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: 138 (2019)

Artikel: Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale : à la recherche d'un nouvel équilibre

Autor: Tappy, Denis

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1052957

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: 22.08.2025

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

Procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale: à la recherche d'un nouvel équilibre

Denis Tappy*

* Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne.

Table des matières

A. Evolution constitutionnelle . . . 294
I. Introduction . . . 294
II. De la République helvétique à la guerre du Sonderbund . . . 295
1. La République helvétique . . . 295
2. De l'Acte de Médiation à 1847 . . . 298
III. Evolution de la répartition des compétences en matière civile dès 1848 . . . 300
1. Le passage à un Etat fédéral . . . 300
2. La naissance du Tribunal fédéral et la loi fédérale de procédure civile de 1850 . . . 301
3. Le refus de l'unification complète du droit privé et de la procédure civile en 1872 . . . 302
4. Le premier compromis de 1874 . . . 303
5. Le deuxième compromis de 1898 et sa longue survie . . . 305
6. L'unification partielle de la procédure civile «à froid» à la fin du XXe siècle . . . 308
7. La Constitution fédérale de 1999 et le troisième compromis de 2000 . . . 309
8. La rédaction du CPC unifié de 2008 et son entrée en vigueur le 1er janvier 2011 . . . 311
B. Evolution et état actuel des organisations judiciaires cantonales . . . 312
I. Un point de départ assez homogène hérité de la République helvétique . . . 312
II. L'augmentation des divergences depuis la fin du XIXe siècle . . . 316
1. Les tribunaux de commerce . . . 316
2. Les prud'hommes . . . 318
3. Les tribunaux des baux . . . 321
III. Quelques évolutions récentes . . . 323
1. Apparition et disparition de nouveaux tribunaux . . . 323
2. La question des juges non juristes et des assesseurs . . . 325
3. Des choix très différents en matière d'autorité de conciliation . . . 326
4. La situation actuelle dans quelques cantons . . . 328
C. La nouvelle répartition depuis le 1er janvier 2011 . . . 331
I. Juridiction d'une autorité fédérale de première instance en matière civile . . . 331
1. Le Tribunal fédéral des brevets . . . 332
2. La juridiction résiduelle du TF en instance civile unique . . . 332
II. Contraintes maintenues ou nouvelles sur l'organisation judiciaire cantonale 333
1. Les cas où le droit fédéral impose une juridiction cantonale unique . . . 333
2. Les voies de droit du CPC et le nombre des instances . . . 336
3. Autres impératifs . . . 337
III. Latitudes laissées aux cantons sur des questions de pure procédure . . . 339
IV. Questions mal délimitées ou non réglées . . . 343
D. Evolutions possibles . . . 344
I. Réserve de l'art. 122 al. 2 Cst et développement éventuel de la juridiction fédérale . . . 344
II. Problèmes liés à l'informatique et à la bureautique . . . 346
III. De «fausses bonnes idées»: uniformiser la structure des juridictions cantonales ou la formation des juges . . . 348
IV. L'échec des juridictions intercantonales . . . 349
V. Des adaptations de détail souhaitables . . . 350

A. Evolution constitutionnelle

I. Introduction

Dans un Etat fédéraliste, la répartition des compétences s'agissant de la législation civile, la procédure applicable aux procès la concernant et la structure des juridictions chargées de son organisation peut conduire à des équilibres très différents. Une des variantes possibles consiste à laisser l'essentiel de ces trois domaines aux Etats fédérés, l'Etat central n'intervenant alors qu'à travers certaines exigences imposées à ces derniers, par exemple constitutionnelles, éventuellement par des lois spéciales concernant uniquement des domaines particuliers, et généralement par une juridiction suprême à laquelle les justiciables n'auront accès qu'en dernière instance, après épuisement des degrés de juridiction prévus par l'organisation judiciaire des premiers. C'est le système qui prévalait en Suisse pendant une partie du XIXe siècle et cela reste le système en principe applicable aux Etats-Unis d'Amérique[1].

A l'extrême inverse, il arrive, notamment dans des Etats passés au fédéralisme après une période plus centralisée, que les dévolutions de compétence intervenues n'aient porté sur aucun de ces domaines: c'est la solution suivie en Belgique, où tant le droit privé que la procédure civile ou l'organisation judiciaire échappent en réalité entièrement aux entités fédérées[2]. On en est proche en Autriche, alors qu'en Allemagne actuelle, où des unifications de la procédure civile et partiellement de l'organisation judiciaire avaient précédé au XIXe siècle celle du droit privé matériel, même la structure des tribunaux est fortement unifiée bien qu'il existe en principe une compétence concurrente du *Bund* et des *Länder* en la matière.

Ces équilibres n'ont évidemment rien d'immuable. L'exemple de pays revenus à de fortes régionalisations après des épisodes plus centralisés (on peut penser à la Belgique évoquée ci-dessus, mais aussi p.ex. à l'Espagne) montre d'ailleurs qu'ils peuvent être modifiés aussi bien dans le sens d'une décentralisation que d'une centralisation toujours croissante. Dans la présente étude, nous retracerons d'abord les différentes répartitions entre droit privé matériel, procédure civile et organisation judiciaire qui ont successivement prévalu dans notre pays, avant de nous pencher sur celle qui existe aujourd'hui et son évolution possible.

---

1 Aux Etats-Unis, chaque Etat reste en principe compétent pour légiférer tant sur le droit matériel que sur la procédure et sur l'organisation judiciaire, sans d'ailleurs que cela se limite aux affaires civiles, des lois et des juridictions inférieures fédérales dans ces domaines pouvant certes exister, mais gardant un caractère exceptionnel. Le système de *common law* réduit cependant en pratique la variété des solutions suivies.

2 Dans la Belgique actuelle, l'organisation judiciaire et la désignation des juges tient compte du clivage linguistique avec, notamment pour proposer des magistrats, un conseil supérieur de la magistrature composé de collèges différents selon les langues, mais sans que les entités fédérées n'aient formellement de compétence ni en matière de droit privé matériel, ni en matière de procédure civile, ni en matière de structure des tribunaux.

Nous nous en tiendrons à la justice civile dans un sens étroit, en laissant de côté des institutions particulières se rattachant partiellement à la procédure administrative ou s'en rapprochant, comme les litiges qui concernent l'adoption, la tenue des grands registres, la responsabilité d'un canton pour une faute médicale reprochée à un employé d'un hôpital public, ou encore les questions relevant de l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, qui ne relèvent pas ou pas toujours de juridictions civiles en instances inférieures.

II. De la République helvétique à la guerre du Sonderbund

1. La République helvétique

Les premières tentatives en vue d'une unification du droit en Suisse, notamment dans les domaines qui nous intéressent, remontent à 1798. Cette année-là en effet la République française exporte sa Révolution dans notre pays, en y renversant l'Ancien Régime et en imposant une République helvétique unitaire, censée mettre en place un droit unitaire aussi, cela d'ailleurs dans tous les domaines, soit, pour ce qui nous intéresse, aussi bien en droit matériel privé qu'en matière de procédure civile ou d'organisation judiciaire.

En réalité, on sait que ce régime centralisé, le seul que la Suisse ait jamais connu, fut un échec. La République helvétique ne se maintiendra qu'en s'appuyant sur des troupes françaises d'occupation, connaîtra plusieurs changements de régime à la suite de coups d'État et finira par être remplacée moins de cinq ans plus tard par un régime fédéraliste organisé par l'Acte de Médiation de 1803, toujours dans le cadre d'une sorte de protectorat exercé par la France bonapartiste. Dans ce bref laps de temps et dans ces circonstances troublées, elle ne parvint évidemment pas à réaliser l'unité juridiquement prévue[3].

En pratique, les juridictions très nombreuses et variables selon les matières, les lieux, les confessions, les survivances de règles féodales, etc. qui existaient à la fin de l'Ancien Régime[4] furent rapidement remplacées par une nouvelle organisation judiciaire mise en place dès l'été 1798. Elle comportait dans chaque district une juridiction inférieure (tribunal de district, *Bezirksgericht*), dans chaque canton une juridiction intermédiaire (tribunal de canton, *Kantonsgericht*) et au sommet de la pyramide une juridiction supérieure unique (Tribunal

3 Sur l'histoire institutionnelle et politique de la République helvétique, cf. notamment Alfred Kölz, Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne, 2 vol. I: ses fondements idéologiques et son évolution institutionnelle dans le contexte européen, de la fin de l'Ancien Régime à 1848 et II: l'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848, trad. A. Perrinjaquet et S. Colbois, puis Béatrice et Jean-François Aubert, Berne 2006 et 2013, I p. 65 s.

4 La diversité des juridictions existant dans notre pays dès la fin du Moyen Age et sous l'Ancien Régime rend très difficile une présentation d'ensemble. Voir cependant la tentative de synthèse d'Anne-Marie Dubler, Tribunaux, in: Dictionnaire historique de la Suisse XII, Bâle 2012, p. 635 ss.

suprême, *Oberste Gerichtshof*)[5]. Le système aurait encore dû comporter une justice inférieure de proximité, avec un juge de paix *(Friedensrichter)* par cercle, mais le projet d'instaurer cette juridiction, plusieurs fois réaffirmé et qui fit même l'objet d'une loi du 13 juin 1800, ne put finalement être mis en vigueur avant 1803[6].

Les juridictions des trois niveaux précités, qui fonctionnèrent effectivement dès le milieu de 1798 déjà en remplacement des juridictions très multiples et variées, parfois encore partiellement féodales ou ecclésiastiques, qui subsistaient à la fin de l'Ancien Régime[7], exerçaient toutes des compétences à la fois civiles et pénales. Elles pouvaient être saisies successivement par voie d'appel ou de recours, mais avaient toutes aussi des compétences spéciales, évidemment elles aussi définies par la législation nouvelle[8]. En revanche, le droit privé

---

5 Cf. PHILIPPE CONOD, L'unification de la procédure civile ou un bicentenaire inachevé, in: Eva Maier, Antoine Rochat et Denis Tappy (éd.), A cheval entre histoire et droit: hommage à Jean-François Poudret, BHV 115, Lausanne 1999, p. 431 s., sp. 433 s.; KÖLZ I (note 3), p. 131 s.; LUKAS GSCHWEND et NATHANIEL HUWILER, Justizorganisation, Gerichtsbarkeiten und Instanzen in der Schweiz 1798–1848. Unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung von Gerichtsorganisation, Instanzenzug, Aussstandregelungen und Wählbarkeitsvoraussetzungen in den Kantonen Zürich, Luzern, Graubünden, St. Gallen und Appenzell Ausserrhoden, in: José A. Perez Juan (éd.), Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert, Ratisbonne 2018, p. 181 ss. Pour des études sur les juridictions dans des cantons particuliers à cette époque, cf. notamment PAUL LEONHARD USTERI, Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Zürich während der Helvetik, thèse Zurich 1935; ALFRED BÄRLOCHER, Gerichtsorganisation und Zivilprozess im Kanton Säntis, 1798–1803, thèse Zurich 1940; MATTHIAS KRADOLFER, Justitias «Emancipation» – Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798–1848 unter besonderer Berücksichtigung der Justizgeschichte des Kantons St. Gallen, thèse Zurich 2011, p. 94 s. La présentation la plus détaillée de l'organisation judiciaire de la République helvétique reste celle d'EMIL SCHURTER et HEINZ FRITZSCHE, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1924–1933, 2 tomes en 3 volumes, I *(Das Zivilprozessrecht der Bund)* p. 139 s. Sur la juridiction suprême de la République helvétique, cf. ROBERT LEVI, Der oberste Gerichtshof der Helvetik, Zurich 1945.

6 Cf. SCHURTER/FRITZSCHE I (note 5), p. 141 s.; PETER SCHNYDER, Der Friedensrichter im schweizerischen Zivilprozessrecht. thèse Zurich 1985, p. 5 s; GUY VAN RUYMBEKE, Echec de l'introduction des juridictions de paix sous l'Helvétique, in: Pio Caroni (éd.), L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle, Méthodes et problèmes, Fribourg 1986, p. 143 s.; *IDEM*, Les juridictions de paix vaudoises, des origines à 1889, BHV 85, Lausanne 1987, p. 23 s.; KARIN FISCHER, Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde: eine Institution im Spannungsfeld zwischen Tradition und Moderne, am Beispiel des Kantons Zürich, thèse Zurich 2008, p. 4 ss.

7 Savoir si et comment ces juridictions nouvelles devaient remplacer les juridictions compétentes sous l'Ancien Régime en matière matrimoniale, soit dans les cantons réformés des tribunaux consistoriaux et dans les cantons catholiques la justice ecclésiastique appliquant le droit canon, posa des problèmes délicats, qui n'étaient pas totalement résolus à la chute de la République helvétique, cf. USTERI, (note 5), p. 116 s.; GSCHWEND/HUWILER (note 5), p. 184 s.; ANDRÉ CABANIS, La disparition des consistoires dans le pays de Vaud en 1798, Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands (ci-après MSHDB) 35, 1978, p. 111 ss.

8 Selon un système alors courant, il y avait d'ailleurs en matière pénale et civile certaines décisions importantes qui étaient prises par un tribunal inférieur, mais ne devenaient exécutoires que moyennant une confirmation par la juridiction supérieure, même en l'absence de tout recours ou appel des parties.

matériel de chaque ancienne partie de la Suisse d'Ancien Régime ainsi que les multiples règles procédurales régissant le déroulement même du procès devant une instance donnée restaient pour le surplus provisoirement en vigueur. Cette solution résultait expressément de l'art. 48 de la Constitution du 12 avril 1798[9], qui avait la valeur d'une règle de droit transitoire. Des commissions s'attelèrent certes à la rédaction de codes unifiés aussi bien en droit privé[10] qu'en procédure civile[11], mais leurs travaux n'allèrent pas au-delà de premières esquisses, qui finirent par être simplement archivées en 1801[12].

On ne peut dès lors guère dire quelles caractéristiques aurait eu un système tant de droit privé que de procédure civile et d'organisation judiciaire unifiés, tel que l'envisageaient les révolutionnaires de 1798. Il aurait cependant certainement été d'inspiration française, comme la quasi-totalité de la législation adoptée ou envisagée par la République helvétique[13]. Relevons que l'idée d'une unification aussi poussée n'avait pas même duré aussi longtemps que cette dernière, pourtant éphémère: la dernière constitution, du 25 mai 1802, promulguée par ce régime bref et politiquement instable[14], prévoyait certes encore des

9 «Les lois civiles de chaque canton et les usages qui y ont rapport continueront à servir de règle aux tribunaux jusqu'à ce que les Conseils législatifs aient introduit, par degrés, l'uniformité des lois civiles», disposition qui était d'ailleurs conçue comme d'application très large, y compris en matière de procédure et de droit pénal. La Constitution helvétique de 1798 a été de nombreuses fois publiée. Nous utilisons l'édition d'Alfred Kölz, Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte I: vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Berne 1992, p. 126 ss, qui en donne les textes français et allemand.

10 Une commission chargée de l'élaboration d'un Code civil helvétique travailla épisodiquement entre 1798 et 1801, cf. Hans Staehelin, Die Civilgesetzgebung der Helvetik, Berne 1931, qui publie en annexe et analyse les fragments conservés de ces travaux, dus au Vaudois Benjamin Carrard et au Thurgovien Joseph Anderwert et concernant essentiellement le droit du mariage et celui de la tutelle.

11 Une commission désignée aussi en 1798 et dans laquelle le Bernois Bernard Friedrich Kuhn et le Vaudois Louis Secrétan semblent avoir joué des rôles prépondérants mena à chef certains travaux, aboutissant à quatre premières sections d'un projet de loi, qui furent déjà présentées aux Conseils législatifs, mais dont l'examen s'enlisa ensuite, cf. Conod (note 5), p. 439 s. Ces premiers articles, reprenant sur certains points des règles d'origines bernoise et vaudoise, sont publiés par Schurter/Fritzsche I (note 5), p. 169 s.

12 Cf. Staehelin (note 10), pp. 70 s.

13 Le Code pénal helvétique de 1799, la seule codification importante que la République helvétique parvint à mettre rapidement sous toit, était calqué sur le Code pénal français de 1791 et s'agissant de l'organisation judiciaire l'idée de créer des justices de paix, plusieurs fois réaffirmée nous l'avons vu (cf. note 6 ci-dessus), trahissait de même l'envie de se calquer sur les institutions de la Grande Nation (en France des justices de paix avaient été instituées par une loi d'août 1790). Sur l'influence du droit révolutionnaire sur celui de la République helvétique, cf. notamment André Cabanis, L'influence du droit révolutionnaire en République helvétique, in: Michel Vovelle (dir.), La Révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans, 11–13 septembre 1986, p. 557 ss.

14 Sur cette constitution, cf. notamment Kölz I (note 3), p. 154 s. Son texte a aussi été plusieurs fois publié (dernière édition complète, avec seulement le texte allemand, par Simon Kaiser et Johannes Strickler, Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 1901, p. 48 ss; pour le texte français, cf. notamment Bulletin des arrêtés et décrets généraux de la République helvétique VI, 1801–1802, p. 133 s.).

projets de code civil et de procédure civile uniformes, mais en précisant qu'ils ne pourraient être introduits dans un canton que de son consentement[15]. Selon cette variante esquissant déjà une évolution vers davantage de fédéralisme, dans les domaines qui nous intéressent seuls auraient été semble-t-il imposés à l'ensemble du pays un code forestier, un code de commerce et une organisation spéciale de tribunaux de commerce[16]. Retenons peut-être la solution inversée par rapport à celle qui prévaut aujourd'hui qu'a ainsi connue la République helvétique, certes en raison de ses difficultés à mettre en œuvre son vaste programme d'unification législative: entre 1798 et 1803 en Suisse, l'organisation judiciaire était unifiée, mais ni le droit privé, ni la procédure civile!

2. *De l'Acte de Médiation à 1847*

Les cantons de la République helvétique, qui n'étaient guère plus dans le régime unitaire initialement prévu que des circonscriptions administratives, subsistèrent généralement sous l'Acte de Médiation, en devenant ou redevenant des Etats dotés en principe d'une pleine souveraineté en matière juridique et de législation. Là encore, le droit existant, y compris parfois certaines règles résultant de la législation de la République helvétique, restait en vigueur jusqu'à une éventuelle codification cantonale.

Plusieurs cantons entreprirent alors sans tarder des codifications en particulier du droit privé et de la procédure civile[17]. Aucune n'aboutira cependant dans les dix ans séparant l'Acte de Médiation de l'effondrement de l'empire napoléonien ni d'ailleurs dans les quelques dix-huit mois que mettra notre pays à se réorganiser dans le contexte de la Restauration qui y demeurera seulement partielle, nous y reviendrons. Dans la plus grande partie de la Suisse actuelle, le droit privé et la procédure civile restèrent donc régis entre 1803 et 1815 par les règles du droit local d'Ancien Régime.

---

15 En disposant qu'«il sera rédigé un projet de procédure civile uniforme; elle ne pourra être introduite dans aucun canton que de son consentement», l'art. 70 de la Constitution du 25 mai 1802 prévoyait en somme un code unifié «modèle», dont un canton aurait eu le droit de refuser la mise en vigueur sur son territoire, soit une sorte de fédéralisme différencié déjà en retrait par rapport au centralisme prévu en 1798. L'art. 71 envisageait la même solution pour un projet de Code civil, alors que selon l'art. 68 le droit pénal et la procédure pénale auraient impérativement dû être unifiés.

16 Art. 69: «il y aura un code forestier, un code commercial et une organisation spéciale de tribunaux de commerce».

17 Après diverses lois ou propositions de lois portant sur des questions procédurales de détail, comme les féries judiciaires, une codification de la procédure civile fut par exemple en principe décidée dans le canton de Vaud en 1811, une commission à cet effet étant effectivement mise en place en été 1813, cf. Conod (note 5), p. 49 s. Pour un aperçu d'ensemble récent sur les premières codifications cantonales de procédure civile dans notre pays, cf. Lukas Gschwend, Christoph Good et Mark Winiger, Prozessrechtsgeschichte der Schweiz im 19. Jahrhundert – Ein Ueberblick von der Helvetik bis zur Gründung des Bundesstaates (1798–1848), in: Ignacio Czeguhn et José A. Perez Juan (éd.), Reflexiones sobre la Justicia en Europa durante la primera mitad del siglo XIX, Alicante 2010, p. 49 ss.

Il faut excepter toutefois Genève ou l'Ancien Evêché de Bâle annexés à la France à fin de la première République et sous le premier Empire: ces régions étant alors intégrées au territoire français, elles furent naturellement soumises dès leur entrée en vigueur aux codifications napoléoniennes en la matière, soit au Code civil de 1804 et au Code de commerce de 1807 pour le droit privé matériel, au Code de procédure civile (ci-après CPC) de 1806 pour cette dernière[18]. Malgré des velléités de leur substituer rapidement d'autres règles, les deux premières de ces codifications restèrent finalement en grande partie en vigueur tant à Genève que dans l'Ancien Evêché de Bâle jusqu'à leur remplacement respectivement par le Code des obligations (ci-après CO) fédéral de 1881 ou par le Code civil suisse (ci-après CCS) de 1907[19]. La longévité du CPC de 1806 sur le territoire suisse fut en revanche bien moindre[20]. Quoiqu'il en soit, ces codifications napoléoniennes ne furent dès 1815 plus applicables dans notre pays qu'à titre de législation en vigueur dans un canton ou une partie de canton.

Imposé par Napoléon, l'Acte de Médiation fut déclaré caduc par la Diète à la fin de 1813, après que la défaite de Leipzig eut annoncé la fin prochaine du

---

18 Il en fut théoriquement de même durant quelques années en Valais: d'abord détaché de la République helvétique en 1802 pour être érigé en petite République indépendante sous protectorat français, celui-ci se vit en effet rattaché d'un trait de plume à son empire par Napoléon le 15 novembre 1810. Quelques semaines plus tard, un décret d'organisation du 26 décembre 1810 prescrivait la mise en place de nouvelles juridictions qui devaient fonctionner dès le 1er juillet 1811 et appliquer les différentes codifications napoléoniennes, cf. Yolande Pittier, Les réactions des Valaisans à l'annexion de leur pays à la France et leur attitude face au nouveau gouvernement (1810–1813), Annales valaisannes 1981, p. 3 s. Cependant, dès le retrait des troupes françaises en décembre 1813, les nouvelles autorités valaisannes affectèrent de considérer le régime qui avait prévalu les trois dernières années comme illégitime. Elles considérèrent en conséquence la législation locale antérieure comme immédiatement rétablie, sous la seule réserve de règles destinées à maintenir la validité des actes passés ou des jugements rendus entre 1810 et 1813. Sur la question de l'application du droit français au Valais annexé, en principe prescrite par l'acte de réunion à la France du 15 novembre 1810, et son abrogation confirmée par une note adressée aux nouveaux dirigeants valaisans le 21 janvier 1814 par le colonel autrichien Joseph Karl von Simbschen, qui commandait le contingent allié ayant remplacé les troupes françaises, cf. Lucas Pellet, La résistance au droit français en Valais après l'annexion de 1810, MSHDB 69, 2012, p. 212 s.

19 Sur le maintien du Code Napoléon à Genève jusqu'à l'entrée en vigueur du CCS, après une tentative non aboutie de codification propre au début du XIXe siècle, cf. notamment Alain Zogmal, Pierre-François Bellot (1776–1836) et le code civil: conservatisme et innovation dans la législation genevoise de la Restauration, Genève 1998, p. 125 ss; Alfred Dufour, Code Napoléon et Histoire du droit genevois, Commentationes Historiae iuris Helveticae I, 2006, p. 18 s.; Victor Monnier, Des Edits civils de 1568 aux législations françaises du début du XIXe siècle. Les Codes français à Genève, un droit étranger imposé?, Commentationes Historiae iuris Helveticae I, 2006, p. 48 s.; sur l'évolution dans l'actuel canton du Jura et le Jura bernois cf. en dernier lieu Michele Luminati et Nikolaus Linder, Der Code civil als Provokation: Der richterliche Umgang mit dem Code civil im Berner Jura (1815–1912), in: Barbara Dölemeyer et al. (éd.), Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs, Francfort-sur-le-Main 2006, p. 273 s.

20 Le CPC napoléonien resta cependant en vigueur à Genève jusqu'en 1819 et son remplacement par la loi de procédure civile (ci-après LPC) due à Pierre François Bellot, alors que dans l'ancien Evêché de Bâle, il sera en principe remplacé par le CPC bernois de 1821.

