encore comme représentants des parties (art. 14).

On ne comprend pas pourquoi cela ne serait pas permis, mais illégal ou contraire aux mœurs dans des rapports où, de leur côté, les parties sont autorisées à exclure la procédure et les instances étatiques. Dans certaines procédures de l'Etat (ainsi devant les tribunaux qui connaissent des litiges issus des contrats de travail – prud'hommes) il est fréquent que la loi interdise de se faire assister par un avocat; si, pour des raisons d'ordre social et pour éviter les frais, une telle exclusion est possible, une limitation issue de la même tendance et convenue dans le cadre de la liberté des contrats pourrait être nulle.

Au surplus, en fait de voies de droit, le projet ouvre celle du recours en nullité (art. 34 ss.) et la révision (art. 38 ss.).

On peut aussi alléguer, comme moyen de nullité, que la sentence est arbitraire, parce qu'en fait, elle se fonde sur des constatations manifestement contraires aux pièces du dossier ou parce qu'elle contient une violation évidente du droit, sauf si les arbitres étaient autorisés à juger en équité (cf. la réglementation contraire dans le projet zurichois § 252, p. 236 en haut). Les arbitres fixent leurs honoraires dans la sentence elle-même, bien que, sur ce point, ils soient parties eux-mêmes. Le montant des honoraires peut, il est vrai,

aussi être contesté par la voie du recours en nullité (art. 34 ss.) et de la révision (art. 38 ss.).

7. En plus des points sur lesquels a déjà porté notre critique, nous nous élèverons contre le pouvoir donné aux arbitres de se prononcer en équité et non conformément au droit strict. Il ne faut l'admettre en aucune manière. Le pouvoir de libre disposition des parties ne porte que sur la prétention qu'elles élèvent, non pas sur l'ordre juridique. Le juge auquel on donne mandat de se prononcer en équité ne va pas loin en appliquant ses propres jugements de valeur... La distinction entre l'équité et le droit ne conduit au fond qu'à des mécomptes. Elle est étroitement apparentée à celle que l'on fait entre l'avis du juriste et le bon sens... Il est digne de pitié, celui qui ne peut comprendre que la justice fondée sur le bon sens est la mère de l'arbitraire et de la négation du droit (KUMMER, critique de l'ouvrage de KESSLER intitulé «Die Bindung des Schiedsrichters an das materielle Recht», RJB 102, p. 39 s.; cf. aussi LIVER, critique, RJB, p. 290 i. i.).

Faire appel à l'art. 4 CC est un non-sens. Sans doute cette disposition renvoie-t-elle au jugement selon le droit et l'équité, mais elle limite expressément cette règle au cas où la loi, exceptionnellement, ne règle pas les conséquences juridiques de façon exhaustive, mais enjoint au juge d'apprécier l'opportunité, les circonstances ou de rechercher s'il y a de justes motifs. Même le pouvoir de libre appréciation ne permet pas de déroger aux règles du droit (KLEINER, «Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts», 8^e éd., p. 145). Le pouvoir d'appréciation ne peut commencer qu'au point où le droit positif ne fournit plus de critères suffisants. La limite à l'intérieur de laquelle il faut reconnaître l'appréciation fondée sur des jugements de valeur autonomes est tracée par l'interprétation du droit positif selon son sens général et son but (GERMANN, «Probleme und Methoden der Rechtsfindung», p. 350). Permettre un jugement fondé sur la pure équité, c'est abroger le droit privé. On ne voit

pas non plus comment on pourrait faire contrôler par une voie de recours une décision fondée sur l'équité, ce qui excuse dès l'abord l'ignorance de la loi. On se demande quel sens pourraient avoir les garanties de la procédure (droit d'être entendu intégralement) si le juge n'était pas tenu, avant toute chose, de se prononcer selon le droit applicable au litige considéré⁸.