Premier Empire. La Restauration qui suivit fut toutefois loin d'être totale en Suisse. Le Pacte de 1815 qui réorganisa finalement alors la Confédération[21], en y incluant Neuchâtel et divers territoires auparavant annexés à la France (soit Genève, et le Valais, qui devenaient à leur tour des cantons, ainsi que l'Ancien Evêché de Bâle, pour l'essentiel attribué à Berne) ne toucha en effet pas à l'existence des nouveaux cantons de 1798 ou 1803. La souveraineté législative cantonale resta quasi-totale[22]. Malgré des velléités inabouties de révision à la suite du mouvement de régénération des années 1830 dans une partie du pays[23], le Pacte de 1815 précité demeura finalement inchangé jusqu'en 1848. La législation dans tous les domaines resta donc jusqu'à cette date du seul ressort des cantons. C'est d'ailleurs dans ces années situées entre 1815 et 1848 que virent le jour les premières codifications cantonales spécifiques de la procédure civile[24].

III. Evolution de la répartition des compétences en matière civile dès 1848

1. Le passage à un Etat fédéral

On sait qu'en 1847–1848 un bref conflit armé entre les cantons gagnés au radicalisme et les conservateurs catholiques, regroupés dans une «alliance spéciale» *(Sonderbund)*, aboutit à une victoire des premiers et à une réorganisation progressiste de la Confédération[25]. La Constitution de 1848[26] imposée aux vaincus marque le passage à un Etat fédéral avec un pouvoir législatif fédéral et un système de répartition des compétences entre Confédération et cantons qui prévaut aujourd'hui encore, même si les attributions accordées à la première se sont évidemment beaucoup accrues depuis. En 1848, les matières devant faire l'objet

21 Sur la difficile genèse du Pacte fédéral de 1815, cf. notamment Kölz I (note 3), p. 195 ss; Alessandro Campanelli, Le pouvoir central dans l'élaboration du Pacte fédéral de 1815, in: Commentationes Historiae iuris Helveticae XVI, 2018, p. 77 ss.

22 Cf. notamment Kölz I (note 3), p. 200 ss. Le Pacte de 1815 ne prévoyait pas de législation centrale à proprement parler, mais admettait un pouvoir réglementaire de la Diète sur certaines questions militaires qui permit notamment l'adoption en 1838 d'une loi sur la justice pénale applicable aux troupes fédérales.

23 Cf. notamment Kölz I (note 3), p. 411 ss.

24 La plus ancienne est la loi de procédure civile rédigée par le Genevois Bellot et adoptée par le canton de Genève en 1819 pour remplacer le CPC napoléonien, cf. Zogmal (note 19), p. 157 ss; suivirent le CPC bernois de 1821, cf. Knut Wolfgang Nörr, Das bernische Zivilprozessgesetzbuch 1821 unter dem Einfluss des «Entwurfs eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren» von Gönner, in: Louis Carlen et Friedrich Ebel (éd.), Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1977, p. 207 ss, reprint in: Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa, Goldbach 1993, p. 249 ss, puis le CPC vaudois de 1824, cf. Philippe Conod, Le Code de procédure civile vaudoise de 1824 ou la fidélité à la pratique judiciaire, BHV 88, Lausanne 1987.

25 Cf. notamment Kölz I (note 3), p. 597 s.

26 La Constitution de 1848 (ci-après Cst 1848) est publiée dans le Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse, ci-après RO I, 1848–1850, p. 3 ss, et plus récemment dans ses versions allemande et française par Kölz (note 9), p. 447 ss.

de lois fédérales concernaient cependant essentiellement des domaines du droit public comme la monnaie, les douanes, certaines questions militaires, etc. Ni le droit privé ni la procédure civile ni l'organisation des tribunaux chargés de les appliquer n'en faisaient en principe partie.

2. *La naissance du Tribunal fédéral et la loi fédérale de procédure civile de 1850*

C'est toutefois à 1848 que remonte l'instauration du Tribunal fédéral (ci-après TF), renouant en quelque sorte avec l'idée d'une juridiction suprême pour tout le pays, qu'avait constitué entre 1798 et 1803 le Tribunal suprême de la République helvétique. Sans avoir encore la forme d'une institution permanente, le TF était selon l'art. 105 Cst 1848 chargé de statuer sur des plaintes transmises par les Chambres fédérales et pouvait exceptionnellement avoir à juger des affaires en instance unique, y compris en droit privé[27]. Cette juridiction fut organisée par une loi fédérale de 1849[28], et la procédure applicable devant elle fut précisée l'année suivante par une loi initialement provisoire[29]. Inspirée par le droit commun allemand en matière de procédure civile et par le récent CPC bernois de 1847, cette loi restera finalement en vigueur pendant près d'un siècle.

L'activité du TF durant les années 1850 demeura très réduite et ne concerna guère des affaires civiles. Une compétence spéciale en la matière lui fut cependant confiée dès 1862 par une loi fédérale[30] complétant la loi de 1850 sur les mariages mixtes[31]. De constitutionnalité douteuse[32], cette loi permettait à des membres de couples formés d'un époux catholique et d'un époux protestant, voire de deux protestants, s'ils étaient domiciliés dans un canton dont la législation ne permettait pas le divorce, de demander celui-ci directement devant le TF qui statuerait en instance unique. Sur cette base, les juges fédéraux

---

27 Cf. Schurter/Fritzsche (note 5), I p. 218 ss; Ernst Brand, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, 3 vol., Berne 1952–1962, III, p. 60 ss; Goran Seferovic, Das schweizerische Bundesgericht 1848–1874: die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Zurich 2010, p. 20 s.

28 Loi du 5 juin 1849 sur l'organisation judiciaire fédérale (RO I, 1848–1850, p. 65 ss).

29 Loi provisoire du 22 novembre 1850 sur la procédure à suivre par devant le Tribunal fédéral en matière civile (RO II, 1850, 77 ss), prorogée en 1852 (RO III, 1851–1853, p. 180 s.) et finalement transformée en loi définitive en 1855 (RO V, 1854–1857, p. 120 s.).

30 Loi fédérale du 3 février 1862 complémentaire [à la loi fédérale du 3 décembre 1850 sur les mariages mixtes, cf. RO 1850–1851 II p. 127 s.] sur les mariages mixtes (RO VII, 1860–1863, p. 129 ss.).

31 Sur ces lois de 1850 et 1862 et l'histoire compliquée de leur genèse, cf. Pius Hafner, Die Mischehe und deren Scheidung kraft Bundesrecht im ersten Bundesstaat (1848–1874), in: Revue d'histoire ecclésiastique suisse 73, 1979, p. 1 ss; Cornelia Seeger, Etapes de l'unification du droit matrimonial suisse: de la République helvétique à la loi de 1874, in: Pio Caroni (éd.), L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle (note 6), p. 57 ss; Bernadette Schönenberger, Les mariages mixtes en Suisse au XIXe siècle, Commentationes Historiae iuris Helveticae XIII, 2014, p. 63 ss.

32 Cf. Charles Knapp, Cent ans de mariage dans la Constitution fédérale, Revue de droit suisse (ci-après RDS) 1952, p. 275 ss.

prononcèrent entre 1862 et 1875 plusieurs dizaines de divorces, instruits et jugés selon la loi de procédure précitée de 1850[33].

3. *Le refus de l'unification complète du droit privé et de la procédure civile en 1872*

Durant les trois dernières décennies du XIXe siècle, d'importants débats eurent lieu en Suisse sur l'opportunité de transférer à la Confédération tout ou partie des questions qui nous intéressent[34]. A la suite de démarches initiées notamment par la Société suisse des juristes (ci-après SSJ) et une fameuse résolution votée sous l'influence du Soleurois Simon Kaiser en 1868[35], les milieux centralisateurs, représentés principalement par les radicaux provenant des cantons alémaniques protestants et industrialisés, parvinrent à imposer aux Chambres fédérales l'idée d'une révision totale de la Constitution accroissant très fortement les compétences accordées à l'Etat fédéral. Dans les domaines qui nous intéressent, un article 55 al. 1er aurait stipulé que «la législation sur le droit civil, y compris la procédure, est du ressort de la Confédération». Il n'était pas précisé ce qu'il en était de l'organisation judiciaire. Ce projet, qui comportait de nombreuses autres dispositions accroissant la centralisation dans d'autres domaines, dont le droit pénal et la procédure pénale, fut soumis au vote du peuple et des cantons le 12 mai 1872. Une coalition des radicaux romands avec les milieux fédéralistes et conservateurs, notamment catholiques, de l'ensemble du pays parvint à le faire échouer, assez largement quant au décompte des cantons, de manière plus serrée s'agissant de celui du peuple.

Même si ce résultat n'était évidemment pas dû qu'à un rejet de l'idée de centraliser le droit privé et la procédure civile dans son entier, ce point avait fortement compté et la coupure était particulièrement nette entre la Suisse romande et la Suisse alémanique, indépendamment des différences religieuses: le canton de Vaud protestant et à majorité radicale avait voté non à 93,9 %, presque aussi

---

33 Cf. Seferovic, (note 27), p. 313 ss.

34 Sur les hésitations et l'évolution constitutionnelle progressive de 1872 à 1898, cf. notamment Pio Caroni, Rechtseinheit in der Schweiz: zur Geschichte einer späten Verfassungsreform, in: H. Hofmeister (éd.), Kodifikation als Mittel der Politik: Vorträge und Diskussionsbeiträge über die deutsche, schweizerische und österreichische Kodifikationsbewegung um 1900, Vienne 1986, p. 29 s.; Didier Barbezat et Didier Perdrizat, L'attribution progressive à la Confédération suisse de la compétence d'unifier le droit privé, in: Pio Caroni (éd.), L'unification du droit privé suisse (note 6), p. 13 s.; Thomas Sutter[-Somm], Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zurich 1998, p. 4 ss; Denis Tappy, Un feuilleton de plus de deux siècles, l'unification de la procédure civile en Suisse, RDS 2001, p. 127 ss; René Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte, ein Grundriss, 2e éd., Zurich 2017, p. 260 ss.

35 Sur cette résolution votée à l'issue de débats houleux et qui créera une crise au sein de la SSJ, plusieurs membres conservateurs ayant en conséquence donné leur démission, y compris l'un des principaux fondateurs Andreas Heusler, cf. notamment Hans Fritzsche, La Société suisse des juristes, 1861–1960, Bâle 1961, p. 43 ss.

fortement que les Uranais catholiques et anciens membres du Sonderbund (96,4 % de non), alors que le oui dépassait les 80 %, voire les 90 % dans des cantons protestants alémaniques comme Zurich ou Schaffhouse[36]. Ce clivage linguistique assez inhabituel dans les votations fédérales du XIXe siècle, où les oppositions étaient plus souvent religieuses, s'explique sans doute en partie par l'engouement perceptible alors chez certains Alémaniques pour l'unification allemande toute récente, qui suscitait en réaction chez beaucoup de Romands la crainte d'une germanisation des institutions laissées à la Confédération … Il marquera longtemps les esprits et n'a pas été pour rien dans le très long temps (plus de 125 ans) qui séparera ce projet d'une nouvelle votation sur l'unification de la procédure civile dans notre pays.

4. Le premier compromis de 1874

On sait que les Chambres fédérales réagirent rapidement à l'échec précité en préparant un nouveau projet de Constitution, conçu de manière à ménager les inquiétudes de certains des opposants de 1872. Dans les domaines qui nous intéressent, la solution médiane proposée consistait à donner à la Confédération la compétence d'unifier sectoriellement certaines parties seulement du droit privé, essentiellement celles où des divergences cantonales étaient perçues comme des obstacles au développement de l'économie et des échanges par-dessus les frontières cantonales[37], tout en renonçant à l'unification de la procédure civile et à l'éventuel développement d'autres juridictions civiles fédérales que le TF, dont les fédéralistes admettaient en revanche qu'il devienne une institution permanente aux compétences fortement renforcées[38].

Ce compromis, complété par d'autres sur des points sans rapport avec notre sujet, suffit à rallier la majorité des votants dans les cantons mixtes et les cantons protestants romands. La nouvelle constitution fut ainsi facilement adoptée lors de la votation du 19 avril 1874, avec une majorité populaire nette et des cantons rejetant limités pour l'essentiel aux anciens membres du Sonderbund[39]. Dans les matières qui nous occupent, elle attribuait à la Confédération, nous l'avons dit, diverses matières particulières, soit la législation sur la capacité civile, le droit des transactions mobilières et des obligations y compris le droit

36 Cf. notamment SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 39.

37 Cf. KÖLZ II (note 3), p. 576 ss.

38 Ce nouveau TF, organisé dans le détail par la loi d'organisation judiciaire fédérale du 27 juin 1874 (RO 1874–1875 p. 117 ss), cf. SCHURTER/FRITZSCHE (note 5), I p. 257 ss; BRAND (note 27), III p. 152 ss, aura son siège à Lausanne, où il fonctionnera dès 1875, d'abord dans l'ancien casino sis à côté de l'église Saint-François qui sera démoli à la fin du XIXe siècle, cf. RAINER J. SCHWEIZER, Die Errichtung des ständiges Bundesgerichts 1874 und die Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in: Clausdieter Schott et Eva Petrig (éd.), Festschrift für Claudio Soliva, Zurich 1994, p. 295 ss.

39 Cf. SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 45.

commercial et le change, la propriété littéraire et artistique, la protection des inventions applicables à l'industrie et la poursuite pour dettes et la faillite.

Ce dernier transfert de compétence réduisait quelque peu le champ d'application du droit cantonal de procédure civile, auquel se rattachait généralement jusqu'alors l'exécution forcée, qu'elle porte ou non sur des dettes en argent. Les fédéralistes obtenaient en revanche la garantie expresse que «l'administration de la justice reste aux Cantons, sous réserve des attributions du Tribunal fédéral»[40].

Dans les années qui suivirent, la Confédération réalisa progressivement le programme législatif en droit privé qui lui était ainsi assigné, avec comme élément saillant l'élaboration du premier Code fédéral des Obligations[41]. Bien qu'en matière de mariage elle ait très fortement sollicité une autre base constitutionnelle l'autorisant uniquement à statuer sur les dispositions relatives à la mise en place d'un état civil tenu par des autorités laïques[42], et que ça et là des règles des lois de droit matériel ainsi édictées aient empiété sur le domaine procédural, le compromis de 1874 fut dans l'ensemble respecté. Les lois ainsi adoptées permirent dans une certaine mesure de calmer les craintes des fédéralistes romands[43] et d'éloigner le spectre d'une germanisation excessive du droit en

---

40 Art. 64 al. 2 Cst 1874 dans sa version initiale.

41 Sur la genèse du CO de 1881, cf. notamment Eugen Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, RDS 102 II, 1983, p. 252 s.; *Idem*, Der Weg zu einem einheitlichen Zivilgesetzbuch der Schweiz, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 72, 2008, p. 660 s., spéc. 671 s.; Pio Caroni, Der «demokratische» Code unique von 1881, in: Pio Caroni (éd.), Das Obligationenrecht 1883–1983, Berne, Stuttgart 1984, p. 19 s.; *Idem*, Republikanisches Handelsrecht, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (ci-après ZNR) 22, 2000, p. 391 s.

42 Une réglementation fédérale imposant une laïcisation de la tenue des registres d'état civil était clairement prévue par la Constitution de 1874 et on pouvait peut-être s'appuyer aussi sur les règles précitées pour imposer une forme civile du mariage. S'appuyant sur les violents sentiments anti-romains que le *Kulturkampf* et certaines maladresses de l'Eglise catholique avaient provoqués dans la population protestante majoritaire, les chambres fédérales adoptèrent toutefois très rapidement une loi du 24 décembre 1874 allant bien au-delà: hypocritement appelée loi sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage (ci-après LEC), elle unifiait en réalité pour toute la Suisse l'ensemble du droit du mariage, en introduisant un mariage civil obligatoire, mais en réglementant aussi exhaustivement les conditions matérielles du mariage et de sa dissolution, avec notamment l'introduction pour l'ensemble de la population de possibilités de divorce clairement inspirées des traditions réformées en la matière. Dans les urnes où la LEC fut la première loi fédérale à affronter un référendum, institution introduite par la Constitution de 1874, mais sans contrôle de constitutionnalité ni exigence de la majorité des cantons, les protestants alors majoritaires en nombre l'approuvèrent malgré l'opposition de plus de la moitié des cantons catholiques ou mixtes. Voir sur tous ces points en dernier lieu Denis Tappy, Le mariage civil dans la Suisse du XIXe siècle entre mesure de protection des minorités religieuses et arme du Kulturkampf, MSHDB 74, 2017, p. 171 ss, sp. 199 s. et les réf. citées.

43 Le soutien de ceux-ci, et en particulier des Vaudois qui firent alors bloc derrière «leur» conseiller fédéral Ruchonnet, père du projet, fut d'ailleurs décisif lors de la malaisée approbation populaire sur référendum de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après LP) le 17 novembre 1889. Sur la genèse et les caractéristiques de cette loi et les adaptations nécessaires dans certains cantons, cf. Yves Le Roy, La difficile adoption de la loi fédérale sur la poursuite

Suisse. Dans ce climat détendu, d'ailleurs également face aux conservateurs catholiques[44], il fut possible de faire un pas de plus vers la centralisation du droit en permettant à la Confédération de légiférer désormais sur l'ensemble du droit privé[45].

5. *Le deuxième compromis de 1898 et sa longue survie*

Une modification partielle de la Constitution fédérale fut alors soumise au vote du peuple et des cantons le 13 novembre 1898 et facilement acceptée[46]. Elle aboutissait à un nouveau partage de compétences dans les matières qui nous occupent: la Confédération était désormais autorisée à édifier une codification complète de tout le droit privé, mais avec une réserve garantissant expressément aux cantons que «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé» *(Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen).*

Nous aurons à revenir sur cette dernière formulation, assez ambiguë. Sur la base de ce deuxième compromis, la Confédération mit assez rapidement sous toit et sans difficultés politiques majeures le CCS actuel, adopté en votation parlementaire finale le 10 décembre 1907 et entré en vigueur, sans qu'il y ait eu de demande de référendum, le 1er janvier 1912[47]. Il entraînait l'abrogation de lois spéciales comme celles relatives au mariage et à l'état civil ou à la capacité civile, dont le contenu était en bonne partie repris dans ledit Code. La LP par ailleurs subsistait pratiquement inchangée (c'est la dernière des grandes lois fédérales du XIXe siècle à être aujourd'hui encore en vigueur), tandis qu'après des

---

pour dettes et la faillite du 11 avril 1889: les facteurs de la résistance, MSHDB 69, 2012, p. 383 s.; Cédric Ballenegger, Le droit vaudois des poursuites, 1803–1891, Lausanne 2013, BHV 138, p. 262 s.

44 Dès 1891 un membre du parti conservateur chrétien avait fait son entrée au Conseil fédéral avec le Lucernois Josef Zemp. Le nouveau compromis de 1898, qui impliquait aussi, en dehors du droit privé, l'introduction d'un art. 64bis Cst 1874 habilitant la Confédération à unifier le droit pénal matériel, avec la même réserve garantissant aux cantons qu'ils conservaient «l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice dans la même mesure que par le passé», fut dès lors voté dans un climat beaucoup moins tendu, y compris dans les cantons catholiques, que lors des votations évoquées ci-dessus des années 1870 et avec une bien moindre participation, ce qui n'empêcha pas quelques petits cantons de Suisse centrale et orientale, le Valais et Fribourg, de dire non.

45 Là encore la SSJ avait joué un rôle important, en décidant en 1884 de provoquer une étude historique et comparative sur les divergences et les convergences des droits privés cantonaux dans notre pays, qui fut à l'origine du fameux ouvrage du futur rédacteur du CCS, Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 4 vol. Bâle 1886–1893.

46 Sur cette révision partielle de la Constitution de 1874, cf. notamment Sutter[-Somm] (note 34), p. 48 ss.

47 Cf. en dernier lieu Jean-Philippe Dunand, Les origines et le rayonnement du Code civil suisse, in: Le centenaire du Code civil suisse, Paris 2008, p. 9 s.; Bucher 1983 (note 41), p. 274 s.

hésitations le législateur fédéral choisit finalement de conserver sous forme séparée le CO, qui fut désormais formellement considéré comme formant le cinquième livre du CCS après des retouches de détail en 1911[48].

Vers 1900, beaucoup croyaient que le deuxième compromis de 1898 ne durerait guère plus que le premier, soit en gros une génération, le temps de réaliser l'unification complète du droit privé suisse. De fait, en 1900 déjà la SSJ agissait à nouveau en faveur de l'unification à terme de la procédure civile[49] en décidant de faire «examiner, par une étude comparée, s'il serait possible d'unifier la procédure civile en Suisse». Cette démarche, ouvertement inspirée d'une semblable étude comparative confiée en droit civil au professeur Eugen Huber et qui avait été pour beaucoup dans l'aboutissement relativement facile de l'unification du droit privé matériel, est à l'origine de recherches commencées par Emil Schurter et achevées par Heinz Fritzsche et finalement publiées en trois volumes de 1924 à 1933, qui restent l'étude la plus détaillée sur l'histoire de la procédure civile en Suisse des origines à l'entre-deux-guerres[50].

Le climat politique avait cependant alors beaucoup changé[51] et même les centralisateurs acharnés étaient sans doute conscients qu'une proposition de transférer à la Confédération la compétence d'unifier la procédure civile dans les années 1930 aurait été vouée à l'échec, d'autant que la réalisation du volet pénal du compromis de 1898 peinait encore à s'achever (commencés dans les années 1890, les travaux d'unification du droit pénal matériel, aussi prévue par le deuxième compromis précité, n'aboutirent finalement qu'avec le Code pénal suisse de 1937, qui faillit d'ailleurs échouer dans les urnes face à une coalition d'opposants réunissant fédéralistes et partisans de la peine de mort). Aucune démarche officielle ne fut donc entreprise après l'achèvement des travaux de Schurter et Fritzsche en vue d'un tel transfert. Entre-temps, la plupart des cantons avaient d'ailleurs retravaillé et modernisé leurs lois de procédure civile et d'organisation judiciaire, profitant souvent des adaptations rendues nécessaires

48 Cf. en dernier lieu Pascal Pichonnaz, Le centenaire du Code des obligations, RDS 2011 II, p. 117 s.

49 Sur l'activité de la SSJ en vue de l'unification de la procédure civile en Suisse, d'abord dans les années 1860, puis au début du XXe siècle et finalement dans les années 1960, cf. désormais, outre l'ouvrage de Sutter[-Somm] (note 34) et notre article de 2001 (note 34) déjà cités, Lukas Gschwend, Karin Ingber et Stefan Wehrle, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861–2011), in: Jubiläumschrift, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, 1861–2011, Bâle 2011, p. 9 s., sp. p. 65 s et Jean-Philippe Dunand, D'une codification à l'autre: le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, *ibidem*, p. 213 s., sp. p. 230 s.

50 Schurter/Fritzsche I (note 5). Le tome I, de 1924, est consacré à *Das Zivilprozessrecht der Bund*, alors que le tome II se subdivise en 2 volumes de 1931 et 1933 traitant respectivement de *Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte* (codes cantonaux du début du XIXe siècle à 1863) et de *Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte* (codes cantonaux de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle).

51 Cf. Kölz II (note 3), p. 635 ss.

par les nouvelles règles du droit matériel unifié pour se livrer à des refontes intégrales de leurs codifications en la matière[52].

Il en alla à peine différemment dans les premières décennies d'après-guerre. Certes, une initiative fut à nouveau prise par la SSJ en faveur d'une unification partielle ou totale de la procédure civile. Dans des rapports de 1961 sur le thème «droit privé fédéral et procédure cantonale», les rapporteurs de l'époque, le professeur Max Guldener et le futur directeur de l'Office fédéral de la Justice, Joseph Voyame, aboutirent à des conclusions nuancées: en bref, ils préconisaient une unification limitée à certains chapitres, comme l'arbitrage ou les preuves, voire la compétence *ratione loci*[53]. La SSJ n'en vota pas moins une résolution chargeant son comité «de reprendre et d'encourager la question de l'unification de la procédure civile». Ces démarches, combattues par de nombreux membres fédéralistes de la SSJ provenant en particulier de Suisse romande, débouchèrent en 1969 sur des esquisses de ce qu'aurait pu être alors, soit une loi fédérale de procédure civile moyennant transfert à la Confédération de la compétence de légiférer en la matière (projet Schaad), soit une loi fédérale-cadre, qui aurait chapeauté les procédures cantonales sans les supprimer (projet Schwartz)[54]. Certains estimaient en effet alors qu'une telle loi-cadre aurait été possible sans modification constitutionnelle. En raison du manque d'unanimité et de soutien résolu à l'un de ces projets au sein de la SSJ, mais aussi des débats qui débutaient alors sur une procédure de refonte complète de la Constitution fédérale, ces projets n'eurent pas de suite concrète.

---

52 L'évolution des procédures civiles cantonales et leur adaptation, parfois déjà au CO et à la LP à la fin du XIXe siècle, puis au CCS durant l'entre-deux guerres a été retracée très en détail dans le 3e volume de l'étude de SCHURTER/FRITZSCHE (note 5 et 50). L'évolution qui s'est poursuivie par la suite est notamment évoquée par HANS ULRICH WALDER[-BOHNER], Die Entwicklung des schweizerischen Zivilprozessrechtes von 1930 bis 1980, Revue suisse de jurisprudence 1982, n° 78, p. 105 s. Nous avons tenté d'en faire la synthèse dans DENIS TAPPY, La procédure civile en Suisse, de la fin de l'Ancien Régime à nos jours: évolution historique et influences, à paraître in: Loïc Cadiet (dir.), Itinéraires d'histoire de la justice, Paris 2019.

53 L'idée d'une réglementation fédérale de cette matière avait déjà été émise à la fin du XIXe siècle, dans le cadre de difficultés posées par l'application de l'ancien art. 59 Cst 1874 qui garantissait en matière personnelle le for de son domicile à un débiteur solvable, voir notamment les rapports présentés à la SSJ par ERNEST ROGUIN, Y a-t-il lieu d'édicter une loi sur le for en matière civile, et le cas échéant, de réviser l'art. 59 de la Constitution fédérale?, RDS NF 33, 1898, p. 697 ss, et par RUDOLF ANTON GANZONI, Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Civilsachen erlassen und allfällig Art. 59 der Bundesverfassung entsprechend revidiert werden?, *ibidem*, p. 735 ss. Elle sera tardivement réalisée par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors (RO 2000 p. 2355 ss), élaborée avant le transfert à la Confédération de la compétence d'unifier la procédure civile par le vote du 12 mars 2000 dont il sera question plus loin, mais adoptée ultérieurement et qui resta en vigueur du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2010, ses dispositions étant ensuite pour l'essentiel transférées dans le CPC unifié. Bien que les autorités s'en soient défendues, cette loi a dans une certaine mesure servi de ballon d'essai en vue de l'élaboration de ce dernier, cf. notamment TAPPY, (note 34), 146 s. et les réf. citées.

54 Cf. notamment SUTTER[-SOMM] (note 34), p. 57 ss; GSCHWEND/INGBER/WEHRLE (note 49), p. 72 ss; DUNAND (note 49), p. 233 ss.

Signalons en revanche que l'immédiate après-guerre vit la Confédération refondre enfin «sa» loi de procédure civile, applicable aux procès en première instance devant le Tribunal fédéral, adoptée d'abord à titre provisoire en 1850 et qui était finalement restée en vigueur sans guère de changements pendant près d'un siècle: elle fut remplacée par la loi du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (ci-après PCF)[55], en principe destinée à s'appliquer aux très rares procès civils directs devant le TF. Cette loi reprenant divers acquis de l'ancienne législation fédérale en la matière et s'inspirant pour le surplus des plus récents CPC cantonaux de l'époque, reste en vigueur aujourd'hui encore. Toutefois elle ne s'applique en pratique plus guère que par renvoi à certains litiges de droit public. Elle ne nous paraît pas avoir joué de rôle significatif ni dans l'évolution de la doctrine suisse en procédure civile de la seconde moitié du XXe siècle ni dans les travaux de rédaction du récent CPC unifié.

6. *L'unification partielle de la procédure civile «à froid» à la fin du XXe siècle*

Malgré l'absence de succès des démarches des années 1960 précitées, l'unification de la procédure civile en Suisse n'a cessé de progresser à la fin du XXe siècle. On peut parler d'une unification «à froid», sans modification spectaculaire ni remise en cause formelle de la répartition des compétences entre Confédération et cantons issue du deuxième compromis de 1898, qui à notre avis reposait sur au moins trois éléments distincts: en premier lieu, le XXe siècle vit l'apparition d'une doctrine «suisse» et non plus seulement cantonale de procédure civile[56]. Par ailleurs, il fallut compter au fil du temps avec des développements toujours plus unificateurs de la jurisprudence notamment du TF[57].

---

55 Cf. RO 64, 1948, 473 ss. Fondée sur un avant-projet établi par le juge fédéral Georg Leuch, la PCF de 1947 se caractérise par une brièveté que le Conseil fédéral (Feuille fédérale, ci-après FF, 1947 I 1001 ss, sp. 104) justifie par le fait que, s'agissant d'une procédure applicable exclusivement devant le TF, on peut laisser beaucoup de choses à l'appréciation du juge. Pour le surplus, cf. notamment Jacques Haldy, La loi de procédure civile fédérale: un modèle ou un épouvantail?, in: Stephen V. Berti (éd.), Helvetisches Zivilprozessrecht, Bâle 1999, p. 25 ss.

56 Une des premières réalisations de ce type fut le livre paru à titre posthume d'Andreas Heusler, Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim 1923. Après la seconde guerre mondiale, l'ouvrage de Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, paru pour la première fois à Zurich en 1947–1948 et qui connaîtra de multiples rééditions, fit longtemps figure de manuel de base dans tout le pays, avant d'être remplacé par d'autres, qu'il n'y a pas lieu d'énumérer ici, mais qui postulaient tous l'existence d'une discipline nationale, fondée sur le recours à une méthode comparative recherchant une unité d'ensemble derrière certaines différences de canton à canton.

57 Cf. notamment Stephen V. Berti, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtssprechung des schweizerischen Bundesgerichts, Zurich 1989. Cette unification partielle par la jurisprudence a notamment résulté de l'interprétation de règles constitutionnelles comme la garantie du juge naturel ou d'autres garanties de procédure, mais aussi de la définition par certains arrêts de notions uniformes non écrites de procédure civile, par exemple en matière d'ouverture d'action, de litispendance ou de chose jugée, de recevabilité d'une action en constatation de droit, etc.

Enfin la liberté des cantons dans la réglementation de la procédure civile, et même parfois de l'organisation judiciaire, fut sur certains points bridée par des interventions du législateur fédéral toujours plus importantes[58].

Nous avons rappelé à cet égard que, lors du deuxième compromis de 1898, la compétence de légiférer en matière d'organisation judiciaire, de procédure et d'administration de la justice avait été expressément confirmée aux cantons et que le constituant avait alors tenu à préciser que cela vaudrait «dans la même mesure que par le passé». Comme le montrent les travaux préparatoires de la révision partielle, il s'agissait notamment de réserver les règles fédérales sur le TF, mais aussi de permettre à la Confédération de continuer à prévoir certaines règles de procédure intégrées à des lois de droit matériel. L'idée était que de tels empiètements du droit fédéral, qu'on rencontrait déjà avant 1898[59], étaient parfois indispensables pour assurer une bonne application dudit droit matériel[60].

Sur cette base, le législateur fédéral avait intégré après 1898 de nouvelles règles de procédure civile notamment dans le CCS de 1907. Leur nombre s'est cependant fortement accru particulièrement à l'occasion de révisions partielles du droit civil ou des obligations intervenues après la seconde guerre mondiale. Des règles de procédure parfois assez détaillées furent par exemple ainsi prévues en matière de protection de la personnalité, de placement à des fins d'assistance, de droit du bail immobilier, de droit du travail, de défense des consommateurs[61], etc.

7. *La Constitution fédérale de 1999 et le troisième compromis de 2000*

Aussi un grand nombre des personnes concernées en sont-elles venues à considérer à la fin du XXe siècle que les temps étaient mûrs pour une unification complète de la procédure civile. Des interventions en faveur de celle-ci se multiplièrent dans les années 1980 et 1990[62]. Après avoir été envisagée, la solution

---

58 Voir notamment notre article de 2001 (note 34), p. 146 et les réf. citées.

59 Des règles de for figuraient déjà par exemple dans la Convention franco-suisse de 1869 ou dans des lois fédérales comme la LEC de 1874, le CO de 1881 ou la LP de 1889, cf. Hans-Ulrich Walder-Bohner, Zur Geschichte der Zuständigkeitsbestimmungen im OR, in: Pierre Tercier (éd.), Le Centenaire du CO, Fribourg 1983, p. 179 ss.

60 Cf. Jean-François Poudret, Droit privé fédéral et procédure cantonale: sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourment pour les juristes suisses, Revue internationale de droit comparé 39, 1987, p. 433 s., sp. 434 s.; Idem, Compétence cantonale ou fédérale en matière de for? Réflexions et suggestions au sujet des articles 59 et 64 al. 3 de la Constitution, in: Jean-Marc Rapp et al. (éd.), Droit cantonal et droit fédéral, Lausanne 1991, p. 233 ss.

61 Voir par exemple Adrian Staehelin, Die Bundesrechtlichen Verfahrenvorschriften über konsumentenrechtlichen Streitigkeiten – ein Ueberblick, in: Isaak Meier et al. (éd.), Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zurich 1994, p. 153 s.

62 Voir diverses interventions aux congrès de la SSJ en 1984 et 1988 ainsi que par exemple Richard Frank, Soll das Zivilprozessrecht in der Schweiz vereinheitlicht werden, in: Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oscar Vogel, Fribourg 1991, p. 23 s.; Franz Hasenböhler, Zivilprozessrecht im Trachtenlook: begründeter

d'une unification seulement partielle par le biais d'une loi-cadre chapeautant les législations cantonales, qui existe dans certains domaines du droit public comme les impôts directs et avait été évoquée, nous l'avons vu, dans les années 1960, n'a pas été retenue[63]. Elle aurait en effet compliqué encore la multiplicité des sources *(Zersplitterung)* dénoncée par les praticiens, sans forcément préserver pour les cantons une marge de manœuvre sur des questions leur tenant fortement à cœur. Nous verrons que le CPC unifié de 2008 a cependant sur quelques points laissé des options au droit cantonal.

L'unification de la procédure civile a été liée à l'adoption d'une nouvelle Constitution fédérale le 18 avril 1999, mais n'a pas fait partie du texte initial soumis au souverain. Les autorités craignaient en effet un rejet lié à un cumul d'oppositions et avaient pris l'option de proposer une nouvelle mouture de la Constitution consistant essentiellement dans une refonte formelle, sans changement matériel important. Une proposition de transfert de compétence à la Confédération était cependant d'ores et déjà prévue et a été soumise le 12 mars 2000 à un vote séparé du peuple et des cantons, qui l'ont approuvée à une majorité écrasante[64].

En matière de procédure civile (une modification similaire avait aussi été soumise au vote et approuvée le même jour pour l'unification de la procédure pénale), il s'agit d'un troisième compromis, qui ne supprime pas toute compétence cantonale: en effet, selon la version actuelle de l'art. 122 al. 2 Cst 1999, résultant du vote précité du 12 mars 2000, «l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière civile sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi» *(Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantonen zuständig, soweit das Gesetz nicht anderes vorsieht)*. Dans un chapitre consacré en principe au TF (art. 188 à 191), la Constitution de 1999 permet cependant à la Confédération de confier la tâche de trancher certains litiges, quel que soit le domaine concerné, à «d'autres autorités fédérales» (art. 189 al. 2 Cst dans son texte de 1999, désormais remplacé par l'art. 191a, accepté dans le cadre de la votation populaire du 12 mars 2000 précitée, qui prévoit l'instauration d'un tribunal pénal fédéral et d'autorités judiciaires fédérales pour connaître des contestations de droit public relevant des domaines de compétence de l'administration fédérale et précisant à son alinéa 3 que «la loi peut instituer d'autres autorités judiciaires de la Confédération»).

Helvetismus oder Aergernis? (Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts – national), in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht: Entwicklungen im Kantonalen, nationalen und internationalen Recht: Kolloquium zu Ehren von Adrian Staehelin, Zurich 1997, p. 51 s., et les réf. citées.

63 Cf. Tappy (note 34), p. 147 s.

64 Cf. Tappy (note 34), p. 127 et 149 ss.

8. *La rédaction du CPC unifié de 2008 et son entrée en vigueur le 1er janvier 2011*

Anticipant sur l'acceptation du nouvel art. 122 Cst, le gouvernement avait désigné en 1999 déjà une commission de juristes provenant des milieux judiciaires ou académiques, des barreaux et de différentes administrations de toute la Suisse[65], qui a pu se mettre au travail sitôt ladite modification constitutionnelle approuvée. Elle a travaillé jusqu'en 2002 et préparé un texte tenant pour l'essentiel compte des acquis et des institutions cantonales existantes, sans donner à une législation d'un canton particulier un rôle de modèle prépondérant qui n'aurait pas été politiquement acceptable[66]. Sur cette base, le Département fédéral de justice et police a soumis un avant-projet à une consultation publique en 2003, puis le Conseil fédéral a adopté un projet, avec exposé des motifs, débattu au parlement dès 2006. Le texte final, comportant plus de 400 articles, a été voté par les deux Chambres le 19 décembre 2008. Il n'y a pas eu de demande de référendum et le CPC unifié est entré en vigueur le 1er janvier 2011.

Ce n'est pas le lieu d'exprimer ici une appréciation d'ensemble de cette codification. Relevons simplement que ses rédacteurs ont recherché, et généralement obtenu, une certaine simplicité[67]. La réglementation est souvent plus brève que ne l'étaient la plupart des anciennes procédures cantonales. Elle accorde aussi une certaine marge de manœuvre au juge, qui a souvent le choix entre plusieurs solutions qu'il est libre d'utiliser ou d'écarter (p.ex. en déléguant à un membre du tribunal ou en faisant administrer en plenum certaines preuves, en ordonnant ou non un deuxième échange d'écritures, en recourant à la notification d'un dispositif séparé ou en préférant notifier une décision d'emblée motivée, etc.). Les institutions reprises proviennent de diverses procédures cantonales antérieures, la crainte parfois exprimée notamment en Suisse romande d'une origine trop axée sur les anciens codes de quelques grands cantons alémaniques ne s'étant pas concrétisée. Relevons aussi que, là encore pour éviter des oppositions politiques, le législateur de 2008 n'a pas fait preuve d'audaces exagérées: il a le plus souvent privilégié des solutions qui existaient déjà dans

---

65 La liste des membres de cette commission est notamment rappelée dans le Message relatif au futur CPC (FF 2006 p. 6841, sp. 6854). La présidence de cette commission a été confiée à Thomas Sutter-Somm, aujourd'hui professeur ordinaire à l'Université de Bâle, qui a joué un rôle éminent tout au long du processus d'élaboration du CPC unifié.

66 Cf. notamment Thomas Sutter-Somm, Die schweizerische Zivilprozessordnung: Entstehung und Schwerpunkte, in: Thomas Sutter-Somm et *al.* (éd.), Die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Mitteleuropa um die Jahrtausendwende. Reform und Kodifikation – Tradition und Erneuerung, Zurich 2012, p. 61 s., sp. p. 65. Sur les réserves qu'une telle méthode pouvait susciter sur un plan strictement scientifique, cf. Paul Oberhammer, Das Schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2013, n° 21, p. 751 s., sp. 761 s.

67 Sur cet idéal de simplicité, qui se retrouve souvent dans les codifications suisses, cf. notamment François Bohnet, Procédure civile suisse: entre justice populaire et procès technique, à paraître in: Loïc Cadiet (dir.), Itinéraires d'histoire de la justice, Paris 2019.

une majorité de cantons et a remis à des débats séparés l'opportunité d'introduire ou non des institutions controversées, comme l'examen de formes nouvelles d'actions collectives ou de *class actions*. Les expériences vécues depuis l'entrée en vigueur de ce texte ont dans l'ensemble été plutôt satisfaisantes, même si quelques modifications ont déjà été apportées et que d'autres sont actuellement à l'étude[68].

La pratique des premières années du nouveau régime permet aussi d'apprécier avec un certain recul si la répartition des compétences résultant du troisième compromis évoqué ci-dessus donne des résultats satisfaisants. La réponse nous paraît positive, même si, nous le verrons, il a fallu certains aménagements dans le cadre notamment de la rédaction du CPC et que d'autres pourraient encore être nécessaires, ou en tout cas bienvenus. La chose n'allait pas de soi: certains des opposants à l'unification large proposée en 1872 n'avaient-ils pas notamment invoqué comme argument pour s'y opposer qu'une unification à la fois du droit privé et de la procédure civile ne pourrait qu'entraîner rapidement une unification de l'organisation cantonale et donc la perte pour les cantons d'un des principaux pouvoirs étatiques?

B. Evolution et état actuel des organisations judiciaires cantonales

I. Un point de départ assez homogène hérité de la République helvétique

Nous avons vu que depuis 1803 et en principe jusqu'à nos jours encore l'organisation judiciaire en matière civile a toujours été laissée aux cantons. Dans ce domaine particulier cependant, des solutions unitaires avaient non seulement été prévues, mais effectivement réalisées sous la République helvétique. Alors même qu'ils auraient été en principe libres de s'en écarter aussitôt, la plupart des cantons conservèrent sous l'Acte de Médiation et au-delà au moins une partie des juridictions héritées de cette dernière[69]. Dans plusieurs cas, le modèle

68 Le Parlement avait demandé que le CPC unifié fasse l'objet d'une appréciation et d'une mise à jour après quelques années, ce qui a amené le Conseil fédéral à soumettre à consultation publique en mars 2018 un avant-projet de révision qui ne saurait être présenté ici. Les modifications envisagées y portent pour la plupart sur des retouches de détail ou des adaptations rendues souhaitables par certaines décisions jurisprudentielles, mais le gouvernement a aussi profité de cet avant-projet pour proposer l'introduction d'une variante helvétique d'action collective ou de groupe. On peut douter qu'il soit bien opportun de vouloir ainsi réunir dans un même «paquet» d'une part une innovation considérable et politiquement controversée et d'autre part de simples adaptations relevant d'une toilette formelle.

69 Naturellement, 1803 impliquait la perte d'un niveau de juridiction puisque ni l'Acte de Médiation ni le Pacte de 1815 ne prévoyaient plus de juridiction suprême pour toute la Suisse, en tout cas en droit civil (sur les juridictions extraordinaires ou procédures d'arbitrage susceptibles selon l'Acte de Médiation ou le Pacte de 1815 de statuer sur une action pénale pour rébellion

envisagé en 1798 pour les juridictions à l'intérieur de chaque entité cantonale fut même achevé à cette époque avec la création, dès 1803 dans des cantons comme Vaud ou Zurich, de juges de paix *(Friedensrichter)* ou d'institutions comparables sous un autre nom (*Gemeinderichter, Vermittlungsämter*, etc.). Certaines de ces juridictions étaient d'ailleurs parfois expressément mentionnées par les constitutions cantonales de l'Acte de Médiation[70].

De nombreux cantons avaient toutefois profité de leur liberté retrouvée en la matière pour réintroduire après 1803 des juridictions particulières supprimées en 1798, comme les consistoires réformés[71] ou d'autres juridictions inférieures (p.ex. les *Zunftgerichte* à Zurich), voire des tribunaux spécialisés parfois étranges, comme en matière pénale le *Vagabundengericht* aux Grisons[72]. La séparation des pouvoirs n'étant pas garantie ni dans le régime de l'Acte de Médiation ni dans celui du Pacte de 1815[73], on vit aussi réapparaître notamment dans certains petits cantons de Suisse centrale ou orientale des fonctions judiciaires accordées à l'assemblée délibérante ou à des commissions en émanant. Ces particularités ou archaïsmes ne durèrent cependant guère au-delà de la Restauration. Ils sont progressivement supprimés à l'époque de la

---

contre une autorité cantonale ou de trancher un différend entre cantons, cf. Kölz I (note 3), p. 164 s. et 200; Brand (note 27), II p. 128 ss.

70 Sur les organisations judiciaires cantonales sous le régime de l'Acte de Médiation, cf. notamment Kölz I, (note 3), p. 161 s. Il n'y a pas de séparation des pouvoirs et les tribunaux issus de la République helvétique ne sont plus prévus dans les constitutions cantonales de 1803 pour les cantons à *Landsgemeinde*, où il est même parfois expressément fait référence à l'ancienne organisation de la justice civile et criminelle et à la compétence dans certains domaines de juridictions consistoriales réformées ou de tribunaux ecclésiastiques catholiques (constitutions d'Appenzell, de Glaris, de Schwyz, Unterwald, Uri et Zoug). Dans les anciens cantons-villes en revanche, des dispositions sur l'organisation judiciaire prévoient en général un tribunal supérieur d'appel (constitutions de Bâle, Berne, Fribourg, Lucerne, Schaffhouse, Soleure et Zurich) et parfois comme juridictions de première instance des tribunaux inférieurs correspondant aux tribunaux de district de 1798, mais dont les ressorts sont laissés à la législation, alors que les constitutions des nouveaux cantons y ajoutent généralement encore des juridictions de paix, (constitutions d'Argovie, Saint-Gall, Tessin, Thurgovie et Vaud). La constitution de 1803 pour les Grisons se singularise par une structure fédéraliste à l'intérieur du canton lui-même, impliquant en matière judiciaire un tribunal d'appel pour chacune des trois ligues. Des juges de paix furent effectivement prévus par des lois cantonales et mis en place dès 1803 dans les nouveaux cantons, mais aussi dans certains des anciens cantons que leur constitution ne les y obligeait pas, comme Zurich, Fribourg ou Schaffhouse, cf. Schnyder (note 6), p. 9, qui donne une liste de tous les cantons qui ont introduit cette institution sous le régime de la Médiation.

71 «Le consistoire», respectivement «les quatre tribunaux de la religion évangélique», dont «le *Chor-gericht*», sont par exemple mentionnés dans les Constitutions de 1803 pour Appenzell et Glaris, cf. note 70 ci-dessus. Même non mentionnées constitutionnellement, ces juridictions, étatiques mais à base religieuse, seront par ailleurs rétablies dès 1803 aussi dans de nombreux cantons alémaniques et y restèrent en activité jusqu'aux réformes de 1831 liées à la Régénération à Zurich et Berne ou même seulement à la suite de la Constitution fédérale de 1874 à Saint-Gall, Bâle-Ville, Appenzell Rhodes Extérieures et Glaris, cf. Peter Jäggi, Das verweltlichte Eherecht, Fribourg 1955, reprint in: B. Schnyder (éd.), Reden und Schriften, Fribourg 1980, p. 42 ss., sp. p. 48; Hafner (note 31), p. 33.

72 Cf. Gschwend/Huwiler (note 5), p. 190 s., 200 et 224.

73 Cf. Gschwend/Huwiler (note 5), p. 194 s.

Régénération ou après les changements politiques de 1847–1848[74]. Parallèlement, des justices de paix ou des institutions analogues continuèrent à être introduites pour finir par se retrouver dans presque tous les cantons (à l'exception persistante de Bâle-Ville), tandis qu'une meilleure séparation entre pouvoirs politiques et pouvoir judiciaire se généralisait[75].

On constate dès lors une tendance générale à un rapprochement des organisations judiciaires cantonales: en matière civile, où les velléités d'introduire pour certaines affaires un système de jury civil firent long feu[76], vers le milieu du XIXe siècle la plupart des cantons avaient des tribunaux civils structurés d'une manière rappelant la structure voulue par la République helvétique, même si les noms peuvent varier: presque partout, on trouve au niveau inférieur des juges de paix ou juges de commune *(Friedensrichter, Gemeinderichter)*, qui en matière civile tranchent parfois de très petits litiges, mais ont surtout pour fonction de tenter une conciliation préalable avant des procès plus importants, ainsi que des juridictions inférieures ordinaires organisées, dans les cantons géographiquement étendus en tout cas, selon une subdivision du territoire en

---

74 C'est notamment le cas à Neuchâtel, qui n'avait été ni annexé à la France, ni intégré à la République helvétique en 1798 et avait conservé jusqu'en 1848 une organisation judiciaire d'Ancien Régime, avec des restes de justices féodales, une juridiction consistoriale, etc., qui furent supprimés dès la Révolution radicale au profit d'un système semblable à celui existant dans la plupart des cantons (avec des juges de paix, que le canton de Neuchâtel supprimera toutefois en 1925, ainsi que des tribunaux de district au niveau inférieur, et un tribunal cantonal en deuxième instance), cf. François Bohnet, Procédure civile suisse: plaidoyer pour un retour vers le futur, in: Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), Le temps et le droit, Neuchâtel 2008, p. 1 ss).