8. L'Etat ne doit pas négliger le contrôle de la juridiction arbitrale : s'il assimile les sentences arbitrales aux jugements étatiques, il doit bien, pour garantir l'ordre juridique, exiger que la juridiction arbitrale présente des garanties du point de vue de l'arbitraire. Il le fait déjà en appliquant aux arbitres, dans toute leur sévérité, les règles de la procédure étatique sur la récusation. Il existe une tendance marquée, en particulier dans les arbitrages dits internationaux, à se soustraire à toute immixtion ou à tout contrôle de l'Etat (v. à ce sujet: KLEIN, Zum Begriff des internationalen Schiedsverfahrens, dans la Festgabe der Universität Basel und des Basler Juristenvereins zum Schweiz. Juristentag 1963, p. 152). Par l'élection du siège, on peut fréquemment lier à un territoire un litige arbitral qui ne possède aucune attache avec lui; de ce fait déjà, il paraît juste de régler par le droit fédéral ces organismes issus de conventions privées et qui se présentent comme des tribunaux arbitraux suisses; le Projet SCHWARTZ a du reste fait un premier pas dans cette voie en créant un *for suisse* du tribunal arbitral. Un concordat ne saurait résoudre ce problème, car il ne pallie le morcellement du droit que dans les cantons concordataires.

⁸ Au contraire de la renonciation à l'appel, la renonciation au recours en nullité dès avant le jugement est inadmissible, vu la nature des motifs de nullité (LEUCH, remarques préliminaires sur l'art. 359 ss. CPC bernois, p. 344 au milieu). Les motifs de nullité concernent les garanties que doit présenter toute procédure. Touchant le caractère non obligatoire de la renonciation au recours en réforme prévu par les art. 43 ss. OJ lorsque cette renonciation a eu lieu avant le prononcé du jugement (selon le droit fédéral), cf. RO 79 II 234.

9. Le législateur fédéral a déjà saisi l'occasion de limiter l'assujettissement à un tribunal arbitral.

Dans la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail, l'art. 1 al. 3 dit: «Les clauses qui soumettent le règlement des litiges à des tribunaux arbitraux ne peuvent faire l'objet d'une décision d'extension.»

L'art. 15 de la loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues limite le recours à la juridiction arbitrale entre les membres des cartels. Les conventions et décisions attribuant à une juridiction arbitrale la connaissance de contestations futures, relatives à la naissance, à la validité et à l'extinction d'engagements à caractère de cartels ou à des mesures prises à titre de sanctions en vertu de l'art. 14 sont nulles lorsqu'elles ne donnent pas à chaque partie le droit, dans chaque cas, d'intenter action auprès du juge ordinaire ou de demander dans les trente jours qui suivent la notification de la demande que la contestation soit tranchée par le juge ordinaire. Selon l'al. 3 de la même disposition, cette limitation ne vaut pas pour les conventions et décisions auxquelles sont également parties des personnes domiciliées à *l'étranger* s'il est prévu que les contestations seront portées devant un *tribunal arbitral international*.

Lorsque, dans les relations internationales, on prévoit que les arbitres se prononceront en équité, la sentence n'a pas la même portée que si elle concernait des personnes soumises au même droit que nous. Si, dans les pays en voie de développement, on prévoit, pour connaître des litiges issus d'investissements privés, un tribunal arbitral qui doit statuer en équité, c'est évidemment que, dans ces affaires, la sentence rendue selon l'équité présente plus de garanties que l'application du droit rudimentaire que possède le pays en voie de développement. Il ne se justifierait en aucune manière de transposer cela dans notre pays.

Résumé

C'est selon des critères objectifs qu'il faut résoudre le problème de l'unification de la procédure civile par la Confédération; on doit en effet rechercher si cette unification permet de mieux réaliser le droit uniifié et si elle est désirable de ce point de vue.

Longtemps déjà avant que le droit civil eût été uniifié, une partie de la procédure civile – ce terme étant pris dans son sens large – à savoir l'exécution des prétentions tendant au paiement de sommes d'argent ou à la fourniture de sûretés, avait été réglée par la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Les règles que le droit civil impose directement à la procédure civile d'une part, les garanties de la Constitution fédérale d'autre part, ont, sur la compétence législative des cantons en matière de procédure, des effets tels qu'il faut tenir cette compétence pour largement restreinte.

La loi de procédure civile fédérale de 1947 fournit une base pour la création d'une procédure applicable aussi devant les tribunaux cantonaux. Les modifications et compléments que l'on doit y apporter résultent des divers buts que l'on veut atteindre: dans ses grandes lignes, la procédure civile fédérale doit servir de directives.

Une procédure civile suisse doit être d'un maniement simple; elle sera franche de tout formalisme désuet; elle doit créer une collaboration entre les parties et le juge; aux premières incombe, comme devant, la tâche de conclure, d'alléguer et de prouver, le second dirige la procédure et a le devoir d'élucider.

Aux cantons resterait, comme domaine propre, l'organisation judiciaire, ainsi que le pouvoir de juger.