75 Cf. Lukas Gschwend et Matthias Kradolfer, Die Entwicklung der Unabhängigkeit des Richters in der Schweiz, 1798–1848, in: Ignazio Czeguhn et *al.* (éd.), Vom Diener der Fürsten zum Diener des Rechts: zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert, 2011, p. 25 ss; Lukas Gschwend, Die Entwicklung der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz vom Ancien Regime bis in die Gegenwart, in: Justice – Justiz – Giustizia, revue électronique, 2013/3; pour un approfondissement dans un canton, cf. Franz Niderberger, Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Obwalden, thèse Zurich 1900; Gotthard Egli, Die Entwicklung der Gerichtsverfassung in Luzern, thèse Lucerne 1912; Max Dietrich, Die Gerichtsorganisation des Kantons Bern im 19. Jahrhundert, thèse Berne 1934; Robert Meyer, Die Gerichtsorganisation im Kanton Appenzell-Ausserrhoden seit 1815, thèse Zurich 1945; Johann Robert Schwarz, Die Gerichtsorganisation des Kantons Graubünden von 1803 bis zur Gegenwart, thèse Zurich 1947; Karl Heusi, Die Gerichtsorganisation im Kantons Schaffhausen, thèse Zurich 1954; Alfred Andermatt, Der Gerichtsorganisation im Kanton Zug, thèse Zurich 1967; Paul Odermatt, Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden, thèse Zurich 1971; Kradolfer (note 5); Robert Hauser, Die zürcherische Rechtspflege im Wandel, 1831–1981, Blätter für zürcherische Rechtssprechung 80, 1981, p. 257 ss.; Alain Marti, Histoire de l'organisation judiciaire, 1814–2010, Genève 2012.

76 Cf. Emil Meier, Die Geschichte der Civil-Jury in der Schweiz, thèse Zurich 1935; Philippe Conod, Le jury civil ou l'impossible justice populaire, in: O. Meuwly (dir.), Les Constitutions vaudoises 1803–2003, Miroir des idées politiques, BHV 123, Lausanne 2003, p. 153 ss. Des expériences effectives de jurys civils furent cependant parfois tentées, par exemple à Zurich entre 1875 et 1911, cf. Max Fehr, Das zürcherische Geschworenengericht, thèse Zurich 1975, p. 40 ss; Lukas Gschwend, Die Einführung der Geschworenengerichtsbarkeit in der Schweiz bis 1850, in: José Antonio Perez Juan (éd.), Gerichtsverfassung und Verfahren im 19. Jahrhundert, Ratisbonne 2018, pp. 139 ss, sp. p. 150.

tribunaux de district ou d'arrondissement *(Bezirksgerichte, Amtsgerichte)*. Comme instance de recours fonctionne un tribunal supérieur souvent appelé Tribunal cantonal[77] ou Cour suprême *(Appellationsgericht, Obergericht, etc.)*, mais nommé à Genève depuis 1832 la Cour de justice, dont la fonction principale est de statuer en deuxième instance[78]. Quelques cantons alémaniques y ajoutèrent un troisième niveau de juridiction cantonale, avec un Tribunal de cassation *(Kassationsgericht)*, instauré par exemple à Zurich par une loi de 1874 et qui ne pouvait être saisi que de certains griefs particuliers[79].

Relevons ici l'ambiguïté en allemand du terme *Kantonsgericht*: à l'époque comme aujourd'hui, il est parfois, comme en français, le nom de l'autorité juridictionnelle cantonale supérieure statuant essentiellement en deuxième instance[80]. Cependant, il arrive qu'il désigne au contraire une juridiction inférieure de première instance dans des cantons dont la taille ne justifie pas une répartition géographique entre de multiples tribunaux de district ou d'arrondissement[81].

Ce tableau général, qui valait aussi en matière pénale si l'on fait abstraction de la création dans une moitié environ des cantons de jurys populaires pour juger les infractions les plus graves[82], devrait certes être corrigé sur certains points de détail: pendant une partie du XIXe siècle on trouvait parfois encore, notamment en Suisse romande, un tribunal de commerce chargé en particulier d'appliquer le code du même nom[83]. Bien qu'elles aient généralement disparu à la suite des réformes consécutives à la Régénération[84] ou aux transformations de 1847–1848 déjà, il a pu subsister au-delà des compétences en matière matrimoniale de la juridiction ecclésiastique dans certains cantons catholiques ou de juridictions consistoriales dans quelques cantons alémaniques réformés[85]. Et

77 En français, le terme de Tribunal cantonal remplace généralement vers le milieu du XIXe siècle celui de Tribunal d'Appel issu de la période de la Médiation. L'ancien terme subsiste cependant aujourd'hui encore à Bâle-Ville *(Appellationsgericht)* et au Tessin *(Tribunal di Appello)*, alors qu'en allemand le terme le plus fréquent est aujourd'hui celui d'*Obergericht*. On trouve encore en français les appellations plus exotiques de Cour civile à Genève et de Cour suprême à Berne (comme équivalent de l'allemand *Obergericht*).

78 Cf. Gschwend/Huwiler (note 5), p. 212. Sur la réforme judiciaire de 1832 qui a consacré le nom de Cour de justice à Genève, cf. Marti (note 75), p. 62 ss.

79 Cf. p. 324 s. ci-après.

80 C'est notamment le cas dans les cantons bilingues de Fribourg et du Valais, où *Kantonsgericht* est l'équivalent allemand du français Tribunal cantonal, mais aussi par exemple à Bâle-Campagne, dans les Grisons ou à Lucerne.

81 C'est le cas notamment à Nidwald, Obwald, Schaffhouse et Zoug.

82 Cf. en dernier lieu Gschwend (n. 76) et les réf. citées.

83 Cf. p. 316 s. ci-après.

84 Cf. Gschwend/Huwiler (note 5), p. 210. Dans les cantons romands réformés de Genève et Vaud, les consistoires protestants n'avaient jamais été rétablis après leur suppression en 1798, alors qu'à Neuchâtel la justice consistoriale fut abrogée dans les mois suivant la Révolution neuchâteloise de 1848, cf. Laurent Lacroix, «Que donc ce que Dieu a joint, l'homme ne le sépare point». Justice matrimoniale dans le comté de Neuchâtel de 1800 à 1848, Neuchâtel 2010, p. 27 ss.

85 Là où elles existaient encore, des juridictions confessionnelles devront disparaître après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1874 en raison de leur incompatibilité avec les exigences de

l'on constate aussi par-ci par-là le maintien, dans certains cas jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, de juridictions spéciales parfois étranges[86].

Des différences importantes existaient par ailleurs quant au statut (par exemple professionnels ou non, devant tout leur temps à leurs fonctions ou ne fonctionnant qu'occasionnellement) des juges, leur mode de nomination, la durée de leurs fonctions, l'exigence ou non d'une formation juridique ou encore le caractère collégial ou non des juridictions. Néanmoins, on peut parler alors d'un schéma général assez semblable dans une grande partie du pays.

II. L'augmentation des divergences depuis la fin du XIXe siècle

Cette unité relative va en réalité plutôt se réduire à partir de la seconde moitié du XIXe siècle. Si l'on laisse de côté les différences tenant au statut, à la nomination, à la formation et au taux d'occupation des juges ou au caractère collégial ou non des juridictions pour se focaliser sur le nombre et les fonctions de ces dernières, des divergences croissantes entre cantons vont résulter soit de l'abandon par quelques cantons des juges de paix, qui avaient fini au XIXe siècle par être une institution répandue dans presque tout le pays, Bâle-Ville excepté, (ils sont notamment supprimés dans la première moitié du XXe siècle déjà à Berne et Neuchâtel, et n'existent pas non plus aujourd'hui dans le Jura), soit et surtout du développement dans certains d'entre eux de tribunaux spécialisés, qui, en matière civile, vont essentiellement concerner trois domaines.

1. Les tribunaux de commerce[87]

Même s'ils ont pu hériter dans certains cantons de traditions remontant à l'Ancien Régime voire à la fin du Moyen Age, les tribunaux de commerce dans la Suisse moderne sont directement ou indirectement fondés sur le modèle français. Nous avons vu qu'une telle institution était en principe prévue par la Constitution helvétique de 1802, bien qu'elle n'ait pas alors été effectivement mise en place. Quelques années plus tard, on la trouvera essentiellement à Ge-

---

laïcité résultant de celle-ci, comme le jugera le TF dès 1875 (ATF 1 132, admettant le recours d'un habitant, qui avait refusé de procéder en divorce devant une juridiction réformée de type consistorial, l'*Ehegaume* de Wald, dans le canton d'Appenzell Rhodes Extérieures; quatre ans plus tard, les juges fédéraux estimeront que cela excluait même une simple obligation de se soumettre à une procédure de conciliation préalable devant le *Sittengericht* de Berne, d'origine confessionnelle, cf. ATF 5 438).

86 Cf. Gschwend/Huwiler (note 5), p. 210 à propos des *Waisengerichte* à Bâle ou Schaffhouse. Pour d'autres juridictions étranges ayant survécu jusqu'à la seconde moitié du XXe siècle, cf. Jean Gauthier, Rapport sur l'enquête relative à l'organisation et la compétence des tribunaux qui statuent en matière civile contentieuse, RDS 1969 II p. 513 ss, sp. 521 et 534.

87 Pour une brève synthèse sur l'histoire des tribunaux de commerce dans notre pays, cf. Christina Schmid-Schirren, Les différentes formes de la juridiction commerciale en Suisse au XIXe siècle, in: Pio Caroni (dir.), Le droit commercial dans la société suisse du XIXe siècle, Fribourg 1997, p. 187 ss.

nève et dans le Jura bernois, où elle avait simplement été conservée de l'époque où ces territoires étaient annexés à la France. Une sorte de tribunal de commerce avait par ailleurs été institué aux Grisons en 1803. Il s'agissait alors de remplacer notamment les *Portengerichte* d'Ancien Régime, chargés de trancher des litiges en relation avec le voiturage des marchandises à travers les cols et les vallées grisonnes[88]. Bien que plusieurs cantons notamment romands aient envisagé de créer des juridictions commerciales et en aient même parfois prévu le principe dans leur constitution[89], ces projets ne se concrétisèrent qu'à Fribourg en 1850, avec l'entrée en vigueur du Code de commerce fribourgeois du 30 octobre 1849[90], le seul code de commerce propre à avoir été adopté par un canton suisse.

Paradoxalement, ces tribunaux de commerce précurseurs et, pour ceux de Suisse romande en tout cas, directement d'inspiration française, disparurent tous dans la seconde moitié du XIXe siècle. Celui des Grisons, temporairement remplacé entre 1816 et 1835 par une *Transitkommission* dotée notamment de fonctions juridictionnelles, fut définitivement supprimé comme devenu inutile en 1851[91]. Les tribunaux de commerce fribourgeois, genevois et du Jura bernois le furent à la fin du XIXe siècle (en 1882 à Fribourg et en 1891 à Genève et dans le Jura bernois) dans l'idée qu'il s'agissait de juridictions adaptées à un droit particulier pour les commerçants, rendues caduques par le système du «code unique» choisi par le législateur fédéral lors de l'élaboration du Code des Obligations de 1881[92].

Quelques décennies plus tôt cependant, des tribunaux de commerce avait été créés dans plusieurs cantons alémaniques industrialisés[93]. L'impulsion était

---

88 Cf. Schwarz (note 75), p. 224 ss; Gschwend/Hüwiler (note 5), p. 195.

89 Tel était notamment le cas selon la Constitution vaudoise du 25 mai 1831: «Il y aura des tribunaux de commerce. La loi déterminera leur organisation et leur compétence» (art. 58 al. 2). La même année, la Constitution fribourgeoise du 24 janvier 1831 portait: «il pourra être établi un ou plusieurs tribunaux de commerce» (art. 89) et la Constitution genevoise du 24 mai 1847, en prévoyant que «le Grand Conseil choisit les membres du Tribunal de Commerce parmi les commerçants et les anciens commerçants», suscitera des scrupules chez certains députés sur l'admissibilité de la suppression de cette juridiction en 1891, cf. note 92 ci-après. Aujourd'hui encore l'art. 64 de la Constitution valaisanne du 9 mars 1907 prévoit qu'«il peut être institué par voie législative un tribunal de commerce et un ou plusieurs tribunaux de prud'hommes».

90 Cf. Marie-Bernadette Schoenenberger, Le Code de commerce du canton de Fribourg, in: P. Caroni (dir.), Le droit commercial dans la société suisse du XIXe siècle (note 87), p. 107 ss, sp. p. 129 ss pour la juridiction commerciale, prévue par le livre III dudit Code.

91 Cf. Schwarz (note 75), p. 226 s.; Gschwend/Hüwiler (note 5), p. 204 et 217.

92 Cf. Marti (note 75), p. 240 ss. 1891 correspond pour Genève à une refonte complète de l'organisation judiciaire liée aussi à l'introduction de la LP prévue pour le 1er janvier 1892 et qui confiait désormais à l'Office des faillites divers actes jusqu'alors du ressort du Tribunal de commerce, augmentant le sentiment que celui-ci avait fait son temps et expliquant aussi sa disparition la même année dans le Jura bernois. A Fribourg, le Tribunal de commerce avait été supprimé en vue de l'entrée en vigueur du Code des Obligations par une loi du 14 décembre 1882, mais ses fonctions en matière de faillite avaient été alors confiées à un tribunal des faillites, à son tour dissous au moment de l'entrée en vigueur de la LP.

93 Pour une vue d'ensemble sur l'apparition des *Handelsgerichte* de Suisse alémanique et leurs caractéristiques jusqu'à l'époque actuelle, cf. notamment Isaak Meier et Michael Rüegg, Handelsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Alexander Brunner (éd.), Europäische Handelsgerichts-

venue de Zurich (loi d'organisation judiciaire du 30 octobre 1866, instituant un *Handelsgericht* qui fonctionna effectivement dès l'année suivante), et sera suivie ensuite par Argovie (1887), Berne (1911) et Saint-Gall (1918)[94]. La source d'inspiration venait aussi indirectement de France, mais à travers des institutions analogues qui venaient d'être instituées ou étaient en discussion en Allemagne en partie sur la base des expériences fondées sur les institutions françaises demeurées applicables notamment en Rhénanie. Ces quatre juridictions spécialisées, impliquant la participation aux jugements de juges laïcs provenant des domaines industriels et commerciaux concernés, ont subsisté après l'unification du droit privé en Suisse, mais sans faire école[95]. Nous verrons que des règles procédurales particulières ont été prévues dans le CPC unifié pour leur permettre de subsister en gardant leurs principales caractéristiques.

2. *Les prud'hommes*[96]

Bien que des institutions pouvant être considérées comme de lointains ancêtres des juridictions du travail actuelles aient existé en certains endroits dès la fin du Moyen Age notamment sous la forme de jurandes ou d'autres organes juridictionnels liés à des corporations de métiers, leur essor est pour l'essentiel consécutif à la révolution industrielle. Les modèles qui ont inspiré les solutions mises en place en Suisse dans la seconde moitié du XIXe siècle remontent d'une part à un modèle français issu à l'origine des tribunaux de prud'hommes instaurés par Napoléon dès 1806, d'autre part aux *Arbeitsgerichte* développés en Allemagne, indirectement aussi d'après ce modèle, mais avec des différences significatives

---

barkeit, Berne 2009, p. 33 ss. L'histoire des débuts du Tribunal de commerce de Zurich a plus particulièrement été retracée par Werner Utzinger, Das Handelsgericht des Kantons Zürich, 1867–1900. Ein Beitrag zur Kenntnis von Geschichte, Wesen und Wirken der Handelsgerichte, Berne 1903.

94 Cf. Meier/Rüegg (note 93), p. 41, 45, 48 et 53; Daniel Schwander, Das Zürcher Handelsgericht und die branchenspezifische Zusammensetzung seines Spruchkörpers. Herkunft-Praxis-Kritik, Berlin 2009, p. 37 s.

95 Bien que çà et là des discussions sur l'opportunité de créer ou recréer une juridiction commerciale ait eu lieu dans d'autres cantons (par ex. on l'a vu dans le cadre de l'élaboration de la Constitution valaisanne de 1907, qui a encore occasionné une motion en faveur de la création d'un tel tribunal dans les années 1960, cf. Gauthier (note 86), p. 531 s., ou encore à Genève dans les années 1920), cela n'a débouché sur aucune réalisation concrète ni même sur aucun projet développé à notre connaissance. Après la séparation du Jura de Berne, le nouveau canton a aussi renoncé à une juridiction commerciale particulière sur son territoire.

96 Un historique détaillé de la genèse des différentes juridictions du travail dans les cantons connaissant cette institution figure dans la thèse de Marie-Josée Alex Galley, Les juridictions du travail en Suisse, Genève 2003, qui donne aussi des références complètes aux études consacrées à ces institutions au niveau cantonal jusqu'au début du XXIe siècle. En allemand, un tel historique se trouve aussi dans la thèse de Niklaus Oberholzer, Das Arbeitsgericht: Entwicklung, Organisation und Verfahren unter besonderer Berücksichtigung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse im Kanton St. Gallen, Berne 1984, p. 8 ss. Sauf indication contraire, les indications qui suivent sont tirées de l'ouvrage de Galley.

(par exemple une présidence tierce au lieu d'une présidence alternée entre juges travailleurs et juges employeurs).

Dans notre pays, les premières tentatives d'instaurer de telles juridictions se rencontrent en 1874 sous la forme de «tribunaux d'arbitrage industriel» prévus par des dispositions législatives cantonales neuchâteloises (loi du 13 juillet 1874) et genevoises (modification du 21 octobre 1874 de la loi sur les justices de paix). L'expérience n'ayant pas été très concluante, ils seront remplacés une dizaine d'années plus tard dans ces deux cantons par des tribunaux dénommés, sur le modèle français, des Conseils de Prudhommes, à Genève en vertu d'une loi du 3 octobre 1883 et à Neuchâtel en vertu d'une loi du 20 novembre 1885. Alors que la nouvelle institution genevoise valait pour tout le territoire cantonal, la solution neuchâteloise laissait aux communes qui le voulaient le soin de se doter d'une juridiction prud'homale fondée sur cette nouvelle législation. Ce fut le cas seulement dans les principales communes industrielles et horlogères du canton, avec des prud'hommes créés successivement à La Chaux de Fonds (1886), Neuchâtel (1890), Le Locle (1891) et Fleurier (1908).

D'autres législations analogues permirent la création de prud'hommes dans certaines communes du canton de Vaud (sur la base d'une loi du 26 novembre 1888), puis de Fribourg (sur la base d'une loi du 25 novembre 1899). En Suisse alémanique, un *Gewerbliches Schiedgericht* fondé sur le modèle français vit le jour d'abord à Granges, sur la base d'une loi cantonale soleuroise du 1er décembre 1891[97]. Des juridictions du travail inspirées du droit allemand apparurent par ailleurs à Bâle-Ville (sur la base d'une loi cantonale du 29 avril 1889), à Lucerne (sur la base d'une loi cantonale du 16 février 1892), à Berne (sur la base d'un décret cantonal du 1er février 1894), à Zurich (sur la base d'une loi cantonale du 22 décembre 1895), à Saint-Gall (sur la base de lois cantonales du 16 mai 1899 et du 27 juin 1904) et en Argovie (sur la base d'une loi cantonale du 4 décembre 1908). Une loi cantonale du 22 mai 1918 avait aussi donné aux communes tessinoises la faculté de se doter de *probiviri*, mais aucune n'en a jamais fait usage. De même, le canton d'Obwald a toujours laissé les litiges de droit du travail dans la compétence des juridictions civiles ordinaires, bien que le terme d'*Arbeitsgericht* ait figuré pendant une partie du XXe siècle dans ses lois cantonales d'organisation judiciaire et de procédure civile, à propos des cas où ces juridictions ordinaires appliquaient une procédure spécifique aux litiges en question[98].

Le mouvement se ralentit après la fin de la première guerre mondiale, mais des formes de juridiction du travail seront encore introduites en Valais sous la

97 Ce tribunal cessa cependant son activité en 1897, et une juridiction du travail ne fut à nouveau instaurée dans le canton de Soleure que sur la base d'une nouvelle loi cantonale du 7 décembre 1919.

98 Cf. Galley (note 96), p. 77,

forme d'une «Commission d'arbitres» présidée par le chef du Département cantonal de l'industrie (sur la base de la loi cantonale du 20 mai 1921 d'exécution de la loi fédérale sur le Travail)[99], plus tard devenu un véritable tribunal de droit du travail. Le dernier canton à se doter d'une telle institution sera le Jura, d'abord par une reprise provisoire de la réglementation bernoise (décret du 6 décembre 1978), puis par une loi du 30 juin 1983. Relevons que partout, sauf à Genève et à Bâle-Ville, les lois cantonales de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle n'organisaient pas des prud'hommes sur l'entier du territoire cantonal, mais habilitaient simplement les communes qui le souhaitaient à en créer sur leur territoire, parfois en se regroupant à cet effet[100].

Ce caractère partiellement communal des juridictions du travail en Suisse a généralement disparu à la fin du XXe siècle ou au début du XXIe siècle. Des juridictions spécialisées en la matière ont en revanche le plus souvent subsisté malgré l'unification de la procédure civile dans les cantons énumérés ci-dessus[101]. Dans le reste de la Suisse en revanche les conflits de travail relèvent simplement des tribunaux ordinaires et ne se distinguent pas des autres procès sous réserve des règles particulières prévues sur quelques points par le législateur fédéral[102].

---

99 Cf. GALLEY (note 96), p. 65 s. La possibilité d'instituer par voie législative un ou plusieurs tribunaux de prud'hommes est expressément mentionnée dans la Constitution valaisanne depuis 1907, cf. note 89 ci-dessus.

100 Ce fut aussi le cas dans le Jura au moment de sa création vu la reprise provisoire du droit bernois en la matière, avec des tribunaux du travail d'abord seulement à Porrentruy et Delémont. A la suite de la loi de 1983 cependant, des prud'hommes furent institués sur tout le territoire jurassien, avec initialement une juridiction prud'homale dans chacun des trois districts, puis à la suite de la refonte générale de l'organisation judiciaire cantonale de 2000, une seule ayant son siège à Porrentruy.

101 Les cantons de Soleure et de Saint-Gall y ont renoncé, dans le cas de ce dernier canton à la suite d'une votation populaire du 1er juin 2008, cf. PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel 2011, p. 28 s. Dans le cadre des simplifications de l'organisation judiciaire votée à Neuchâtel, les juridictions prud'homales y ont été en fait supprimées, mais nous verrons que l'autorité de conciliation siège pour les litiges de droit du travail dans une composition paritaire même lorsque l'art. 200 al. 2 CPC ne l'impose pas et qu'une disposition de la loi d'organisation judiciaire cantonale prévoit qu'alors le tribunal civil ordinaire «est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail», notamment dans le but de permettre au droit neuchâtelois de faire usage de la latitude laissée aux cantons d'autoriser des mandataires professionnellement qualifiés à représenter à titre professionnel des parties dans de telles affaires (art. 68 al. 2 let. d CPC). A Lucerne également il existe toujours formellement un *Arbeitsgericht*, mais qui n'est plus composé paritairement.

102 Cf. art. 200 CPC en matière de composition paritaire de l'autorité de conciliation dans les litiges relevant de la loi sur l'Egalité (ci-après LEg), art. 113 et 114 CPC en matière de frais, art. 243 et 247 CPC en matière d'application de la procédure simplifiée et de la maxime inquisitoire, etc. Les particularités de la procédure applicable depuis 2011 en matière de conflits de travail ont fait l'objet de plusieurs études récentes détaillées, qui ne comprennent cependant pas de partie historique importante, cf. DIETSCHY, (note 101); STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Berne 2014; JACQUELINE DAMBECK, Rechtsdurchsetzung in privat- und öffentlich-rechtlichen Arbeitsstreitigkeiten, thèse Berne 2017.

Sauf à Lucerne et à Neuchâtel[103], lesdites juridictions spécialisées sont partout des juridictions paritaires. Il subsiste cependant entre elles des différences importantes, qu'il ne saurait être question de présenter ici[104], en ce qui concerne notamment leurs compétences[105], l'autorité chargée de la conciliation selon les art. 197 ss CPC, les mandataires professionnels éventuellement habilités à intervenir devant elles, la gratuité de la procédure et ses éventuelles limites, l'existence ou non d'une autorité de recours ou d'appel également spécialisée, etc.

3. *Les tribunaux des baux*[106]

Si la création de prud'hommes est liée à l'industrialisation, celle des tribunaux des baux l'est à la crise du logement survenue à la suite de l'essor économique des «trente glorieuses». Aussi les juridictions en la matière ne sont-elles apparues qu'à partir des années 1970[107]. Le souci de protéger les locataires de logements contre des loyers excessifs est certes bien plus ancien, puisque des mesures en la matière ont déjà été prises, notamment au titre du droit d'urgence durant la première, puis la seconde guerre mondiale et les années qui suivirent. Les vifs débats politiques qu'occasionnèrent ces questions au niveau fédéral, avec quatre initiatives populaires soumises au vote dès 1967 et l'acceptation en 1972 d'un contreprojet chargeant la Confédération de prendre des mesures contre les abus dans le secteur locatif (art. 34 septies Cst 1874), portaient toutefois surtout sur le droit matériel[108].

Des démarches ont cependant été menées parallèlement dans certains cantons en vue de faciliter aussi l'accès à la justice civile pour les locataires. Les premières mesures en la matière ont sans doute débuté dans la Genève rouge

---

103 Cf. note 101 ci-dessus.

104 Pour un aperçu postérieur aux adaptations intervenues en lien avec l'entrée en vigueur du CPC unifié, cf. Michel Heinzmann et Corinne Copt, Tribunaux de prud'hommes: les particularités cantonales, Plaidoyer 31, 2013, p. 30 ss.; Michel Heinzmann, La situation actuelle de la juridiction prud'homale en Suisse, Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée (ci-après PCEF) 9, 2013, p. 21 ss.

105 Elle est souvent limitée aux litiges ne dépassant pas un certain montant, généralement 30 000 frs. pour n'inclure que les litiges relevant de la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 1er CPC, mais à Genève notamment les prud'hommes jugent tout le contentieux du travail quelle que soit la valeur litigieuse. Des règles particulières peuvent par ailleurs inclure ou non dans les compétences prud'homales certains litiges non patrimoniaux ou ne relevant pas du droit privé, notamment en matière de fonction publique, exclure des types particuliers d'actions p.ex. en responsabilité, etc.

106 Il n'existe pas à notre connaissance d'étude d'ensemble retraçant la genèse des tribunaux des baux dans les différents cantons qui connaissent ou ont connu cette institution.

107 Il n'en est pas fait mention dans l'étude détaillée de Gauthier, (note 86).

108 Sur l'évolution de celui-ci dès le premier Code des Obligations, cf. Frank Thomas Petermann, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1881 bis 1989, Zurich 1997; Stéphane Cuernet, Philippe Faverger et Philippe Thalmann, La politique du logement, Lausanne 2002.

de Léon Nicole, avec l'instauration dès 1936 d'une autorité spéciale paritaire de conciliation[109]. A défaut d'accord cependant, le procès ultérieur devait se poursuivre devant la juridiction ordinaire. Relevons que cette solution sera plus tard adoptée par le droit fédéral: dès 1972 en effet celui-ci imposera aux cantons, non d'avoir une juridiction particulière pour les litiges de droit du bail, mais de soumettre ceux-ci à certains allégements procéduraux et de faire précéder le procès proprement dit d'une conciliation devant une autorité paritaire[110].

Des juridictions spécialisées pour connaître de tels conflits, pour lesquelles les tribunaux de prud'hommes ont généralement servi de modèles, ne verront le jour qu'à partir des années 1970 et dans quelques cantons seulement. La première réalisation en ce sens intervint à Zurich, où fonctionnèrent dès 1970 dans chaque district un *Mietgericht* à composition paritaire[111]. La même année, Genève réorganisa de même les règles sur son autorité de conciliation en matière de baux, remontant nous l'avons vu à 1936, et créa à cette occasion deux chambres du Tribunal de première instance spécialisées dans les contestations entre locataires et bailleurs qui entrèrent en fonction en 1972[112]. Puis c'est un vote populaire du 13 décembre 1981 approuvant une initiative législative entièrement rédigée qui entraîna la création d'une juridiction similaire dans le canton de Vaud, unique mais tenant en principe ses séances dans le district du lieu de situation de l'immeuble loué, qui a pris ses fonctions le 1er janvier 1983[113]. Dans les années qui suivent, des juridictions des baux furent encore créées à Fribourg et dans le Jura.

Ces juridictions spécialisées en matière de bail ont généralement été conservées dans le cadre de la procédure civile unifiée, qui y fait allusion à l'art. 68 al. 2 let. d CPC, sans toutefois connaître au XXIe siècle un nouvel essor. Il s'agit d'une institution essentiellement, mais non exclusivement, romande puisqu'elle existe aujourd'hui à Fribourg, à Genève, dans le Jura, dans le canton de Vaud et à Zurich. On ne peut guère considérer qu'il en va de même à Neuchâtel, même si, comme en matière de droit du travail, la loi neuchâteloise d'organisation judiciaire déclare que le tribunal régional «est juridiction spéciale en matière de contrat de bail»[114]. Le Tribunal des Baux vaudois est une juridiction unique pour tout le canton. Il en va de même à Genève et dans le Jura. Au contraire il existe 3 tribunaux des baux à Fribourg et 12 à Zurich, selon une répartition géographique par arrondissement ou par district (tenant partiellement compte aussi

109 Cf. Gérard Bagnoud, Historique des premières commissions genevoises de conciliation en matière de baux à loyer (1936–1977), février 2003 (document consulté sur le site internet de la République et canton de Genève ‹ge.ch/justice/un-peu-d-histoire›, la dernière fois le 9 avril 2019).

110 Cf. Michel Heinzmann, La procédure simplifiée, une émanation du procès civil social, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 31 ss.

111 Cf. Urs Bosshard, Die Sondergerichte des Kantons Zurich, thèse Zurich 1981, p. 56 ss.

112 Cf. Marti (note 75), p. 346.

113 Cf. Stéphane Ducret et *al.*, Procédures spéciales vaudoises, Lausanne 2008, p. 56.

114 Cf. note 101 ci-dessus.

des aires linguistiques à Fribourg). Leur compétence *ratione materiae* peut varier (généralement les litiges de droit du bail à loyer et du bail à ferme non agricole, mais parfois avec des exceptions, comme celle qui, dans le canton de Vaud, confie les procédures d'expulsion en procédure sommaire au juge de paix). Des dispenses de frais dépassant ce que prévoit le droit fédéral, fondées sur l'art. 116 CPC et pouvant ou non englober l'exclusion des dépens en cas de perte du procès sont généralement prévues, mais avec une étendue et des exceptions variables[115]. Relevons qu'à notre connaissance, contrairement aux tribunaux de prud'hommes de certains cantons, les affaires placées dans la compétence desdites juridictions le sont quelle que soit la valeur litigieuse. Toutefois celle-ci, jusqu'à des seuils variables, peut parfois entraîner une compétence présidentielle sans composition paritaire.

III. Quelques évolutions récentes

1. Apparition et disparition de nouveaux tribunaux

La dernière décennie écoulée a évidemment été marquée par la création d'une première juridiction civile fédérale inférieure, avec le Tribunal fédéral des brevets. Au niveau cantonal en revanche, et si l'on se limite aux traits principaux, il n'y a plus eu de vague importante de constitution de nouvelles juridictions civiles après celle relative aux tribunaux des baux évoquée ci-dessus à la fin du XXe siècle. Dans le détail, on trouve cependant quelques exceptions.

L'une des plus originales est la création dans le canton de Vaud à partir du 1er janvier 2011 d'une Chambre patrimoniale vaudoise, compétente pour juger en première instance et comme juridiction inférieure, donc avec des possibilités d'appel et de recours au Tribunal cantonal selon les art. 308 ss CPC, les litiges patrimoniaux dépassant 100 000 frs. et ne relevant pas d'une juridiction cantonale unique selon les art. 5 ou 8 CPC. Auparavant, de tels litiges étaient jugés sans possibilité de recours cantonal ordinaire par une section du Tribunal cantonal (Cour civile). Cette solution étant devenue incompatible avec le droit fédéral dès le 1er janvier 2011[116], il fallait soit admettre la possibilité d'un recours ou d'un appel s'adressant à une cour du Tribunal cantonal contre une décision d'une autre cour de la même juridiction, solution juridiquement concevable mais exposant à des récusations et qui n'a pas été jugée satisfaisante dans le long terme, soit transférer le jugement en première instance de ces affaires à une juridiction inférieure. La logique aurait été alors de les confier aux

115 Pour un tableau concernant les cantons romands, cf. SUZANNE PASQUIER, Tribunaux des baux: particularités cantonales, Plaidoyer 2013/6 p. 13.

116 En raison de l'entrée en vigueur des art. 308 ss CPC précités et de l'art. 75 al. 2 LTF exigeant que les décisions susceptibles de recours en matière civile au TF émanent d'un tribunal supérieur statuant sur recours, dont l'entrée en vigueur avait été différée par une règle de droit transitoire (art. 130 al. 2 LTF).

tribunaux d'arrondissement. Ceux-ci statuent cependant dans une composition ne comportant qu'un seul magistrat juriste flanqué de deux assesseurs laïcs et les milieux de praticiens vaudois, en particulier les avocats, ont fait valoir que pour des procès portant sur de très gros enjeux financiers, un jugement par un collège de professionnels serait préférable. D'où la constitution de ce nouveau tribunal, dont le greffe est en pratique réuni à celui du tribunal d'arrondissement de Lausanne et dont les décisions de fond sont rendues par trois juges ayant par ailleurs tous la fonction de président dudit tribunal ou d'un autre tribunal d'arrondissement.

Lors de l'élaboration du nouveau droit du mariage et du divorce entré en vigueur le 1er janvier 2000, la proposition avait été faite d'insérer dans le Code civil une règle imposant aux cantons de créer des tribunaux de famille à composante pluridisciplinaire. Elle n'avait pas été retenue alors, une telle obligation n'ayant plus tard été prévue par le législateur fédéral que pour les autorités de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 440 al. 2 CC, en vigueur depuis le 1er janvier 2013), qui sortent du périmètre de la présente étude. Rien n'empêche cependant évidemment un législateur cantonal d'instaurer de son propre chef un tel type de juridiction. C'est ce qui a été fait en Argovie, où un tribunal de famille fonctionne depuis le 1er janvier 2013, en pratique sous forme d'une section particulière de chaque *Bezirksgericht*. Bien que la doctrine se soit montrée dans l'ensemble très élogieuse envers cette innovation[117], elle n'a pas fait école dans d'autres cantons jusqu'à présent. Au contraire, des réformes tendant à supprimer les juges laïcs et à confier la justice civile uniquement à des juges professionnels et juristes, siégeant souvent seuls en première instance, comme cela a été nous le verrons le choix récemment fait à Neuchâtel, vont plutôt en sens contraire.

Les dernières décennies ou années ont aussi vu disparaître certaines juridictions cantonales. Il s'agissait parfois d'institutions un peu étranges et désuètes, qui n'avaient plus guère d'actualité ni d'utilité, comme le Tribunal de la Broderie à Saint-Gall, créé au XIXe siècle et qui existait encore en 1969[118]. On peut aussi mentionner le choix qu'ont fait au cours du XXe siècle quelques cantons de se passer de juges de paix, soit en supprimant une institution existante (Berne, Neuchâtel), soit en ne l'ayant jamais consacrée (Bâle-Ville, Jura).

Une disparition liée à l'entrée en vigueur du nouveau CPC a toutefois constitué un changement important en particulier à Zurich et une réduction sensible des garanties accordées aux justiciables, en particulier dans le cadre de procès devant le Tribunal de Commerce. Il s'agit de l'abrogation des tribunaux de cas-

117 Cf. en dernier lieu Christoph Häfeli, Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisationsform der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: der Kanton Aargau als Schrittmacher für eine Innovation im Gerichtswesen? in: Brennpunkt Familienrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zurich 2017, p. 289 ss.

118 Cf. Samuel Teitler, Das Fachgericht für die Stickerei-Industrie in St. Gallen, thèse Zurich 1922; Gauthier (note 86), p. 534.

sation qui, dans quelques cantons alémaniques, constituaient une juridiction supérieure distincte de l'*Obergericht*, pouvant être saisie de griefs particuliers à l'encontre de décisions d'autres autorités judiciaires cantonales. Le plus important était le *Kassationsgericht* de Zurich, créé par une loi approuvée par le peuple zurichois le 15 juin 1874[119]. Il pouvait être saisi de recours particuliers contre des décisions tant du *Handelsgericht* que de l'*Obergericht*, soit parfois en troisième instance cantonale. Il a joué dès la fin du XIXe siècle et tout au long du XXe siècle un rôle important dans le développement de la jurisprudence zurichoise. Il était incompatible avec le système des voies de droit du CPC unifié, qui ne permettent en effet pas de troisième instance cantonale, ni de recours cantonal contre une décision d'une autorité statuant en instance cantonale unique selon les art. 5 ss CPC. Il n'aurait pas valu la peine de le maintenir pour les quelques cas où il aurait théoriquement pu continuer à statuer dans des affaires de nature publique non soumises au nouveau CPC. Il a donc été abrogé dans le cadre des adaptations du droit zurichois aux nouvelles procédures unifiées et a cessé ses fonctions en 2012, à l'issue d'une période transitoire destinée à lui permettre de trancher les recours encore soumis à l'ancien droit.

Des tribunaux de cassation du même genre, parfois même plus anciens[120], existaient aussi à Schaffhouse, Appenzell Rhodes Extérieures et Saint-Gall, sans y jouer un rôle aussi important, d'autant que dans ces deux derniers cantons ils ne pouvaient être saisis que dans des cas où aucun recours ordinaire à l'*Obergericht* n'était ouvert. Ils ont eux aussi été supprimés à la suite de l'entrée en vigueur du CPC unifié.

2. *La question des juges non juristes et des assesseurs*

Une très longue tradition voulait en Suisse que les juges ne soient pas forcément juristes, même comme magistrats uniques. Le TF a toujours admis jusqu'à présent que cela ne violait en principe aucune garantie de procédure résultant de la Constitution ou de la CEDH[121], d'autant que des aménagements permettant à un juge laïc de bénéficier au moment de statuer des renseignements nécessaires sur l'analyse juridique du cas peuvent être trouvés, notamment en lui adjoignant un greffier ayant une formation en droit comme le prévoit p.ex. la législation valaisanne sur les juges de commune.

Il n'empêche que ce système tend plutôt à disparaître. Sous réserve de situations transitoires protégeant des situations acquises, on constate une tendance très nette à la professionnalisation des fonctions judiciaires. De nombreuses

---

119 Voir les contributions parues in: Andreas Donatsch et *al.* (éd.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zurich 2000. En particulier sur l'histoire de ce tribunal, cf. Bruno Schmid, Zur Geschichte der zürcherischen Kassationsgerichtes, *ibidem* p. 15 ss.

120 Cf. Hans Brunner, 168 Jahre Kassationsgericht des Kantons St. Gallen, in: Andreas Donatsch et *al.* (éd.), Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, (note 119), p. 47 ss.

121 Cf. ATF 134 I 16, JdT 2008 I 96 et les réf. citées.

lois d'organisation judiciaire cantonales exigent désormais une formation juridique pour ses principaux magistrats[122]. Une votation récente à Zurich est allée en ce sens. On voit cependant aussi des signes d'attachement à la possibilité que des non-juristes continuent à pouvoir accéder à certaines magistratures. Le 15 novembre 2018 par exemple, le Grand Conseil valaisan a rejeté un postulat Carole Basili et Philomène Zuffery demandant que soit désormais exigée une formation juridique pour les juges de commune.

De la question de magistrats uniques non juristes, il faut évidemment distinguer celle de la présence d'assesseurs laïcs dans des juridictions collectives. Il s'agit là aussi d'une tradition ancienne dans notre pays, mais elle ne nous semble alors nullement en perte de vitesse: elle caractérise en particulier la plupart des tribunaux spécialisés, qu'il s'agisse de prud'hommes, de tribunaux des baux ou de tribunaux de commerce. Le législateur fédéral vient de la reprendre lors de la constitution du Tribunal fédéral des brevets. L'art. 200 CPC impose même dans certains cas des assesseurs non professionnels, en particulier dans les autorités de conciliation en matière de baux ou de LEg[123]. Et si à terme il devait être demandé aux cantons, comme ils doivent déjà le faire pour leurs autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, de donner une composition multidisciplinaire aux tribunaux chargés de trancher d'autres litiges de la famille, cela se ferait presque nécessairement en recourant à des assesseurs non juristes et non permanents.

3. Des choix très différents en matière d'autorité de conciliation

La conciliation préalable devant une autorité distincte du juge du fond est une vieille tradition en Suisse, introduite sous l'influence française parfois au début du XIXe siècle déjà et qui, à l'origine, constituait l'une des fonctions principales des juges de paix qui apparaissent à cette époque aussi dans la plupart des cantons (et la justification de leur dénomination). Alors qu'après avoir été abandonné en France avant même la suppression des juges de paix dans ce pays en 1958, ce préalable avait cessé d'être nécessaire dans plusieurs procédures cantonales de la fin du XXe siècle, notamment en Suisse romande[124], le CPC unifié

122 Relevons que ce n'est formellement pas le cas pour le TF, la Constitution précisant que tout citoyen ou citoyenne ayant le droit de vote y est éligible (art. 143 Cst), même si en pratique il y a de nombreuses décennies que n'ont été élus à Mon-Repos que des personnes au bénéfice d'une formation juridique complète.

123 Dans ces cas, il n'est pas exclu que les représentants paritaires des milieux concernés soient juristes, et cela arrive même en pratique parfois. Ce n'est cependant pas principalement pour leurs éventuelles connaissances juridiques qu'il est fait appel à eux. L'exigence d'une composition multidisciplinaire, telle qu'elle ne figure pour l'instant qu'à l'art. 440 al. 1er CC, mais serait sans doute souhaitée par les partisans de tribunaux de famille, nous semble en revanche impliquer que certains au moins des membres du collège ne soient pas juristes.

124 Sur l'histoire de la conciliation préalable en France, son abandon au milieu du XXe siècle et sa réception en Suisse, à l'origine parallèle à celle de la justice de paix, cf. notamment François Bohnet et Samuel Monbaron, Les modes amiables de résolution des conflits en procédure

l'a réaffirmé comme un élément indispensable avant la saisine du juge du fond, sauf quelques exceptions. Il a en revanche généralement laissé les cantons libres de choisir l'autorité qui en serait chargée, sans imposer ni qu'il s'agisse d'une autorité judiciaire plutôt qu'administrative ni qu'elle soit distincte du juge du fond ni qu'elle soit unique pour tout le territoire cantonal ou au contraire dépendante de ressorts multiples, ni même (sous réserve selon l'art. 200 CPC d'une exigence de composition paritaire déjà évoquée pour les seules autorités de conciliation en matière de bail et de LEg) qu'elle soit menée par un magistrat ou un fonctionnaire unique ou au contraire par un collège.

Les solutions choisies par les cantons à cet égard, souvent repensées en vue de l'entrée en vigueur du nouveau CPC, varient en pratique considérablement. En faisant abstraction des règles particulières concernant les autorités de conciliation paritaires en matière de bail et de LEg, on constate l'existence de trois groupes principaux. Dans certains cantons (Argovie, Valais, Zurich, etc.), on a conservé la tradition confiant toutes les conciliations, même pour les affaires où le jugement au fond relèvera d'une autre juridiction, à un juge de paix ou à un juge de commune. Ailleurs (Berne, Obwald, Uri, etc.), le choix a été fait de confier ces conciliations à un ou plusieurs organismes spécialisés, qui peuvent ne pas être des autorités judiciaires. Dans un troisième groupe de cantons enfin (Vaud, Neuchâtel, Tessin, etc.), c'est le juge qui pourra être saisi du fond lui-même, avec souvent une délégation possible au sein de ce tribunal, notamment si ledit fond relève d'une autorité collective. Bien que l'art. 47 al. 2 CPC envisage le cas en précisant qu'une activité conciliatrice ne saurait constituer en soi un motif de récusation, certains législateurs cantonaux ont prévu qu'en cas d'échec de la conciliation, le fond serait instruit et jugé par un collègue du magistrat ayant tenté de concilier les parties et non par la même personne[125].

Chacune de ces solutions a naturellement ses avantages et ses inconvénients, notamment en matière d'efficacité et de coûts[126]. Le législateur fédéral n'en a en principe privilégié aucune. Des passages du Message et la justification donnée à certaines des exceptions à l'obligation d'une procédure préalable de conciliation, notamment lorsque le litige est de la compétence d'une instance

civile suisse – présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation, RSPC 2010 p. 87 ss. Sur la désaffection avant 2011 pour le préalable de conciliation notamment dans certains cantons romands, cf. aussi Jean A. Mirimanoff, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse? RDS 123, 2004, p. 529 ss.

125 Cf. art. 41 al. 1er, 2e phrase, du Code de droit privé judiciaire vaudois.

126 Pour une tentative d'évaluation de ces différents modèles, par des auteurs qui ne cachent pas leur manque de sympathie, à notre avis injustifié, pour le système où la procédure de conciliation relève de la juridiction qui sera le cas échéant appelée à statuer au fond, cf. Isaak Meier et Sarah Scheiwiller, Erfolg der Schlichtungs- und Urteilsvorschlagverfahren nach neuer ZPO, RDS 133, 2014 I p. 155 ss. Voir aussi les analyses plus centrées sur le modèle bernois mais avec des perspectives comparatives de Daniel Kettiger, Die Schlichtungbehörde im Kanton Bern als Erfolgsmodell? Justice – Justiz – Giusticia (revue électronique) 2014/3; Sybille Frech, Die Schlichtungsbehörde, eine Erfolgsgeschichte?, Revue de l'avocat 2015/1, p. 23 ss.

cantonale unique (art. 198 let. f CPC) montrent qu'il partait plutôt de l'idée que la conciliation serait tentée par un tiers plutôt que par un des membres du tribunal compétent pour trancher le fond. Il est en effet absurde de justifier qu'il n'y ait pas de préalable de ce type dans les procès de propriété intellectuelle et autres matières relevant d'un tribunal de commerce ou d'un autre tribunal fonctionnant comme instance cantonale unique par le probable manque de connaissances spécialisées du conciliateur dans un canton où cette tentative aurait dû être le fait d'un membre dudit tribunal!

4. La situation actuelle dans quelques cantons

Il ne saurait être question de décrire ici en détail, même en se limitant aux juridictions civiles, les organisations judiciaires de la totalité des 26 cantons et demi-cantons. Un passage en revue rapide de cinq d'entre eux, choisis dans les trois régions linguistiques de notre pays, suffira à illustrer la variété des solutions qui existent à cet égard aujourd'hui:

Dans le canton de Zurich, la justice civile de première instance est répartie entre deux juridictions ordinaires réparties géographiquement, soit 6 offices de paix *(Friedensrichterämter)* et 12 tribunaux de district *(Bezirksgerichte)*, plus trois juridictions spécialisées dont il a été question plus haut, soit 12 tribunaux de prud'hommes *(Arbeitsgerichte)*, 12 tribunaux des baux *(Mietgerichte)*, ainsi qu'un Tribunal de Commerce *(Handelsgericht)* pour tout le canton dans les affaires pouvant lui être confiées selon l'art. 6 CPC. Sauf les juges de paix, il s'agit en général de juridictions collégiales. Il y a toutefois aussi des cas où par exemple le *Bezirksgericht* statue sous la forme d'un juge unique. Les juges de paix ont pour fonction essentielle de mener la procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC dans les affaires relevant des autres tribunaux (sauf en matière de LEg ou de bail, où la conciliation relève d'autorités paritaires particulières, la *paritätische Schlichtungsbehörde für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz*, ou la *paritätische Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen*) et ne statuent sur le fond que dans les cas où les art. 210 et 212 CPC permettent à l'autorité de conciliation de le faire. Le tribunal de district juge au fond les affaires civiles qui ne relèvent pas des juridictions spécialisées, avec une composition (juge unique ou collège) variant selon les affaires dont il s'agit. Les recours ou appels pouvant être exercés au niveau cantonal selon les art. 308 ss CPC relèvent de différentes cours du Tribunal supérieur *(Obergericht)*, ce qui ne concerne évidemment pas les affaires jugées par le Tribunal de Commerce, puisque celui-ci statue en instance cantonale unique, ses décisions ne pouvant être attaquées que devant le TF.

Dans le demi-canton de Bâle-Ville on trouve comme juridiction civile inférieure un tribunal civil *(Zivilgericht)* unique, qui statue au fond sur la plupart des litiges civils. L'*Arbeitsgericht* en relève comme une section particulière, et il n'y a pas d'autres juridictions ordinaires inférieures, spécialisées ou non. Il

s'agit en général de juridictions collégiales, mais il y a aussi des cas où le *Zivilgericht* se compose d'un juge unique pour statuer. Il n'y a pas de juges de paix, institution qui n'a jamais été connue à Bâle-Ville. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC s'y déroule dès lors devant une *Schlichtungsbehörde* rattachée au tribunal civil, sauf en matière de bail et de LEg, où conformément à l'art. 200 CPC il existe des autorités de conciliation paritaires particulières. Les recours et appels relèvent du Tribunal cantonal, qui a gardé, on l'a vu, le nom d'*Appellationsgericht*. Une section particulière de ce dernier instruit et juge les affaires pour lesquelles le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique. Une *Schlichtungsbehörde* particulière lui est rattachée, dont l'activité devrait toutefois se restreindre aux cas, en pratique quasi inexistants, où des parties auraient prorogé la compétence de la section en question dans un litige de 100 000 frs. au moins selon l'art. 8 CPC sans simultanément renoncer au préalable de conciliation selon l'art. 199 al. 1er CPC[127].

Au Tessin, les juridictions inférieures comptent des juges de paix *(giudici di pace)* établis dans chacun des 38 cercles et des préteurs *(pretori)* dans chacun des 10 districts que compte le canton. Il s'agit toujours de magistrats siégeant comme juges uniques. Les juges de paix tranchent au fond les petits litiges jusqu'à 5000 frs., et leur rôle conciliateur se limite aux affaires en question. Le reste de la juridiction civile de première instance relève pour l'essentiel du préteur. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC relève alors aussi de l'office du préteur compétent au fond, mais elle est parfois dirigée par un fonctionnaire judiciaire, le secrétaire assesseur *(segretario assessore)*. Il n'y a pas de tribunaux spécialisés. En deuxième instance, les causes relèvent du Tribunal cantonal, qui a gardé, on l'a vu, le nom de *Tribunale di Appello* et dont une section particulière instruit et juge les affaires pour lesquelles le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique.

Dans le canton de Vaud, l'organisation de la justice civile inférieure est particulièrement complexe, avec pas moins de quatre juridictions distinctes, auxquelles s'ajoutent des compositions particulières du tribunal d'arrondissement selon les affaires. On compte une dizaine d'offices de juge de paix (soit en principe un pour chacun des 10 districts du canton, la loi permettant cependant des regroupements) et 4 tribunaux d'arrondissement dans chacun des quatre arrondissements judiciaires entre lesquels est réparti le territoire vaudois. En revanche, le ressort du Tribunal des Baux, on l'a dit, s'étend à l'ensemble de ce dernier. Cela vaut aussi pour la dernière-née des autorités judiciaires civiles du canton, la Chambre patrimoniale vaudoise, dont il sera encore question plus loin et qui est chargée de juger au fond les litiges patrimoniaux dépassant 100 000 frs. La plupart des autres causes civiles sont confiées au fond selon des règles d'attribution complexes tenant compte soit de la valeur litigieuse,

127 Fabian Grolimund et Lucas Kruettli, Ausgewählte Verfahren im Kanton Basel-Stadt, Berne 2015, p. 19 n. 3.

soit de la matière *stricto sensu*, entre le juge de paix, le président du tribunal d'arrondissement siégeant seul, le tribunal d'arrondissement dans sa composition ordinaire (un président juriste et deux assesseurs laïcs) et les tribunaux des prud'hommes, qui sont formellement des cours particulières à composition paritaire du tribunal d'arrondissement. En deuxième instance, les appels et recours selon le CPC relèvent du Tribunal cantonal, dont une cour particulière (Cour civile) instruit et juge par ailleurs les affaires pour lesquelles le droit fédéral prescrit une instance cantonale unique. Relevons que le juge de paix n'est plus dans le canton de Vaud, contrairement à sa fonction historique, essentiellement une autorité de conciliation. Il n'y a pas non plus de telles autorités spécialisées, sauf en matière de baux à loyer et à ferme non agricoles immobiliers (cas où la conciliation est tentée par une commission paritaire existant dans chaque district et présidée par le préfet, soit une autorité administrative). Les procédures de conciliation selon les art. 197 ss CPC sont en effet en principe confiées dans le canton de Vaud à la juridiction compétente pour trancher le fond (ou à un juge délégué si cette juridiction est une autorité collégiale et que le droit fédéral n'impose pas une composition paritaire).

Neuchâtel peut d'une certaine manière apparaître comme l'antithèse de son voisin vaudois, avec une des organisations des juridictions civiles les plus simples du pays, adoptée dans le cadre d'une refonte cherchant aussi à réaliser des économies dans une période de difficultés financières pour le canton: il n'y a pas ou plus de juges de paix ni de tribunaux spécialisés[128]. La juridiction civile de première instance appartient à une seule autorité, pour laquelle la décision de principe a d'ailleurs aussi été de renoncer à toute subdivision territoriale, avec un tribunal d'instance pour tout le canton. Pour l'instant cependant cette dernière transformation a été suspendue et il y a deux tribunaux régionaux[129]. La procédure de conciliation selon les art. 197 ss CPC leur revient également dans le cadre d'une chambre de conciliation. En principe, les décisions sont toujours prises par un magistrat unique professionnel. Les juges assesseurs laïcs ont donc disparu de la justice civile neuchâteloise, sauf pour les conciliations où le droit fédéral impose une composition paritaire (art. 200 CPC)[130]. En deuxième instance, le Tribunal cantonal est la juridiction d'appel et de recours, avec comme dans les autres cantons sans tribunal de commerce une cour instruisant

128 Nous avons vu que la loi neuchâteloise d'organisation judiciaire déclare que le tribunal civil est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail, mais qu'il s'agit largement d'une fiction, cf. notes 101 et 114 ci-dessus.

129 Tribunal des Montagnes et du Val de Ruz d'une part, Tribunal du Littoral et du Val de Travers d'autre part, le premier ayant son siège à La Chaux-de-Fonds, alors que le second est pour l'instant un tribunal multisite, avec des bureaux d'une part à Neuchâtel et d'autre part à Boudry.

130 Des assesseurs laïcs siègent aussi aux côtés d'un magistrat professionnel, pour respecter le caractère interdisciplinaire prescrit par l'art. 440 al. 1er CC, lorsqu'un tribunal régional neuchâtelois fonctionne comme autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, ce qui sort toutefois du périmètre de la présente étude.

et jugeant par ailleurs les affaires pour lesquelles le droit fédéral prescrit une juridiction cantonale unique.

La question des juges et assesseurs laïcs doit sans doute être distinguée de celle des juges à plein temps ou à temps partiel, qui peuvent parfaitement être des juristes. Des magistrats n'ayant pas une charge à plein temps ont toujours existé, en particulier dans les régimes mis en place aux XIXe siècle (mais qui ont souvent subsisté ensuite très longtemps) où des nécessités liées aux difficultés de déplacement et aux impératifs de la justice de proximité imposaient l'existence de juridictions dans des ressorts peu peuplés et où l'activité restait occasionnelle. Le système ancien lui aussi des juges suppléants, souvent recrutés parmi des avocats, des professeurs, etc. implique également des juges juristes et n'exerçant pas leurs fonctions à plein temps. Des problématiques plus récentes concernant le *job sharing*, notamment dans un but de faciliter l'accès aux magistratures à des personnes ayant des charges de famille, s'y sont parfois aussi ajoutées. Les choix à cet égard diffèrent de canton à canton et doivent aussi trouver des solutions au niveau fédéral, mais davantage s'agissant du statut des magistrats fédéraux que d'éventuelles interventions dans la liberté de manœuvre dont bénéficient à cet égard les législateurs cantonaux. Au point de vue de l'organisation judiciaire plutôt que de la politique du personnel, cette problématique peut surtout soulever des questions d'incompatibilités ou de récusations[131].

C. La nouvelle répartition depuis le 1er janvier 2011

I. Juridiction d'une autorité fédérale de première instance en matière civile

Un des empiètements les plus radicaux concevables sur les droits réservés aux cantons en matière d'organisation judiciaire et de procédure consiste à les déposséder entièrement de la tâche de rendre la justice au profit d'une juridiction fédérale compétente même en première instance. En matière civile, des cas ont existé, nous l'avons vu depuis le milieu du XIXe siècle à propos de certains divorces[132]. Aujourd'hui, de telles compétences de base d'une juridiction fédérale sont constitutionnellement possibles tant selon la réserve figurant à la fin de l'art. 122 al. 2 Cst que selon l'art. 191*a* al. 3 Cst évoqué plus haut[133]. En

131 Pour une évolution récente de la jurisprudence relative aux juges suppléants exerçant simultanément une activité d'avocat, ce qui n'est pour l'instant pas jugé inadmissible, même si des règles particulières peuvent le prohiber ou le restreindre, mais peut entraîner dans des cas particuliers un cas de récusation, cf. ATF 139 I 121, JdT 2014 I 31.

132 Cf. p. 301 s. ci-dessus.

133 Seule l'hypothèse d'une législation fédérale qui transférerait à des juridictions fédérales l'intégralité du contentieux de droit privé serait nous semble-t-il inconstitutionnelle, en vidant de sa substance la réserve expresse des droits des cantons à l'art. 122 al 2 Cst ainsi que l'injonction

pratique toutefois, la Confédération ne paraît pas encline à s'accaparer des pans importants de l'activité judiciaire de première instance en matière civile. Elle ne l'a fait que dans les deux domaines suivants.

1. Le Tribunal fédéral des brevets

Organisé par la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (ci-après LTFB), cette juridiction toute récente fonctionne effectivement depuis 2012, avec un siège aujourd'hui établi à Saint-Gall, où il est logé en pratique dans le même bâtiment que le Tribunal administratif fédéral, beaucoup plus important en termes de personnel, de besoin de locaux, etc. Il s'agit d'une vieille revendication des milieux spécialisés.

Juridiction purement civile[134], le Tribunal fédéral des brevets a des compétences exclusives sur certains litiges ou avis préjudiciels concernant la validité même d'un brevet, et des compétences concurrentes avec celles des juridictions civiles cantonales par exemple s'il s'agit de l'exécution d'un contrat relatif à un brevet dont la validité n'est pas en cause, du recouvrement de royalties, etc. La procédure applicable aux procès devant lui suit en principe le CPC. La LTFB y apporte cependant quelques dérogations ou compléments et les dispositions des art. 308 ss CPC sur les recours ou appels ne s'appliquent pas, les décisions du Tribunal fédéral des brevets étant en principe directement attaquables devant le TF par recours en matière civile (art. 75 al. 1er LTF)[135].

2. La juridiction résiduelle du TF en instance civile unique

La vocation du TF est d'être essentiellement une juridiction de recours statuant en dernière instance. On a vu qu'il avait cependant pu être chargé de trancher certains litiges civils en instance unique. Des réformes de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 apportées à la fin du XXe siècle, puis la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (ci-après LTF), entrée en vigueur le 1er janvier 2007, ont réduit en pratique à presque rien ces hypothèses, qui ne pouvaient cependant pas être totalement supprimées, car certaines restent expressément réservées par l'art. 189 al. 2 Cst.

En pratique, l'art. 120 LTF charge cependant surtout le TF de trancher par voie d'action en instance unique certains conflits ou différends qui ne relèvent généralement pas du droit privé. Dans le cadre de celui-ci, il pourrait cependant

---

que leur fait l'art. 191*b* Cst d'instaurer des autorités judiciaires pour juger notamment des contestations de droit civil.

134 Si un litige touchant un brevet concerne les aspects de droit public relatifs au dépôt auprès du bureau de la propriété intellectuelle, aux taxes à payer, etc., il sera en cas de contestation tranché en première instance judiciaire par le Tribunal administratif fédéral.

135 Sur la genèse du Tribunal fédéral des brevets, on peut renvoyer surtout à Martin Lutz, Einleitung, in: Patentgerichtsgesetz (PatGG) Kommentar, Th. Calame et *al.* (éd.), Bâle 2013, p. 1 ss, et Thierry Calame, Entstehungsgeschichte des PatGG, *ibidem*, p. 11 ss.

être amené à instruire et juger, en appliquant alors la vieille loi fédérale de 1947 sur la procédure civile (art. 120 al. 3 LTF), une éventuelle contestation de droit civil entre la Confédération et un canton ou entre deux cantons (art. 120 al. 1er let. b LTF), hypothèse qui ne s'est pas présentée depuis plusieurs dizaines d'années. C'est aussi cette procédure d'action qui conduit le TF à trancher, un peu moins rarement, des conflits de compétences entre autorités fédérales et autorités cantonales (art. 120 al. 1er let. a LTF), ce qui dans un domaine relevant du droit civil au sens large se produit surtout en cas de désaccord sur la compétence entre des autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, soit des affaires qui n'entrent pas dans le périmètre donné à la présente étude.

II. Contraintes maintenues ou nouvelles sur l'organisation judiciaire cantonale

Si le droit fédéral n'a ainsi que peu dépossédé les cantons de pans complets de la juridiction civile, plus importantes sont les contraintes qu'il leur impose en limitant à certains égards leur liberté de réglementer à leur guise l'organisation judiciaire et l'administration de la justice. Certaines existent depuis très longtemps, alors que d'autres sont des innovations résultant de l'entrée en vigueur de la LTF en 2007 ou de celle du CPC en 2011. Précisons que nous n'évoquerons ici que des contraintes résultant de lois fédérales au sens étroit. Il est évident en effet que la liberté des cantons en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice est aussi sur bien des points limitée par des garanties de procédure ou d'autres droits constitutionnels, mais dans ce cas il s'agit de contraintes générales, qui pèsent aussi bien sur le législateur fédéral que sur les législateurs cantonaux[136].

1. Les cas où le droit fédéral impose une juridiction cantonale unique

Depuis plus d'un siècle, des dispositions de lois fédérales de droit privé, en particulier de propriété intellectuelle, exigent que les cantons confient à une instance cantonale unique certains litiges[137]. Cette exigence excluait d'une part

136 L'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales et l'art. 191 Cst n'y changent rien: il ne s'agit en effet pas d'un blanc-seing permettant librement au législateur fédéral de violer la Constitution, mais d'une règle de répartition des rôles, laissant au Parlement fédéral la responsabilité de vérifier lui-même cette constitutionnalité. On peut renvoyer à ce sujet à la présentation de Philippe Nantermod dans le présent volume.

137 Cela commence avec les art. 30 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 29 juin 1888 et 25 de la loi fédérale du 21 décembre 1888 sur les dessins et modèles industriels (RO 1887–1888 p. 684 ss et RO 1889–1890, p. 25 ss), qui précisent de la même manière que «les procès en contrefaçon seront jugés au civil en une seule instance par le tribunal auquel chaque canton attribuera cette compétence» et qu'en conséquence «la cause pourra être déférée en appel au tribunal fédéral quelle que soit l'importance du procès». La formulation se modernisera, mais sur le fond ces deux règles (instance cantonale unique et en conséquence recours au TF indépendam-

que ces derniers soient répartis entre plusieurs juridictions dans un même canton (par ex. plusieurs juridictions inférieures ayant des ressorts divisant géographiquement le territoire cantonal), d'autre part que le droit cantonal prévoie des recours ordinaires dans ce domaine. L'idée était apparemment de concentrer sur une seule juridiction cantonale des questions juridiques délicates et se posant assez peu fréquemment, en tout cas dans certains cantons, afin d'obtenir une certaine spécialisation et d'abréger la succession des instances en permettant de saisir directement le TF contre la décision de première instance, à des conditions en conséquence facilitées[138]. En revanche l'interprétation jurisprudentielle de ladite exigence n'a jamais considéré qu'elle excluait des recours cantonaux extraordinaires, par exemple des moyens de cassation[139]. La liste des cas où une telle instance cantonale unique était imposée s'est progressivement allongée au fil du XXe siècle. Elle a été pour l'essentiel reprise à l'art. 5 CPC. Il faut toutefois y ajouter encore les affaires concernant les effets civils de l'enlèvement international d'enfant[140].

L'exigence d'une juridiction cantonale unique pour certaines matières n'a donc rien d'une nouveauté. Elle a cependant pris un autre relief en raison de règles nouvelles figurant dans la LTF d'une part, dans le CPC d'autre part. Des dispositions de la première qui, nous l'avons vu, n'ont en pratique pleinement déployé leurs effets qu'à partir de 2011 à l'issue d'une période transitoire, ont eu pour effet d'imposer que la ou les juridictions cantonales uniques en question soient des juridictions supérieures. C'était en fait généralement déjà le cas auparavant, mais n'était jusque-là pas formellement imposé[141].

Par ailleurs, l'art. 75 al. 2 LTF combiné avec les règles du CPC exclut désormais que le droit cantonal, sauf précisément lorsqu'une juridiction cantonale unique est exigée, prévoie des cas où des décisions civiles de première instance, même prises par une juridiction supérieure, puissent être susceptibles de recours direct au TF. Or, c'est ce que faisaient jusqu'alors de nombreux cantons en confiant par exemple certaines contestations dépassant une certaine valeur litigieuse à une section de leur tribunal cantonal.

---

ment de la valeur litigieuse) seront reprises notamment dans la loi de 1907 sur les brevets, puis dans de nombreuses autres législations similaires.

138 Les règles sur le recours au TF des lois fédérales en la matière renoncent dès lors toutes à l'exigence d'une valeur litigieuse dans un tel cas, comme le fait encore aujourd'hui l'art. 74 al. 2 let. b LTF. Sur l'histoire et les motifs de la règle exigeant une instance cantonale unique notamment en propriété intellectuelle, cf. notamment VINCENT SALVADÉ, La juridiction cantonale unique prescrite par la loi sur le droit d'auteur, in: Jacques Haldy et *al.* (éd.), Etudes de procédure et d'arbitrage en L'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 181 ss., sp. p. 185 s.

139 Cf. SALVADÉ (note 138), p. 189 s. et les réf. citées.

140 Cf. Commentaire romand, Code de procédure civile (ci-après CR CPC), 2e éd., Bâle 2019, JACQUES HALDY, N 3 *ad* art. 5.

141 Cf. SALVADÉ (note 138), p. 187.

Nous avons vu que ce changement a notamment conduit à l'instauration de la Chambre patrimoniale vaudoise dont il a été question plus haut. Cela ne s'est cependant pas fait sans aménagements. En même temps qu'il limitait en principe les recours directs au TF contre des décisions de première instance à celles rendues par une instance cantonale unique prévue par le droit fédéral, dans quelques hypothèses le droit fédéral a permis d'en créer de nouveaux cas, soit aux parties par convention, soit au droit cantonal. C'est l'origine de la règle de l'art. 8 CPC autorisant le demandeur à porter directement la cause devant le tribunal supérieur moyennant l'accord du défendeur. De même, les cantons se sont vu reconnaître la faculté de créer certains cas supplémentaires de décisions de première instance susceptibles d'un recours direct au TF, soit pour certaines affaires attribuées *ratione materiae et valoris* à un Tribunal de commerce dans les limites de l'art. 6 CPC, soit pour des litiges concernant les assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale (art. 7 CPC).

Relevons qu'il n'est guère facile de discerner une cohérence dans ces diverses règles, adoptées à des époques et sur la base de préoccupations politiques diverses, puis simplement reprises dans la procédure civile unifiée et complétée alors par de nouvelles dispositions. Dans l'ensemble, les hypothèses énumérées par l'art. 5 CPC portent plutôt sur des litiges importants ne présentant pas une urgence particulière et posant des questions juridiques délicates, même si l'art. 74 al. 2 LTF envisage qu'il puisse s'agir parfois d'affaires à faible valeur litigieuse. L'absence d'appel possible sur les faits nécessite alors un établissement de ceux-ci en première instance particulièrement soigneux. Cela nous paraît avoir été à l'origine de la règle de l'art. 243 al. 3 CPC excluant toujours dans ces cas l'application de la procédure simplifiée, même si le Tribunal fédéral lui a donné une interprétation *contra legem* s'agissant d'affaires confiées par le législateur cantonal à un tribunal de commerce[142]. Mais la procédure simplifiée est au contraire toujours prescrite en matière d'assurance complémentaire à l'assurance maladie sociale (art. 243 al. 2 let. f CPC), même lorsqu'un canton a fait usage de la possibilité réservée par l'art. 7 CPC[143], qui concerne des cas souvent de faible valeur litigieuse et sans complexité juridique particulière. L'idée à la base des art. 7, 243 al. 2 let. f et 243 al. 3 *a contrario* CPC est alors autre et devait sans doute, dans l'esprit du législateur fédéral, essentiellement permettre de soumettre à la même juridiction prétentions résultant de l'assurance maladie sociale et prétentions résultant d'une assurance complémentaire, bien que les cantons puissent aussi confier ces deux sortes de litiges à des instances cantonales uniques différentes[144].

---

142 Cf. ATF 139 III 457 et 143 III 137 et CR CPC – Denis Tappy, N 25a *ad* art. 243.

143 Cf. CR CPC-Denis Tappy, N 25 *ad* art. 243.

144 Cf. Raquel Pochon et Denis Tappy, Compétence en matière d'assurances complémentaires et procédure de conciliation, Journal des tribunaux (ci-après JdT) 2016 II, p. 287 ss. La LPGA imposant une instance cantonale unique pour trancher les litiges concernant les assurances sociales, il n'aurait guère été possible de permettre de réunir devant un même juge des contesta-

En matière d'effets civils des enlèvements d'enfants, on a peut-être aussi recherché une certaine spécialisation du juge, mais le souci de diminuer les instances possibles pour accélérer la procédure a probablement été la *ratio legis* prépondérante. Enfin, nous ne savons pas très bien pourquoi la possibilité que l'art. 8 CPC donne aux parties de raccourcir d'un commun accord la succession des instances n'est accordée que pour de grosses contestations patrimoniales: ne pourrait-elle pas présenter un intérêt même dans des affaires d'une valeur patrimoniale inférieure à 100 000 frs., voire dans certaines affaires non patrimoniales? Peut-être l'intérêt protégé est-il dans ce cas plutôt celui de l'Etat à ne pas voir sa juridiction supérieure encombrée de cas bagatelle en première instance …

2. *Les voies de droit du CPC et le nombre des instances*

Il résulte de ce qui précède que l'unification de la procédure civile, complétée par la fin de la période transitoire réservée par l'art. 130 al. 2 LTF, a sensiblement limité la liberté des cantons quant à la hiérarchie de leurs instances judiciaires civiles. Ils doivent prévoir deux degrés de juridiction, et ne peuvent en principe plus en instaurer un troisième dans les affaires soumises au CPC, ce qui, on l'a vu, a entraîné la disparition des tribunaux de cassation distincts, comme le *Kassationsgericht* de Zurich. Ils ne peuvent plus non plus, en raison des exigences de l'art. 75 al. 2 LTF, confier dans certaines affaires les recours ou appels selon les art. 308 ss CPC à une autorité judiciaire inférieure, comme certains cantons le faisaient jusqu'au 31 décembre 2010 notamment en matière de mesures provisionnelles. Ils ont perdu aussi la possibilité de soustraire à tout recours cantonal des affaires ne rentrant pas dans les cas limitativement énumérés où le droit fédéral prescrit une instance cantonale unique ou ceux pour lesquels une faculté cantonale en ce sens a été expressément instaurée par les art. 6 et 7 CPC.

En revanche, même en dehors de ces dernières hypothèses, il ne leur est en principe pas interdit de charger un tribunal supérieur de statuer en première instance. Cela implique cependant alors que ces décisions devraient être soumises à des possibilités de recours ou d'appel selon les art. 308 ss CPC s'adressant également à un tribunal supérieur du canton, solution peu satisfaisante en dehors de cas exceptionnels. Nous avons vu que c'était la raison de la création dans le canton de Vaud de la Chambre patrimoniale vaudoise[145].

---

tions relevant à la fois de l'assurance maladie sociale de droit public et d'une assurance complémentaire à celle-ci de droit privé sans qu'en procédure civile aussi il puisse s'agir d'une instance cantonale unique.

145 Cf. p. 323 s. ci-dessus. Un tel système de recours ou appel «latéral», confiant en première instance à une cour du tribunal supérieur des décisions qui pourront être attaquées selon les art. 308 ss CPC devant une autre cour de ce dernier (solution qui n'est pas sans évoquer celle qu'en matière pénale le législateur fédéral vient de choisir pour les appels désormais ouverts

3. *Autres impératifs*

L'introduction de la procédure civile unifiée n'a en principe rien changé au principe, découlant des art. 29*a* Cst et 6 CEDH, selon lequel les litiges civils doivent pouvoir être soumis à un juge. Le fait que le législateur fédéral n'ait pas imposé, on l'a vu, que l'autorité de conciliation soit une autorité judiciaire ne pose en principe pas de problème à cet égard. A défaut de transaction en effet la cause sera effectivement tranchée au fond par un juge ayant un plein pouvoir de cognition. De même, les propositions de jugement selon l'art. 210 CPC, même émanant d'une autorité de conciliation à caractère administratif, ne nous paraissent pas problématiques à cet égard, puisque chaque partie conserve la possibilité d'y échapper en faisant opposition (art. 211 al. 1er CPC).

Plus délicates en revanche sont à cet égard les décisions rendues selon l'art. 212 CPC, puisqu'alors elles ne pourront être contestées que par un recours *stricto sensu* au sens des art. 319 ss CPC, l'appel étant exclu faute de valeur litigieuse suffisante (art. 308 al. 2 CPC). L'affaire pourra donc bien être finalement soumise à un juge, mais sans que celui-ci dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait (art. 320 let. b *a contrario* CPC), ce qui n'est peut-être pas suffisant au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles précitées. Théoriquement, cela pourrait conduire non à obliger les cantons à donner un caractère judiciaire à leurs autorités de conciliation, mais à empêcher celles qui ont un caractère administratif de faire usage de la faculté offerte par l'art. 212 CPC. Ce ne serait pas une trop grande restriction, puisque l'art. 212 CPC est une simple *Kann-Vorschrift* et que de telles autorités pourraient simplement faire dans de telles situations le choix de rendre plutôt une proposition de jugement, dont les conditions seraient aussi réalisées selon l'art. 210 al. 1 let. c CPC. Une autre solution de *lege ferenda* pourrait consister à étendre dans ce cas le pouvoir de cognition de l'autorité de recours à un libre contrôle des faits. Rappelons pour terminer que le caractère judiciaire ou non d'une autorité ne dépend pas de son nom ni de son rattachement formel à l'ordre administratif ou judiciaire, mais s'apprécie selon un ensemble de critères tenant compte de sa désignation, de son indépendance, etc. Il n'est donc nullement exclu que certaines autorités de conciliation puissent être assimilées à des autorités judiciaires même si elles sont formellement rattachées à une préfecture[146] ou à un autre organe traditionnellement tenu pour administratif.

La liberté de déterminer l'organisation judiciaire comporte notamment celle de choisir entre autorité collégiale et juge unique. Si l'on excepte les exigences déjà mentionnées de composition paritaire de l'art. 210 CPC ou multidisciplinaire de l'art. 440 al. 1 CC, qui ne concernent que l'autorité de conciliation ou sortent du périmètre assigné à la présente étude, le législateur n'a pas introduit à

---

contre les décisions du Tribunal pénal fédéral), peut en revanche fournir une solution exceptionnelle, par exemple dans des cas résultant des règles de droit transitoire de l'art. 405 CPC.

146 ATF 139 III 98, trad. JdT 2014 I 35.

notre connaissance d'exigences à cet égard dans les affaires civiles, contrairement à ce qui résulte au pénal de l'art. 19 al. 2 CPP. Même en deuxième instance, rien n'empêche un canton de confier des recours ou des appels selon les art. 308 ss CPC à un juge unique du tribunal supérieur, ce que certains législateurs cantonaux ont effectivement fait en particulier s'agissant d'appels sur des mesures provisionnelles.

Déterminer la compétence à raison de la matière des autorités judiciaires cantonales relève clairement de l'organisation judiciaire. L'art. 4 al. 1er CPC ne fait que le confirmer. A cet égard, les cantons ne sont en principe pas liés par les notions du droit fédéral, qu'il s'agisse de notions de droit matériel ou de procédure. Rien ne les empêche par exemple de retenir, pour déterminer les compétences d'un tribunal de prud'hommes ou d'un tribunal des baux, une définition de notions comme celle de droit du travail ou de droit du bail plus large ou plus restrictive que celles résultant du Code des Obligations ou des art. 210 ou 243 CPC. Cela a notamment pour conséquence que ces notions, dans le cadre d'un recours au TF fondé sur l'art. 92 LTF, ne seront jamais réexaminées par les juges de Mon-Repos avec un plein pouvoir d'examen[147].

Une exception, opportune nous semble-t-il mais constituant bien une dérogation légale au principe découlant de l'art. 122 al. 2 Cst, a toutefois été apportée à l'art. 4 al. 2 CPC en ce qui concerne les règles sur le calcul de la valeur litigieuse. Si les cantons s'y réfèrent pour déterminer la compétence à raison de la matière au sens large d'une de leurs juridictions civiles, ce qu'ils ne sont jamais tenus de faire, le calcul aura lieu conformément aux art. 91 ss CPC. Il s'agira à notre avis d'une application directe de ces règles à titre de droit fédéral, non de droit cantonal supplétif, ce qui impliquera notamment que cette application pourra en principe être librement contrôlée par le TF. Cela pourrait aussi avoir pour conséquence de rendre invalide, comme contraire au droit supérieur, des règles cantonales en la matière s'écartant des solutions des art. 91 ss CPC (p.ex. en matière d'impact sur la valeur litigieuse des conclusions reconventionnelles, de prise en compte de prétentions opposées en compensation, etc.) qui ont pu subsister dans certaines lois cantonales d'organisation judiciaire ou d'introduction au CPC[148].

Relèvent évidemment de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice, non de la procédure civile, les règles, d'ailleurs parfois de niveau simplement réglementaire, concernant par exemple la tenue vestimentaire des magistrats, leurs horaires de travail, d'éventuelles limites d'âge, etc. Le législateur fédéral n'a pas édicté ni songé à édicter à notre connaissance de règles en la matière qui se fonderaient sur l'art. 122 al. 2 *in fine* Cst. D'autres règles que cette dernière pourraient évidemment limiter à cet égard la liberté du législateur can-

147 Cf. par exemple ATF 125 III 461.

148 Cf. Bastien Bridel, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse. Exemples choisis en droit du bail à loyer, thèse Lausanne 2019, à paraître.

tonal (cf. par exemple TF 2C_546/2018 du 11 mars 2019 sur l'admissibilité face à la liberté religieuse et l'exigence de base légale de règles prohibant le port en audience par un fonctionnaire judiciaire de vêtements religieux visibles), mais sans qu'il n'y ait là rien de spécifique à la justice civile.

Il en va à notre avis pareillement pour les règles qui concernent les heures et jours d'ouverture des offices judiciaires (même si dans ce cas un effet peut se produire sur les règles concernant les délais, sur lesquelles nous reviendrons), le comportement des magistrats et leur éventuelle responsabilité disciplinaire, la surveillance et la haute surveillance sur les tribunaux (qui peut évidemment aussi être limitée par des exigences découlant de la Constitution ou de la CEDH concernant l'indépendance des tribunaux, mais non à notre avis par des interventions fédérales fondées sur l'art. 122 al. 2 *in fine* Cst), l'interdiction de certaines activités accessoires pour des magistrats, même employés à temps partiel (nous verrons toutefois qu'un problème d'articulation avec les règles du CPC sur la récusation peut se poser), ou les rapports de ceux-ci avec la presse (bien que là aussi l'articulation avec le principe de publicité résultant notamment de l'art. 54 CPC puisse être délicat).

III. Latitudes laissées aux cantons sur des questions de pure procédure

Si la nouvelle répartition des compétences entre Confédération et cantons implique en principe que la première réglemente intégralement la procédure civile, des exceptions laissant sur certains points les seconds décider sont naturellement possibles. Elles peuvent être expresses et nous avons déjà évoqué les délégations en ce sens qui concernent la représentation par d'autres conseils professionnels que des avocats[149].

Sont aussi des délégations expresses dans des questions relevant de la pure procédure civile le renvoi au droit cantonal concernant la publicité ou non des délibérations (art. 54 al. 2 CPC), la langue à utiliser en procédure dans les cantons qui reconnaissent plusieurs langues officielles (art. 129, 2e phrase, CPC) ou la détermination de certains jours fériés pertinents en matière de calcul des délais (art. 142 al. 3 CPC). Il en va de même selon l'interprétation communément admise s'agissant de la «signature du préposé au procès-verbal», respectivement de la «signature du tribunal» prévue sur les procès-verbaux ou les décisions par l'art. 238 let. h CPC[150].

Les plus importantes en pratique de ces compétences déléguées au droit cantonal concernent les questions de frais et figurent aux art. 96 CPC (tarifs

149 Cf. p. 321 ci-dessus à propos des représentants professionnellement qualifiés devant les tribunaux spécialisés en droit du bail ou en droit du travail. Les cantons peuvent de même autoriser des agents d'affaires à représenter professionnellement les parties dans certains procès, cf. art. 68 al. 2 let. b CPC.

150 Cf. CR CPC – Tappy, N 6 *ad* art. 238 et N 15 s *ad* art. 238 CPC.

cantonaux en matière de frais) et 116 al. 1er CPC (possibilité de prévoir des dispenses de frais plus larges que celles imposées par le droit fédéral). Il s'agit bien de règles de procédure et la Confédération aurait en pratique pu arrêter elle-même exhaustivement les tarifs et les dispenses éventuelles, comme elle l'a d'ailleurs fait pour certaines procédures judiciaires fondées sur la LP[151]. Comme les frais doivent notamment respecter des principes constitutionnels impliquant de tenir compte dans une certaine mesure du coût de la justice pour l'Etat, qui peut lui-même dépendre de l'organisation judiciaire, le choix d'une délégation en la matière nous paraît toutefois pleinement justifié. Relevons que si les questions des frais de justice et avances exigées du demandeur, pour lesquels certains estiment que de nombreux cantons ont des exigences prohibitives, est l'un des points sur lesquels l'avant-projet de révision du CPC mis en consultation en mars 2018 propose d'importants changements, il s'agirait de limiter en la matière la latitude des cantons, non de la supprimer.

L'art. 94 al. 2 CPC, qui précise que «lorsque les demandes reconventionnelle et principale ne s'excluent pas, leurs valeurs litigieuses respectives sont additionnées pour déterminer les frais» a pu donner lieu à certaines difficultés d'interprétation. A notre avis, il ne faut pas analyser cette règle comme un empiètement du droit fédéral sur une question relevant en principe de l'organisation judiciaire et donc du droit cantonal, ainsi que c'est le cas à l'art. 4 al. 2 CPC évoqué plus haut. Avec l'art. 94 al. 2 CPC, on a bien affaire à une règle de procédure civile, qui vient cependant limiter sur un problème particulier la délégation en faveur du droit cantonal pour la réglementation des frais prévue en principe par l'art. 96 CPC. Dans les deux cas cependant, il s'agit d'une exception à une règle plus générale. Tout au plus le sens à donner à celle figurant à l'art. 4 al. 2 CPC peut-il être influencé par le fait qu'il s'agit d'une dérogation légale à une attribution compétant en principe constitutionnellement aux cantons: une interprétation conforme à la Constitution pourrait dès lors inciter plutôt à donner une portée restrictive à la règle de l'art. 4 al. 2 CPC. Il n'en va pas forcément de même pour la règle de l'art. 94 al. 2 CPC, dont la portée doit simplement dépendre du but recherché par le législateur en édictant cette disposition et celle de l'art. 96 CPC, de natures équivalentes.

Si les cas ci-dessus concernent des questions délibérément déléguées aux cantons, peut-il y avoir des cas où la compétence de ceux-ci sur des points relevant par leur nature de la procédure civile leur est laissée tacitement? En pratique, on doit forcément l'admettre parfois. Nous n'en donnerons que deux exemples: le premier concerne l'éventuelle voix consultative des greffiers ou d'autres collaborateurs du tribunal. En soi, le recours à ceux-ci et leur rôle éventuel dans le fonctionnement du tribunal, la rédaction des procès-verbaux ou des décisions, etc. relève de l'organisation judiciaire, voire de l'administration de la justice au sens étroit. Il est donc normal qu'il n'en soit pas fait mention dans le

151 Cf. art. 48 ss OELP et CR CPC – Tappy, N 4 *ad* art. 96 CPC.

CPC, alors que ces fonctions apparaissent dans des lois réglementant notamment la structure de juridictions fédérales comme le TF (art. 24 al. 1er *in fine* LTF) ou le Tribunal fédéral des brevets (art. 24 al. 1er *in fine* LTFB).

Toutefois, le mode de délibération et de prise de décision d'un tribunal est bien une question de procédure, d'ailleurs réglée dans le CPC (art. 236). N'aurait-il pas fallu dès lors mentionner si d'autres que les membres du tribunal pouvaient aussi participer à la discussion avec une voix seulement consultative, comme les dispositions précitées le prévoient devant le TF ou le Tribunal fédéral des brevets (et comme l'art. 348 al. 2 CPP en matière de procédure pénale le prévoit pour les juridictions cantonales comme fédérales), ou au moins préciser que la question relevait du droit cantonal si une unification à cet égard n'était pas nécessaire? Une solution consistant à considérer que, dans le silence de la loi, aucune influence d'un tiers sur la formation de la volonté du tribunal lors des délibérations n'est admissible, fût-ce à titre simplement consultatif, pourrait être une manière d'interpréter *a contrario* l'art. 236 CPC. Aucune trace d'une volonté en ce sens du législateur fédéral ne peut toutefois être déduite des travaux préparatoires. Le fait que, au moment même où il s'occupait du CPC unifié, ledit législateur a prévu une voix consultative du greffier dans les procès devant le Tribunal fédéral des brevets soumis en général au même CPC nous paraît plutôt un indice qu'il a considéré que la question devait être réglée en lien avec l'organisation de chaque tribunal. Aussi, pensons-nous qu'il reste du ressort du droit cantonal de prévoir ou non une voix consultative accordée au greffier, voire à d'autres collaborateurs de la justice[152].

Un même raisonnement nous paraît pouvoir être fait à propos de la question du droit pour un juge minorisé de faire connaître son opinion dissidente *(dissenting opinions)*, qui ne semble pas avoir été réellement discutée dans les travaux préparatoires du CPC[153]. En soi, il s'agit à notre avis d'une question touchant à la motivation des décisions, qu'on pourrait donc considérer comme relevant davantage d'un problème de procédure que d'organisation judiciaire. Une règle permettant expressément une telle opinion dissidente et réglant la forme qu'elle devrait recevoir, ou laissant les cantons régler la question, aurait pu figurer soit à l'art. 54 CPC en lien avec la publicité des délibérations, soit à l'art. 238 CPC à propos du contenu des décisions. Dans la mesure cependant où le législateur fédéral n'en a rien fait, sans par ailleurs que les règles traditionnelles

152 On peut se demander toutefois si la loi vaudoise sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010, qui traite les experts désignés par le tribunal des baux comme des sortes de membres *sui generis* de celui-ci et leur accorde une voix délibérative (art. 6 al. 4: «en tout temps, le tribunal peut s'adjoindre le concours d'un ou plusieurs experts, qui participent à l'instruction, aux débats et aux délibérations du tribunal, avec voix consultative») est réellement compatible avec le système du CPC, voire avec les exigences constitutionnelles sur la composition des tribunaux.

153 On sait en revanche, s'agissant du TF, que la question est actuellement débattue dans le cadre des délibérations des Chambres fédérales sur le projet en cours de révision de la LTF, même si les commissions parlementaires semblent ne pas vouloir d'une telle institution.

d'interprétation conduisent à admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié par lequel il aurait voulu exclure une telle institution, on peut vraisemblablement admettre que la question reste abandonnée au droit cantonal.

On sait que le CPC unifié se caractérise par une grande souplesse, laissant souvent au juge une importante marge de manœuvre, avec parfois la possibilité de choisir entre plusieurs solutions procédurales bien distinctes: mentionnons par exemple sa liberté de déléguer ou non à un membre d'une autorité collégiale certaines opérations (art. 125 al. 2 et 155 al. 1er CPC), d'ordonner ou non un second échange d'écritures en procédure ordinaire (art. 225 CPC), d'ordonner ou non des débats d'instruction avant les débats principaux, ce qui peut avoir des conséquences sur le dernier moment pour compléter les allégations et offres de preuves (art. 226 al. 1er et 229 al. 2 CPC), de communiquer ou non le dispositif de la décision séparément de sa motivation (art. 239 CPC), de renoncer ou non à tenir audience en procédure sommaire (art. 256 al. 1er CPC), de prévoir ou non des écritures supplémentaires, des débats ou des administrations de preuves en appel (art. 316 CPC), etc. En pratique, de nombreuses juridictions ont fait depuis 2011 usage de ces facultés pour s'écarter le moins possible des pratiques cantonales, voire propres à certains tribunaux, qui avaient cours sous l'ancien droit. Cela a certainement facilité la réception du nouveau code, tout en réduisant dans une certaine mesure l'effet d'uniformisation que certains attendaient de lui.

Les dispositions qui précèdent laissent cependant le choix au juge, non au législateur cantonal. Aussi ne nous paraît-il pas admissible sur le plan des principes que certains de ces choix soient imposés, ni par des dispositions législatives cantonales, qui seraient à notre avis clairement contraires au droit supérieur, ni même par de simples recommandations, directives ou mementos relevant de la *soft law*. Il est évident cependant que, dans ce dernier cas, il n'est guère possible de l'empêcher (comment s'opposer à des pratiques recommandées p.ex. par une réunion de juges de première instance qui se mettraient d'accord pour renoncer en règle générale à convoquer une audience dans une affaire de mainlevée, qui n'aura aucun caractère contraignant et ne serait sans doute même pas publiée?) et qu'à tout prendre des lignes directrices régionales ou par type de juridiction ne sont pas pires, notamment sous l'angle de l'égalité de traitement, qu'une absence complète d'uniformité.

La limite entre règle d'organisation judiciaire licite et empiètement cantonal illicite sur la procédure civile fédérale peut d'ailleurs être difficile à tracer: nous l'avons dit, le CPC place en principe dans la compétence du juge le choix de déléguer ou non à un seul membre d'une juridiction collective certaines opérations. En revanche, un canton doit pouvoir, en réglant l'organisation judiciaire et la compétence matérielle et fonctionnelle de ses autorités, distinguer des cas où cette compétence est confiée à une juridiction collégiale, et d'autres où elle l'est au seul président de cette dernière. Rien n'empêche même selon nous que cette compétence puisse dépendre d'éventuelles phases du procès ou de modification

de son objet en cours d'instance. Ainsi à notre avis le droit cantonal ne viole nullement le droit fédéral de procédure civile en prévoyant par exemple, comme le fait le Code de droit privé judiciaire vaudois, que lorsque la loi désigne une autorité collégiale pour statuer sur le fond, le président dirige l'échange des écritures et la procédure préparatoire (art. 42 al. 1er CDPJ), ou qu'il statue seul pour trancher une décision incidente selon l'art. 237 CPC (art. 42 al. 2 let. e CDPJ), prendre acte d'une transaction (art. 43 al. 1 let. a CDPJ) ou déclarer irrecevable une action ou un recours faute d'avance des frais (art. 43 al. 1er let. b CDPJ). Il faut bien avouer cependant qu'il n'y a pas une grande différence pratique avec une délégation à un juge délégué qui serait prévue par le droit cantonal.

IV. Questions mal délimitées ou non réglées

Avec la question d'une voix consultative du greffier ou celle de l'admissibilité et la forme éventuelle d'opinions dissidentes exprimées par un juge minorisé, nous avons déjà évoqué deux institutions qui auraient pu être réglées par le législateur fédéral dans le CPC, mais que nous considérons comme abandonnées tacitement au droit cantonal. Nous y avons vu des questions de nature procédurale, mais restées de la compétence des cantons faute que la Confédération ait fait à leur sujet usage de son pouvoir de légiférer, même si on est dans les deux cas proche de la limite entre procédure civile et organisation judiciaire.

D'autres institutions peuvent davantage encore susciter l'hésitation quant à leur nature exacte. On pourrait songer à la question du rattachement des règles cantonales sur la modération des honoraires d'avocat[154], ou encore des pouvoirs de police d'audience[155]. Nous n'évoquerons ici que la difficile articulation entre règles de récusation et règles d'incompatibilités.

En soi, on pouvait hésiter à voir dans la récusation une institution de procédure ou d'organisation judiciaire. Avant 2011 les législations cantonales hésitaient. On y trouvait en effet des règles sur la récusation tantôt dans les codes de procédure civile cantonaux tantôt dans des lois d'organisation judiciaire applicables à l'ensemble des juridictions d'un canton. En édictant les art. 47 ss CPC, le législateur a fait le choix, justifié à notre avis, d'un rattachement à la

154 Cf. Yero Diagne, la procédure de modération des honoraires de l'avocat, thèse Lausanne 2012; CR CPC-Tappy N 15 *ad* art. 105 CPC. La question se complique encore ici du fait qu'il subsiste en l'état actuel de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 une place pour des règles cantonales de droit public réglementant cette profession dans des domaines où la réglementation fédérale n'est pas exhaustive. C'est peut-être aussi à ce titre, plutôt que dans le cadre du comblement d'une lacune des art. 117 ss CPC, que les cantons restent à notre avis compétents pour réglementer (par exemple en organisant un tournus) le cas échéant le choix d'un avocat d'office lorsque celui-ci doit être désigné par le juge.

155 Le législateur fédéral en a traité à l'art. 128 CPC, mais cette disposition ne nous paraît pas épuiser le sujet, et ne détermine en particulier pas dans quelle mesure le juge peut recourir, le cas échéant préventivement, aux forces de police locales pour assurer l'ordre d'une audience qui pourrait être houleuse.

procédure. Le but est toutefois d'assurer à l'égard des parties une composition du tribunal respectant l'exigence constitutionnelle et conventionnelle d'un juge impartial. Or, ce but relève d'une certaine manière de l'organisation judiciaire.

Surtout, ce but est aussi favorisé par des incompatibilités qui, elles, sont clairement des règles d'organisation judiciaire. On trouve fréquemment des règles interdisant la présence dans un même tribunal de parents trop proches, des règles tendant à assurer l'absence de lien suspect avec les pouvoirs exécutif et législatif, etc. Plus récemment, de telles incompatibilités ont limité la possibilité d'être juge suppléant pour des avocats susceptibles de représenter aussi des parties devant leur tribunal de rattachement (cf. p.ex. art. 19 al. 2 *in fine* OJV VD). Elles peuvent être conçues comme des règles préventives, destinées à réduire le risque d'une apparence de prévention susceptible d'entraîner une récusation.

Le lien existe donc bien entre les deux institutions. Dans certains cas, il devient très fort: ainsi, dans le canton de Vaud où fonctionne comme autorité de conciliation le juge du fond ou un membre délégué si ce juge a une composition collective, une règle d'organisation judiciaire prescrit que «sauf exception, il ne s'agira cependant pas du magistrat amené personnellement à instruire et à juger de l'affaire au fond» (art. 41 al. 1er *in fine* CDPJ). De même, le droit vaudois précise en cas de demande d'assistance judiciaire que, «lorsque le juge refuse l'octroi de l'assistance judiciaire en raison de l'absence de chances de succès, il ne peut statuer sur le fond» (art. 39 al. 3 CDPJ). Or, dans ces deux cas l'art. 47 al. 2 let. a et b CPC pose expressément comme règle qu'il n'y a pas de récusation. On n'est donc pas très loin de règles cantonales destinées à contourner la norme fédérale. Les mécanismes de mise en œuvre restent cependant distincts[156], de telle sorte qu'à notre avis il n'y a pas dans les règles cantonales précitées de contrariété avec le droit supérieur.

D. Evolutions possibles

I. Réserve de l'art. 122 al. 2 Cst et développement éventuel de la juridiction fédérale

Dans sa formulation actuelle, l'art. 122 al. 2 Cst précise, on l'a dit, que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice sont du ressort des cantons. Il réserve toutefois de possibles règles légales contraires, sans poser de conditions pour qu'elles soient admissibles. L'attribution expresse de l'organisation judi-

156 Règles préventives, les art. 39 al. 3 et 41 al. 1er *in fine* CDPJ entraînent en principe un changement de personne automatique au sein de la juridiction de fond, sans atteinte à la garantie du tribunal prévue par la loi, pas plus par exemple que si un juge est remplacé parce qu'il prend sa retraite, sans qu'il y ait besoin d'une requête ni du juge concerné ni d'une partie, alors que la récusation apparaît d'une certaine manière comme une dérogation à la garantie précitée imposée par le droit à un juge impartial.

ciaire et de l'administration de la justice aux cantons n'aurait pas été absolument nécessaire (mais c'était au fond déjà vrai dans les formulations de 1874, puis 1898 de l'art. 64 Cst 1874), puisque cette solution aurait pu résulter simplement du système de répartition des tâches donnant la compétence primaire aux cantons (art. 3 Cst). Elle a cependant pour mérite d'éviter tout risque que ces deux domaines soient considérés comme englobés dans la procédure civile, en particulier s'agissant de l'administration de la justice, qui n'est pas une notion très claire[157]. De la même manière, préciser en 1874/1898 que la procédure civile, l'organisation judiciaire et l'administration de la justice demeuraient aux cantons avait l'avantage d'exclure clairement tout risque que ces domaines puissent être considérés comme faisant partie, à titre de droit civil formel, des matières que la Confédération était alors appelée à codifier.

La fin de l'art. 122 al. 2 Cst a en revanche une portée très concrète, puisque cette disposition habilite la Confédération à intervenir en matière d'organisation judiciaire et d'administration de la justice civile. Cette habilitation va plus loin que l'ancienne réserve introduites à l'art. 64 al. 3 *in fine* en 1898, qui devait être interprétée comme ne permettant que des interventions nécessaires pour la mise en œuvre du droit privé matériel[158]. Selon le texte actuel, la Confédération est en réalité très libre: elle pourrait pratiquement introduire toutes les interventions lui paraissant opportunes. Elle est d'ailleurs aussi, on l'a vu, constitutionnellement en droit de créer de nouvelles juridictions inférieures fédérales, y compris en matière civile.

Néanmoins, la mention expresse que l'organisation judiciaire et l'administration de la justice appartiennent en principe aux cantons signifie à nos yeux que la Confédération doit se limiter à des interventions ponctuelles. Elle ne pourrait pas par exemple imposer un modèle complet d'organisation judiciaire aux cantons, en ne leur laissant que le choix des ressorts et la nomination des magistrats. Cette réserve expresse de l'organisation judiciaire aux cantons pourrait aussi impliquer une limite au droit pour la Confédération d'attribuer la compétence de trancher les litiges civils à des autorités fédérales: l'art. 191a al. 3 Cst l'habilite certes à créer d'autres tribunaux civils fédéraux de première

157 L'organisation judiciaire, soit les règles concernant la structure des tribunaux, leurs compétences matérielles, leur rang, la nomination de leurs magistrats, n'est pas une notion difficile à cerner. Il en va différemment de l'administration de la justice. Tels que ces termes sont utilisés à l'art. 122 al. 2 Cst, où ils correspondent à l'allemand *Rechtssprechung* (c'était déjà le cas dans la version de 1898 de l'art. 64 al. 3 Cst 1874), ils n'ont pour certains auteurs pas vraiment de signification propre et qualifient seulement l'action de l'Etat en vue de rendre la justice, cf. Jean-François Aubert et Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Zurich 2003, p. 983. Dans un sens plus étroit, le terme peut se référer à la gestion des ressources, notamment en locaux, bureautique et personnel, qui doit permettre aux tribunaux de s'acquitter de manière satisfaisante de leurs tâches juridictionnelles, cf. Etienne Poltier, Le pouvoir judiciaire «s'administre lui-même», Justice-Justiz-Giusticia (rev. él.) 2012/3, reprint in: Stephan Gass et *al.* (éd.), Justice en Lumière. Contributions choisies de la Revue suisse des juges, 2008–2012, Berne 2013, p. 171 ss, sp. p. 173 s.

158 Cf. Poudret (note 60), p. 239 ss.

instance que le Tribunal fédéral des brevets ou à étendre les attributions de ce dernier[159]. Néanmoins, cela ne pourrait aller, sans modification constitutionnelle préalable, jusqu'à dépouiller les cantons de la totalité ou de la plus grande partie de la juridiction civile.

De toute façon cependant telle ne paraît pas à vues humaines une évolution sérieusement envisageable. Sans révolution politique préalable, on imagine mal la Confédération vouloir s'accaparer la justice civile courante de première instance (litiges de droit de la famille, petits procès pécuniaires, etc.), ce qui l'obligerait d'ailleurs en pratique, pour répondre aux exigences d'une justice de proximité, à créer de multiples juridictions réparties sur le territoire.

Etendre la juridiction du Tribunal des brevets, par exemple à d'autres domaines de la propriété intellectuelle, serait probablement davantage concevable. Nous pensons néanmoins qu'il ne faudrait le faire qu'avec une extrême prudence, même s'agissant de certains des litiges pour lesquels l'actuel art. 5 CPC prescrit aux cantons de prévoir une instance cantonale unique, qui seraient parmi les affaires les plus susceptibles de se prêter à un tel transfert. Il faudrait dans une telle hypothèse être particulièrement attentif aux problèmes de cumul et de concours d'actions, en pratique assez rares dans les affaires de brevet, mais très fréquents notamment dans celles concernant les raisons de commerce et certains domaines de la propriété intellectuelle comme les marques, voire les droits d'auteurs. Ces problèmes sont déjà épineux aujourd'hui lorsqu'une partie entend invoquer tant des règles juridiques relevant d'une juridiction cantonale unique que des règles relevant des juridictions ordinaires (notamment en fondant son action sur le droit des raisons de commerce ou le droit des marques et sur le droit au nom selon l'art. 28 CC). Attribuer certaines de ces affaires par exemple à un Tribunal des brevets élargi ne pourrait qu'accroître ces difficultés.

II. Problèmes liés à l'informatique et à la bureautique

Dans un monde où les questions numériques évoluent à une vitesse qui donne le vertige, des transformations profondes, non des questions fondamentales relatives au droit et à la justice, mais de la gestion quotidienne des tribunaux sont inévitables. Les premiers pas effectués dans le cadre de l'art. 139 CPC pour permettre la communication électronique entre parties et autorités judiciaires (communication qui ne semble à vrai dire pas avoir soulevé jusqu'à présent un grand enthousiasme auprès des praticiens). devraient à moyen terme être complètement dépassés. Depuis 2016 en effet un projet Justitia 4.0, aujourd'hui bien avancé, qui associe l'Office fédéral de la Justice, la conférence des directeurs des départements cantonaux de justice et police, le TF, les tribunaux cantonaux, les procureurs de la Confédération et des cantons et la Fédération suisse

159 Cf. p. 332 ss ci-dessus.

des avocats, étudie l'introduction de règles susceptibles de généraliser la tenue purement électronique des dossiers. Il devrait à terme (on parle de 2026) imposer sous réserve de quelques exceptions la communication électronique et la tenue électronique des dossiers, dans des formats à la fois sécurisés et permettant la transmission d'une instance à une autre, devant l'ensemble des juridictions fédérales et cantonales, civiles, pénales ou administratives.

Ce vaste chantier, qui fera certainement l'objet de présentations propres devant la SSJ[160], nécessitera au moins des modifications des différentes lois de procédure civile, pénale et administrative. Par rapport à la juridiction civile, les innovations qui devraient être introduites ne nous semblent pas poser de problèmes de constitutionnalité: si la communication électronique entre parties et tribunaux entre sans doute dans la notion de procédure civile, des règles sur la tenue interne des dossiers judiciaires excèdent à notre avis cette dernière pour relever de l'organisation judiciaire, voire de l'administration de la justice au sens étroit. L'art. 122 al. 2 *in fine* Cst permet cependant évidemment des exigences fédérales dans un tel domaine, où par ailleurs le besoin d'uniformité est évident. Il en va probablement de même pour des exigences similaires en matière de gestion des dossiers pénaux en vertu de l'art. 123 al. 2 *in fine* Cst, même si la nécessité alors d'imposer de telles règles aussi pour la tenue de certains dossiers de police, voire d'exécution des peines, pourrait compliquer un peu les choses.

La question de constitutionnalité en matière de juridiction administrative pourrait être plus délicate[161]. Il est évident cependant que toute unification dans ce domaine devrait toucher au moins à terme aussi les juridictions administratives, ne serait-ce que parce que de nombreuses juridictions, en particulier la majorité des tribunaux cantonaux et le TF lui-même, ont un caractère mixte. On concevrait mal dans le long terme que ces juridictions doivent gérer parallèlement plusieurs systèmes d'informatisation des dossiers! Mais en dehors de simples scrupules constitutionnels, il se pourrait que la justice administrative soit aussi le secteur où cette uniformisation soit la plus difficile à réaliser en raison des liens qu'elle peut légitimement vouloir entretenir avec les administrations cantonales ou fédérales dont proviennent les dossiers sur lesquels elle

160 Pour des présentations récentes, cf. notamment Stephan Jau, E-Justice: Quo vadis?, HAVE/REAS 2019/1, p. 79 ss; Stephan Breitenmoser et Roland Hofmann, Akten-Digitalisierung und elektronischer Rechtsverkehr, Justice-Justiz-Giusticia 2019/1 (rev. él.); Michaela Machtleidt Lehmann, Die E-Justizakte – Anforderungen/Anwendunge/Ausblick, Justice-Justiz-Giusticia 2019/1 (rev. él.).

161 La Confédération peut évidemment légiférer sur une tenue électronique des dossiers de justice administrative dans le cadre d'une révision de la loi fédérale de procédure administrative, voire en matière de contentieux des assurances sociales de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales. C'est plus douteux en revanche qu'elle puisse en l'état imposer des règles s'appliquant dans le cadre des lois de procédure administrative cantonale. La question ne se posera cependant que si certains cantons se montrent récalcitrants à réaliser eux-mêmes les alignements nécessaires, ce qui en pratique n'arrivera peut-être pas. Examiner si dans le cas contraire la création d'une nouvelle base constitutionnelle serait indispensable dépasse évidemment le cadre de la présente étude.

doit statuer et qui dans certains cas ont développé ou développent leurs propres modèles de dossiers informatiques. Des questions analogues pourraient compliquer aussi l'intégration au projet précité des dossiers des autorités de protection de l'adulte et de l'enfant, à la lisière des procédures civiles et administratives. On partira de l'idée qu'aucun de ces problèmes n'est insoluble et que le groupe qui y travaille saura proposer des réponses idoines.

Dans des domaines voisins, l'avant-projet mis en consultation en mars 2018 propose d'introduire dans le CPC des bases légales permettant au Conseil fédéral de prévoir par voie d'ordonnance des formats obligatoires pour la publication en ligne des arrêts cantonaux d'une part, pour la transmission d'indications destinées à établir des statistiques performantes en matière de justice civile d'autre part. Une recherche d'uniformité et des collectes de données dans ces domaines peuvent naturellement être légitimes, mais impliquent aussi certains risques (protection insuffisante des données sensibles ainsi divulguées ou collectées, multiplication de tâches s'écartant de la fonction première de la justice …) dont on veut croire qu'ils ne se concrétiseront pas.

III. De «fausses bonnes idées»: uniformiser la structure des juridictions cantonales ou la formation des juges

Nous l'avons dit, des règles imposant complètement aux cantons la structure de toutes leurs autorités judiciaires, qu'il ne leur resterait plus qu'à nommer et à gérer, réduiraient quasi à néant l'attribution expresse aux cantons de l'organisation judiciaire et de l'administration de la justice et excéderaient donc à nos yeux ce que permet la réserve des dispositions légales contraires à la fin de l'art. 122 al. 2 Cst. Mais quoi qu'il en soit cela ne serait ni politiquement réaliste, ni théoriquement souhaitable. Il existe en effet un attachement parfois considérable de la population et des praticiens du droit à certaines juridictions cantonales traditionnelles ainsi que des intérêts hautement dignes de protection à ce que puissent subsister en la matière des solutions distinctes.

Nous pensons avoir montré par nos trop longs développements historiques que la variété en la matière tendait plutôt à augmenter. Cela s'explique par des sensibilités politiques, des structures socio-économiques, voire des caractéristiques culturelles distinctes d'un canton à un autre: on comprend facilement pourquoi un tribunal des baux existe à Genève, mais non en Valais, canton politiquement moins à gauche, mais aussi peuplé d'un pourcentage de propriétaires sensiblement plus élevé qu'au bout du lac et où les loyers ont de toute façon moins tendance à flamber! Ce n'est au reste pas un discours par essence conservateur: la liberté des cantons de créer leurs propres juridictions a souvent servi à des avancées sociales (p.ex. précisément en matière de tribunaux des baux ou de prud'hommes), qui n'auraient pas ou pas tout de suite réuni un soutien suffisant pour être imposées dans l'ensemble du pays. Et l'expérience récente du tribunal de la famille en Argovie montre que ce rôle de pionnier de

certains cantons en la matière n'est nullement condamné à appartenir à un passé révolu.

Peut-être doit-on souligner aujourd'hui que toute uniformisation forcée a ses perdants. Les nombreux cantons qui auraient préféré conserver leurs juges d'instruction lors de l'unification de la procédure pénale, où les contraintes exercées par le droit fédéral sur l'organisation judiciaire cantonale ont été sensiblement plus fortes qu'en matière civile, en ont fait la pénible expérience. Peut-être certains chantres d'une uniformisation plus grande de l'organisation judiciaire en Suisse seraient-ils moins enthousiastes en prenant conscience qu'une telle uniformisation pourrait se traduire par la suppression des tribunaux de commerce, dont la majorité des citoyens suisses ne semble pas percevoir les avantages, ou par un choix d'autorité de conciliation contraire à une solution cantonale qu'ils estiment heureuse.

A défaut d'une uniformisation de la structure des tribunaux eux-mêmes, certains pourraient préconiser des interventions fédérales pour poser par exemple des exigences de formation juridique des juges. Si l'on pense aux magistrats tranchant des litiges comme juges uniques, on peut effectivement se demander si la longue tradition suisse des juges laïcs ne marche pas vers sa fin. Les exemples du vote zurichois récent en ce sens, mais du rejet du postulat Basili et Zufferey par le Grand Conseil valaisan, montrent toutefois que la situation évolue à cet égard à des rythmes différents selon les cantons, sans qu'à notre avis il n'y ait de raisons suffisantes pour forcer les choses par une mesure imposée d'en haut. La Confédération serait d'ailleurs assez mal placée pour exiger des cantons pour leurs magistrats inférieurs des formations qu'elle ne pourrait pas elle-même exiger formellement des juges du TF sans une révision de la Constitution!

Ajoutons que si les juges uniques non juristes sont peut-être bien voués à disparaître progressivement, l'institution de juges assesseurs donnant des éclairages différents dans des collèges présidés par un juriste ne nous paraît nullement une institution dépassée. Même si nous ne souhaitons pas non plus de contrainte fédérale en la matière, on a d'ailleurs vu que des voix réclamant des règles en ce sens à propos de tribunaux de la famille se manifestaient et que la question pourrait revenir sur le tapis à moyen terme.

IV. L'échec des juridictions intercantonales

L'art. 191*b* al. 2 Cst, accepté avec notamment la révision de l'art. 122 Cst lors de la votation du 12 mars 2000 déjà évoquée, autorise expressément les cantons à constituer des autorités judiciaires communes. Le constituant imaginait que des cantons puissent se grouper afin de se doter par exemple de juridictions spécialisées dans des domaines où elles n'auraient pas eu sans cela un nombre suffisant d'affaires à traiter. Les travaux préparatoires évoquaient l'hypothèse de juridictions des mineurs intercantonales ou, en matière civile, de tribunaux de commerce intercantonaux.

En réalité, aucune institution importante de ce type n'a vu le jour[162]. Il ne faut pas s'en étonner à notre avis. Le pouvoir judiciaire est un élément essentiel de la structure étatique. Si un canton n'avait plus la masse critique pour l'exercer lui-même, quitte à trouver des solutions adaptées à sa taille, ce qui est précisément l'une des raisons d'être de la répartition des compétences de l'actuel art. 122 al. 2 Cst, ne faudrait-il pas sérieusement se demander si son existence même en tant qu'Etat ne devrait pas être remise en question? Il nous paraît dès lors peu vraisemblable que l'art. 191*b* al. 2 Cst apporte dans un avenir prévisible des solutions pour l'organisation d'autorités communes à plusieurs cantons dans les grands domaines traditionnels de la juridiction civile.

Peut-être en revanche serait-il utile d'envisager des institutions communes pour des autorités de surveillance ou de préavis sur les nominations judiciaires, entrant dans le cadre de la vague récente de constitution de conseils de la magistrature. Il se pourrait en effet que, dans ce domaine particulier, une structure tenant étroitement à un seul canton, surtout s'il est de très petite taille, soit un handicap sous l'angle notamment de l'indépendance, voire de la distance par rapport au monde judiciaire local qu'on peut attendre d'une telle institution. Relevons cependant que cela ne devrait selon nous pouvoir s'envisager que de la libre volonté des cantons concernés, sans d'ailleurs peut-être que l'art. 191*b* al. 2 Cst soit directement applicable, car les fonctions d'une telle autorité ne sont pas ou pas toutes judiciaires. Des exigences de la Confédération en la matière ne nous paraissent ni souhaitables ni même possibles en l'état: certes peut-être pourraient-elles s'appuyer en matière civile et pénale sur les art. 122 al. 2 *in fine* ou 123 al. 2 *in fine* Cst, mais un conseil de la magistrature ou une institution analogue ne peut guère avoir de sens s'il ne chapeaute pas aussi les juridictions administratives du ou des cantons concernés, pour lesquelles toute base constitutionnelle pour une intervention fédérale ferait défaut.

V. Des adaptations de détail souhaitables

Les lignes qui précèdent montrent que le soussigné n'estime pas les organisations judiciaires cantonales dépassées et ne souhaite pas de grands bouleversements face aux nouveaux équilibres récemment mis en place. Cela ne signifie pas qu'aucun changement ne lui paraisse souhaitable, mais ils ne doivent pas forcément aller dans le sens d'une unification croissante: si en effet la nouvelle répartition entre procédure civile fédérale et organisation judiciaire cantonale pose naturellement certains problèmes pouvant nécessiter des aménagements,

162 Il existe certes d'assez nombreuses juridictions intercantonales, mais il s'agit généralement de commissions de recours non permanentes chargées de trancher de rares litiges liés par ex. à la délivrance de certains diplômes, cf. ATF 136 II 470; TF 2C_1216/2013 du 21 avril 2014. Bien que la chose soit concevable par exemple s'agissant de contentieux liés à l'emploi de personnel d'une institution supra-cantonale, nous ne connaissons pas de cas pratiques concernant des affaires civiles.

la solution ne réside pas nécessairement dans des règles fédérales limitant la liberté des cantons de structurer leurs autorités judiciaires de la manière leur paraissant la plus judicieuse: comme cela a été fait pour permettre le maintien des tribunaux de commerce avec leurs principales caractéristiques dans les quatre cantons attachés à ce type de juridiction, on peut aussi imaginer des latitudes supplémentaires. Quoi qu'il en soit, sous réserve des adaptations aux défis électroniques pour lesquelles des travaux sont déjà en cours, les problèmes en question portent plutôt sur des détails qu'il n'est souvent ni impératif ni urgent de régler. Citons pêle-mêle en guise de conclusion les quelques points suivants.

La liberté des parties de renoncer d'un commun accord à une procédure de conciliation est pour l'instant limitée aux litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de 100 000 frs. au moins (art. 199 al. 1er CPC). Cette règle a probablement été pensée en lien avec la possibilité d'une entente pour faire juger une affaire en première instance directement par la juridiction supérieure (art. 8 CPC), où l'on comprend qu'il puisse y avoir un intérêt à éviter que des causes de peu d'importance occupent de cette façon les tribunaux cantonaux. Ces deux conventions sont effectivement parfois réunies, mais ce n'est pas nécessairement le cas. Et le soussigné a eu connaissance de cas où, après avoir appris qu'un défendeur n'entendait pas se présenter devant elle, une autorité de conciliation avait dispensé le demandeur de comparaître et délivré immédiatement l'autorisation de procéder sans tenir audience. Une telle pratique se concilie formellement mal avec les règles légales actuelles, mais ne nous paraît léser aucun intérêt légitime. Pourquoi ne pas aller dans son sens en assouplissant les conditions de l'art. 199 al. 1er CPC?

Les cas où le droit fédéral impose une instance cantonale unique reposent pour certains sur une tradition historique vénérable, mais sans qu'il soit toujours possible de discerner pourquoi il est important, en plus de réunir les causes en question auprès de magistrats pouvant ainsi bénéficier d'une certaine expérience dans ce type d'affaires, d'imposer qu'il s'agisse de juges supérieurs et d'exclure toute possibilité d'appel, ce qui empêche un libre contrôle des faits retenus en première instance. Pour les affaires ordinaires, c'est pourtant seulement en cas de valeur litigieuse inférieure à 10 000 frs que le législateur estime possible de se passer d'un tel contrôle. Ne se justifierait-il pas de réexaminer l'opportunité d'ouvrir la voie d'un appel (ou d'accroître dans de telles affaires le pouvoir de cognition du TF sur les faits) contre certaines au moins des décisions concernées?

L'absence de mention dans le CPC d'une éventuelle voix consultative du greffier rend discutables les règles du droit cantonal qui prévoient une telle institution, que le législateur fédéral a pourtant consacrée en faveur des greffiers tant du Tribunal fédéral des brevets que du TF. Un complément à l'art. 236 CPC nous paraîtrait sur ce point bienvenu, que ce soit pour généraliser une telle voix consultative ou pour habiliter expressément les cantons à en décider.

De même, l'absence de mention dans le CPC de l'éventuelle possibilité pour un juge minorisé de communiquer, dans une forme à déterminer, une opinion dissidente peut créer un doute sur l'admissibilité de cette institution. Il serait

bienvenu de le lever, à notre avis par une habilitation en faveur des cantons, qui pourrait aussi figurer à l'art. 236 ou peut-être à l'art. 54 CPC.

La limitation à l'art. 68 al. 2 let. d CPC de la possibilité pour les cantons de permettre la représentation par un mandataire professionnellement qualifié aux affaires devant des juridictions spéciales en matière de contrat de bail et de contrat de travail oblige un canton comme Neuchâtel à intégrer à son organisation judiciaire des tribunaux du travail et du bail en réalité fictifs. Y a-t-il un intérêt digne de protection empêchant que cette disposition soit élargie à la possibilité pour les cantons de permettre la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés en matière de contrat de travail et de bail sans plus exiger que ce soit devant une juridiction spécialisée?

Dans les cantons ayant choisi de créer de véritables juridictions spécialisées dans les deux domaines précités, la majorité des causes instruites devant elles se déroulent en procédure simplifiée soit en raison d'une valeur litigieuse ne dépassant pas 30 000 frs, soit parce qu'on se trouve dans un des cas prévus par l'art. 243 al. 2 CPC. Il y a cependant des affaires devant lesdites juridictions qui se déroulent en procédure ordinaire, qui n'est guère adaptée à leur nature. Ne pourrait-on pas réfléchir à une règle qui habiliterait les cantons créant des tribunaux spécialisés en droit du travail ou en droit du bail à prévoir aussi que toutes les causes devant ces tribunaux non soumises à la procédure sommaire le soient à la procédure simplifiée?

Sur cette dernière question, il a été proposé plutôt que la Confédération intervienne, non pour imposer ou interdire les juridictions prud'homales, mais au moins pour cadrer les compétences que les cantons seraient autorisés à leur accorder, sur le modèle de ce que l'art. 6 CPC fait pour les tribunaux de commerce[163]. Les choses y gagneraient selon l'auteur de cette proposition en clarté et en simplicité. Nous ne partageons pas son avis. D'une part, la vaste jurisprudence que ne cesse de susciter l'art. 6 CPC actuel montre que celui-ci est bien loin d'avoir apporté clarté et simplicité dans la question des compétences des tribunaux de commerce! D'autre part, pour ceux-ci, qui bénéficient d'une importante dérogation au système ordinaire, relevant de la procédure et non de l'organisation judiciaire, des appels et recours selon les art. 308 ss CPC, un encadrement fédéral était indispensable. Il n'en va nullement de même pour des juridictions inférieures comme les prud'hommes. Il n'y aurait rien à gagner sur le plan d'une mise en œuvre sans faille des lois matérielles et de la procédure civile fédérales à empêcher par exemple certains cantons d'avoir des juridictions spécialisées en droit du travail statuant au-delà de 30 000 frs, ou au contraire à obliger ceux qui se dotent de telles juridictions à leur attribuer une compétence sans limite de valeur litigieuse.

163 Cf. Heinzmann (note 104), p. 31.